



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA



Revista do
DIREITO PÚBLICO



REITORA
Prof.^a Dr.^a Marta Regina Gimenez Favaro

VICE-REITOR
Prof. Dr. Airton Petris

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
Pró-Reitora: Prof.^a Dr.^a Silvia M. Ferreira Meletti
Diretora de Pós-Graduação: Prof.^a Dr.^a Mariana Ap. B. Soares de Andrade
Diretor de Pesquisa: Prof. Eduardo José de Almeida Araujo

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS
Diretor: Prof. Me. Miguel Belinati Piccirillo
Vice-Diretor: Prof. Dr. Carlos Eduardo Caldarelli
Chefe do Departamento de Direito Privado: Prof. Me. Cláudio César Machado Moreno
Chefe do Departamento de Direito Público: Prof. Me. Marcos Daniel Veltrini Ticianelli

CURSO DE MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL
Coordenador: Prof. Dr. Elve Miguel Cenci
Vice-Coordenador: Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti

Catálogo elaborado pela Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca Central da
Universidade Estadual de Londrina.
Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

Revista do Direito Público / Universidade Estadual de Londrina.
Centro de Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito
Público. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. –
Londrina: UEL, 2021-v.2 ; 29 cm.

Quadrimestral.
Descrição baseada em: v.17, n.3, dez. (2022).
ISSN: 1980-511X (online).
1. Direito Público – Periódicos. I. Universidade Estadual de Londrina.
Centro de Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito Público.
Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial.

CDU 342

Esta revista não assume a responsabilidade das ideias emitidas nos diversos artigos, cabendo-as exclusivamente aos autores. / É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista desde que seja citada a fonte.

Indexada em: LivRe (Brasil), Doaj (Suécia), Latindex (México), SHERPA RoMEO (Inglaterra), Portal de Periódicos CAPES (Brasil), WorldCat (EUA), TULIPS-Linker (Japão), Aladin (EUA), New Jour (EUA), BASE (Alemanha).

Disponível nos catálogos digitais das bibliotecas: HKU Librarie (Hong Kong), Charles University (Rep. Checa), Gorky St. Petersburg State University (Rússia), Hebrew University of Jerusalem (Israel), Miami University Libraries (EUA), Yale University (EUA), Universidad Nacional Autónoma de México (México), Universidade do Porto (Portugal), University of Tsukuba (Japão).



Revista do
DIREITO PÚBLICO

ISSN 1980551-X

MESTRADO E DOUTORADO EM
DIREITO NEGOCIAL

DEPARTAMENTO DE
DIREITO PÚBLICO



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA



SSN 1980-511X (eletrônico)
Revista do Direito Público da UEL
Volume 17, número 3, dez. 2022

EDITORES RESPONSÁVEIS / EDITORS

Dr. Luiz Fernando Bellinetti
Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)

CONSELHO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD

Eduardo Reale Ferrari - Universidade de São Paulo (USP/SP)
FranciEduardo Reale Ferrari - Universidade de São Paulo (USP/SP)
Francisco Emílio Baleotti - Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)
Irene Patrícia Nohara - Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM/MG)
Maria Auxiliadora Minahim - Universidade Federal da Bahia (UFBA/BA)
Tânia Lobo Muniz - Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)
Thais Bernardes Maganhini - Universidade Federal de Rondônia (UNIR/RO)
Wilson Engelmann – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/RS)

PARECERISTAS AD HOC / REVIEWERS

Adriana Goulart de Sena Orsini	Minas Gerais
Alaerte Antonio Martelli Contini	Mato Grosso do Sul
Andrea Boari Caraciola	São Paulo
Carlos Mauricio Lociks de Araújo	Distrito Federal
Diego Richard Ronconi	Santa Catarina
Eloy Pereira Lemos Junior	Minas Gerais
Felipe Magalhães Bambirra	Goiás
Francisco Antônio de Barros e Silva Neto	Pernambuco
Geziela Iensue	Mato Grosso do Sul
Henrique Morgado Casseb	São Paulo
João Porto Silvério Junior	Goiás
Lourival José de Oliveira	Paraná
Luciane Martins de Araújo	Goiás
Marco Antônio César Villatore	Santa Catarina
Maria Cristina Cardoso Pereira	Goiás
Monica Paraguassu Correia da Silva	Rio de Janeiro
Natália Jodas	São Paulo
Nelson Finotti Silva	São Paulo
Oswaldo Ferreira de Carvalho	Goiás
Rogério Montai de Lima	Rondônia
Rubens Beçak	São Paulo
Silvio Carlos Alvares	São Paulo
Thami Covatti Piaia	Rio Grande do Sul
Wilson Engelmann	Rio Grande do Sul

ASSESSORIA TÉCNICA
Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)

Ana Lúcia Maso Borba Navolar, Ana Luiza Mendes Mendonça, Beatriz Scherpinski Fernandes, Bruna Faria, Fernanda Shimomura Zuffa, Flávia Osmarin Tosti Menegon, Franciele Barbosa Santos, Isabela Nabas Schiavon, Lillian Zucolote de Oliveira, José Ricardo Suter, Lucas Rafael da Silva Delvechio, Mylena de Souza Santos, Murilo Meneguello Nicolau, Natali Silvana Zwaretch, Thiago Ridolfi Ferreira, Vanessa Manganaro de Araujo Almeron, Viviana Samara Yoko Matsui

SUMÁRIO | CONTENT

EDITORIAL.....	8
A INTERNET E A DISSEMINAÇÃO DE FALÁCIAS: UMA PERSPECTIVA JURÍDICA DAS FAKE NEWS.....	10
THE INTERNET AND THE DISSEMINATION OF FALLACIES: A LEGAL PERSPECTIVE OF FAKE NEWS	
<i>Sandro Marcos Godoy e Fabiana Junqueira Tamaoki Neves e Beatriz Fiorentino Colnago</i>	
RECURSO EXTRAORDINÁRIO 852.475 E A PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	28
EXTRAORDINARY APPEAL 852.745 AND THE CLAIM FOR COMPENSATION TO THE TREASURY BY ACT OF ADMINISTRATIVE IMPROBABILITY	
<i>Ricardo Adelino Suaid e Sebastião Sérgio da Silveira</i>	
A TRIBUTAÇÃO EXTRAFISCAL COMO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DO CONSUMO SUSTENTÁVEL E CONSCIENTE	49
EXTRAFISCAL TAXATION AS AN INSTRUMENT TO PROMOTE SUSTAINABLE AND CONSCIOUS CONSUMPTION	
<i>Antônio Carlos EFing e Erick Willian Pertussatto</i>	
POLÍTICAS PÚBLICAS E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À ÁGUA.....	64
PUBLIC POLICIES AND THE EFFECTIVENESS OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO WATER	
<i>Gláucia Maria de Araújo Ribeiro e Nicole Rabelo Souto Maior e Louise Oliveira Braga</i>	
HISTÓRICO DOS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS NO DIREITO BRASILEIRO	85
HISTORY OF AUTOCOMPOSITIVE METHODS IN BRAZILIAN LAW	
<i>Pedro Henrique Santos e Ana Paula Parra Leite</i>	
O DISTANCIAMENTO ENTRE O JUDICIÁRIO E A SOCIEDADE: A NECESSIDADE DE UMA REVOLUÇÃO DEMOCRÁTICA DE ACESSO À JUSTIÇA	104
DISTANCE BETWEEN THE JUDICIARY AND SOCIETY: THE NEED FOR A DEMOCRATIC REVOLUTION OF ACCESS TO JUSTICE	
<i>Ariel Sousa Santos e Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza</i>	
CONTRATOS DE CONCESSÃO DE TRANSPORTE COLETIVO RODOVIÁRIO NA PANDEMIA: CONSensualidade na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro	127
COLLECTIVE BUS TRANSPORT CONCESSION CONTRACTS IN THE PANDEMIC: CONSUALITY IN MAINTAINING OF THE ECONOMIC-FINANCIAL BALANCE	
<i>Marcela Casanova Viana Arena e Andréo da Silva Almeida e Itiberê de Oliveira Castellano Rodrigues</i>	
ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO E PARADIGMA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: O DEBATE SOBRE A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	151
RULE OF LAW AND CONSTITUCIONAL JURISDICTION PARADIGM: THE DEBATE ON THE DEMOCRATIC LEGITIMACY OF THE CONSTITUTIONAL COURT FOR THE INTERPRETATION AND DEFENCE OF THE CONSTITUTION	
<i>Anizio Pires Gavião Filho e Bruna Moresco Silveira</i>	

OS MUNICÍPIOS E O NOVO CORONAVÍRUS: RELEITURA DO PODER DE POLÍCIA MUNICIPAL E DO DESENHO FEDERATIVO.....167
 THE MUNICIPALITIES AND THE NEW CORONAVIRUS: REVIEW OF THE MUNICIPAL POLICE POWER AND THE BRAZILIAN FEDERATIVE DESIGN

Eric Santos Andrade e Benedicto De Vasconcellos Luna Gonçalves Patrão

O EMBATE ENTRE A LINGUAGEM DOGMÁTICA E A ZETÉTICA COMO SUPERAÇÃO DO PARADIGMA POSITIVISTA190
 THE CLASH BETWEEN DOGMATIC AND ZETHETIC LANGUAGE IN OVERCOMING THE POSITIVIST PARADIGM

Eric Araújo Andrade Oliveira e Jadson Correia de Oliveira

IN(TER)DEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS DE RESPONSABILIZAÇÃO: CONVERGÊNCIA ENTRE AS ESFERAS DE RESPONSABILIZAÇÃO DA SAMARCO PELO ROMPIMENTO DA BARRAGEM DE FUNDÃO209
 IN(TER)DEPENDENCE BETWEEN RESPONSIBILITY SPHERES: CONVERGENCE BETWEEN THE SPHERES TO SAMARCO RESPONSIBLE FOR THE BREACH OF THE FUNDÃO DAM

Maria Luísa Brasil Gonçalves Ferreira e Beatriz Souza Costa

FUNCIONALISMO DE ROXIN NA EXECUÇÃO PENAL: A RELEVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE NA PROGRESSÃO DE REGIMES DIANTE DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL.....228
 FUNCTIONALISM OF ROXIN IN CRIMINAL EXECUTION: THE RELEVANCE OF THE PRINCIPLE OF COCULPABILITY IN PROGRESSION PROGRAMS IN THE STATE OF UNCONSTITUTIONAL STATES

Henrique Viana Pereira e Glaison Lima Rodrigues

RESENHAS.....245

DOCTRINA PENAL NAZISTA: A DOGMÁTICA PENAL ALEMÃ ENTRE 1933 A 1945 ...245
João Pedro Ayrosa

RENÚNCIA À NACIONALIDADE BRASILEIRA: DIREITO FUNDAMENTAL À APATRIDIA VOLUNTÁRIA.....248
Ariadne Celinne de Souza e Silva

EDITORIAL

Apresentamos a edição de dezembro de 2022 (v. 17, n. 3) da Revista do Direito Público da Universidade Estadual de Londrina.

Inicialmente, destacamos que esse ano que agora se finda foi repleto de novos desafios para a equipe e todos os colaboradores de nossa revista, em função de uma profunda mudança ocorrida no sistema eletrônico das revistas e periódicos da Universidade Estadual de Londrina, que nos forçou a readequar todo o fluxo de trabalho. Toda mudança implica aprendizado e atenção, e todos os envolvidos nessa empreitada precisaram se readequar às novas regras e ditames estabelecidos, sempre zelando ao máximo pela função importante que a Revista do Direito Público tem exercido no meio acadêmico e da pesquisa científica.

Dito isto, passemos ao conteúdo da presente edição, a última do ano. É formada por textos elaborados por autores de nosso estado, o Paraná, e de todo o Brasil, com temas relacionados à mediação, acesso à justiça, Direito Ambiental, Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Penal, Filosofia do Direito, inovações tecnológicas, dentre outras temáticas.

No campo das inovações tecnológicas e suas implicações no mundo jurídico, temos o artigo “*A Internet e a Disseminação de Falácias: Uma Perspectiva Jurídica das Fake News*”, que busca discutir como a disseminação de notícias falsas tem como consequência ataques injustos e incitações caluniosas com efeitos devastadores e heterogêneos no campo da política, da economia e da vida pessoal de pessoas comuns e autoridades

Explorando a temática do Direito Administrativo, o texto “*Recurso Extraordinário 852.475 e a Pretensão de Ressarcimento ao Erário por Ato de Improbidade Administrativa*”, dedica-se à análise crítica das disparidades no julgamento do Recurso Extraordinário n. 852.475 pelo Supremo Tribunal Federal, concluindo-se que a tese da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário com base animus do agente improbo não guarda correspondência com o contexto do caso concreto que lhe deu origem.

Ainda no ramo do Direito Administrativo, o artigo “*Contratos de Concessão de Transporte Coletivo Rodoviário na Pandemia: Consensualidade na Manutenção do Equilíbrio Econômico Financeiro*” tenciona analisar os métodos adequados de solução de conflitos para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de transporte coletivo, atentando-se para a possibilidade da opção da consensualidade pela Administração Pública como forma de resolver seus litígios.

Enriquecendo novamente o estudo do Direito Administrativo, temos o trabalho “*Os Municípios e o Novo Coronavírus: Releitura do Poder de Polícia Municipal e do Desenho Federativo*”, que tem como problema a ser enfrentado a questão da limitação institucional que a Administração Pública municipal sofreu, e ainda vem sofrendo, frente à pandemia do coronavírus.

Em uma senda interdisciplinar, que alinha o Direito Tributário com a questão da sustentabilidade, o artigo “*A tributação Extrafiscal como Instrumento de Promoção do Consumo Sustentável e Consciente*” busca demonstrar que a tributação extrafiscal pode funcionar como um importante instrumento para se promover o consumo sustentável e consciente, quando a educação e a conscientização dos consumidores não se mostrarem suficientes.

No debate dos direitos fundamentais e do Direito Constitucional, temos o trabalho “*Políticas Públicas e a Efetivação do Direito Fundamental à Água*”, que se

destina a analisar a maneira pela qual o direito humano ao acesso à água potável e ao esgotamento sanitário se encontra intrinsecamente relacionado às políticas públicas, enquanto instrumentos efetivadores de direitos fundamentais, precipuamente, os de viés prestacional, que exigem uma atuação positiva do Estado, criando as condições materiais necessárias ao exercício de tais direitos.

No que concerne ao estudo do acesso à Justiça e meios alternativos de resolução de conflitos, apresentamos o artigo *“Histórico dos Métodos Autocompositivos no Direito Brasileiro”*, que discute a origem dos métodos autocompositivos no direito brasileiro e suas implicações no processo civil.

Continuando na área do acesso à Justiça, temos o artigo *“O Distanciamento entre o Judiciário e a Sociedade: A Necessidade de uma Revolução Democrática de Acesso à Justiça”*, que se dedica a analisar a necessidade de uma Revolução com viés democrática no acesso do cidadão à Justiça Brasileira.

Seguindo, novamente em âmbito interdisciplinar entre Hermenêutica Jurídica e o Direito Constitucional, o texto *“O Estado de Direito Democrático e Paradigma da Jurisdição Constitucional: o Debate Sobre a Legitimidade Democrática do Tribunal Constitucional”* versa sobre a legitimidade democrática da instituição de um Tribunal Constitucional para a interpretação e defesa da Constituição, em especial dos direitos fundamentais, por meio do controle de constitucionalidade.

De outra banda, também na área da Hermenêutica, junto à Filosofia do Direito, apresentamos o trabalho *“O Embate entre a Linguagem Dogmática e a Zetética como Superação do Paradigma Positivista”*, que objetiva solucionar o questionamento acerca da inserção dos princípios no bojo das teorias da norma jurídica, como um mecanismo de aprimoramento e superação do paradigma positivista.

Na senda do Direito Penal, dialogando com o Direito Constitucional, trazemos à baila o artigo *“Funcionalismo de Roxin na Execução Penal: A Relevância do Princípio da Culpabilidade na Progressão de Regimes Diante do Estado de Coisas Inconstitucional”*, que se destina a apresentar as diretrizes gerais que regem o funcionalismo penal proposto pelo jurista Claus Roxin, estabelecendo ainda conexões entre a teoria funcionalista e o princípio da culpabilidade no âmbito da execução penal, especialmente para os fins de progressão de regime no cumprimento de pena privativa de liberdade diante do reconhecido Estado de Coisas Inconstitucional existente no âmbito prisional brasileiro.

Por fim, na temática do Direito Ambiental, destacamos o trabalho *“A Interdependência entre as Esferas de Responsabilização: convergência entre as esferas de responsabilização da Samarco pelo rompimento da Barragem de Fundão”*, que buscou analisar a possibilidade de convergência entre as esferas cível, criminal e administrativa para responsabilização da empresa Samarco Mineração S/A pelo rompimento da Barragem de Fundão, em 05 de novembro de 2015.

Nesta edição a revista conta também com duas resenhas, que se debruçam sobre os livros *“Doutrina penal nazista: a dogmática penal alemã entre 1933 a 1945”*, de Eugênio Raul Zaffaroni, e *“Renúncia à nacionalidade brasileira: direito fundamental à apatridia voluntária”*, do autor Paulo Cesar Villela Souto Lopes Rodrigues.

Esperamos que apreciem a leitura do nosso último volume deste ano, e que as pesquisas divulgadas ajudem a fomentar e promover o debate acadêmico por parte de todos.

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti
Dezembro de 2022.

A INTERNET E A DISSEMINAÇÃO DE FALÁCIAS: UMA PERSPECTIVA JURÍDICA DAS FAKE NEWS

THE INTERNET AND THE DISSEMINATION OF
FALLACIES: A LEGAL PERSPECTIVE OF FAKE
NEWS

Sandro Marcos Godoy*

Fabiana Junqueira Tamaoki Neves**

Beatriz Fiorentino Colnago***

*Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina, Itália. Doutor em Direito - Função Social do Direito pela FADISP - Faculdade Autônoma de Direito. Mestre em Direito - Teoria do Direito e do Estado pela UNIVEM - Centro Universitário Eurípides de Marília. Graduado em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Presidente Prudente. Professor permanente do Programa de Mestrado e Doutorado e da graduação na UNIMAR - Universidade de Marília. Advogado da Cia. de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - SABESP.
E-mail: sandromgodoy@uol.com.br

**Pós-doutora em Direito pela Università degli Studi di Messina, Itália. Doutora e Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição de Ensino de Bauru (ITE). Especialista em Direito Ambiental e Ordenação do Território pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Docente nos cursos de Direito e Arquitetura do Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente (SP). Professora convidada da ESA/SP (Escola Superior da Advocacia) e de outros cursos de Pós-graduação. Autora de diversos artigos e capítulos de obras jurídicas. Advogada. Integrante Grupo de Pesquisa UNIMAR.
E-mail: fatamaoki@gmail.com

***Discente do curso de Direito do Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente. Integrante Grupo de Pesquisa UNIMAR.
E-mail: bia.fcolnago@hotmail.com

Como citar: GODOY, Sandro Marcos; NEVES, Fabiana Junqueira Tamaoki; COLNAGO, Beatriz Fiorentino. A Internet e a Disseminação de Falácias: Uma Perspectiva Jurídica das Fake News. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 3, p. 10-27, dez. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n3p.10. ISSN: 1980-511X

Resumo: As *Fake News* têm sido uma nova barreira no convívio social. A disseminação de notícias falsas tem como consequência ataques injustos e incitações caluniosas com efeitos devastadores e heterogêneos no campo da política, da economia e da vida pessoal de pessoas comuns e autoridades. O caos é instaurado e a barbárie social instituída de forma a prejudicar a democracia, colocando em rota de colisão direitos constitucionais de igual importância como o direito de informação e a liberdade de expressão e de outro lado o direito à imagem e à privacidade. Este artigo, em um viés crítico-dogmático, busca refletir sobre as consequências e responsabilidades a serem impostas àqueles que utilizam maliciosamente o instrumento de difusão da informação. Tema recorrente na doutrina pátria e no direito comparado, a pesquisa doutrinária utilizará o método empírico dialético, apontando possíveis soluções para remediar tão pernicioso movimento de ataque aos princípios constitucionais que balizam o Estado de Direito. O Poder Judiciário deve garantir acesso à justiça não somente permitindo a reparação do dano e a criminalização do agente, mas possibilitando às vítimas o direito de resposta eficiente.

Palavras-chave: *fake news*; divulgação; responsabilidade; correção; eficiência.

Abstract: Fake News has been a new hurdle in social coexistence. The dissemination of false news results in unjust attacks and

slanderos incitement with devastating and heterogeneous effects in the field of politics, economics and personal life of ordinary people and authorities. Chaos is introduced and social barbarism is instituted in such a way as to undermine democracy, putting in a collision course constitutional rights of equal importance, as the right to information and freedom of expression, and on the other side, the right to image and privacy. This article, in a critical-dogmatic bias, seeks to reflect on the consequences and responsibilities to be imposed on those who maliciously use the instrument of information diffusion. A recurrent theme in the doctrine of country and comparative law, doctrinal research will use the dialectical empirical method, pointing out possible solutions to remedy such pernicious movement of attack against the constitutional principles that mark the rule of law. The Judiciary must guarantee access to justice, not only by assuring reparation for the damage and criminalization of the agent, but also by giving victims the right to an efficient response.

Keywords: fake news; dissemination; responsibility; correction; efficiency.

INTRODUÇÃO

Com o advento da internet, novos paradigmas surgiram para o Direito e para a população como um todo. As problematizações acerca da realidade manipulada pelas redes televisivas e de jornais tomaram novas formas e, atualmente, a grande rede mundial de computadores é que tem seu espaço nas discussões sobre comunicação: O que é verdade?

A pergunta não é fácil de ser respondida. Apesar do amplo acesso à informação, alguns óbices são encontrados, principalmente tratando-se do problema colossal que tem mudado o rumo de diversas questões importantes em um patamar universal: As *Fake News* (em português “notícias falsas”).

Por óbvio que as notícias falsas não são uma novidade, elas são derivadas da vida em sociedade e da comunicação entre os seres humanos. Uma simples falha na interpretação pode gerar um relato errôneo que é repassado de pessoa a pessoa, porém, a facilidade do acesso à internet não somente para ler as notícias, mas para também compartilhá-las, ou até mesmo gerá-las a partir das redes sociais de maneira extremamente rápida, tem sido uma adversidade perigosa. É perceptível, v.g. a influência nas eleições de 2016 nos Estados Unidos da América e no ano de 2018 no Brasil.

As informações dissimuladas que são transmitidas na internet têm se multiplicado exponencialmente, chegando a ser intitulada “indústria das *Fake News*”. Este trabalho objetiva analisá-las em uma reflexão criticamente sob a exegese jurídica, para que seja ampliado o debate sobre as responsabilidades e os impactos causados pela disseminação de mentiras *on-line*, haja vista que o assunto tem tomado cada vez mais proporções significativas, necessitando de intenso debate e estudo a fim de diminuir e/ou evitar novos casos prejudiciais ao convívio social e democrático.

Justifica-se o presente estudo diante das constantes mudanças na sociedade atual, mormente em relação à disseminação da produção de notícias pelas redes sociais, e a necessária análise sobre as suas consequências jurídicas.

Por certo, a relação interdisciplinar do Direito em relação às demais ciências e as consequências jurídicas que delas decorrem, não escapariam da apreciação legal, doutrinária e jurisprudencial que o tema requer.

1 DEFINIÇÃO DE FAKE NEWS

Com o passar do tempo, no Brasil e no mundo a internet passou a ser praticamente uma necessidade. As pessoas estão conectadas numa escala crescente, desde os infantes aos senis, fazendo com que todos tenham familiaridade com as redes sociais e os *sites* que transmitem informações de diversos gêneros.

É neste cenário em que houve a ascensão da indústria das *Fake News*. As notícias falsas trazem um aspecto de verossimilhança e – muitas vezes – é difícil perceber que há algo de errado.

Manchetes alarmantes que são desconexas do restante do corpo do texto – a chamada pós verdade – também se enquadram nesta categoria, já que na vida moderna a pressa e o imediatismo para tentar saber de “tudo” fazem com que os usuários só leiam o que está em evidência, deixando escapar o conteúdo na íntegra, com este objetivo bem delineado:

Fake news não são apenas notícias falsas, mas também plantadas, cultivadas e hipertrofiadas para que desorientem, confundam, enganem. Elas viralizam nas redes sociais, espalhadas por indivíduos desavisados ou interessados e por sistemas automatizados, como bots e algoritmos (CHRISTOFOLETTI, 2018, p. 62).

Estas técnicas há muito são usadas na política, com o propósito de desmoralizar certos candidatos e sobressair outros. Exemplificadamente, tem-se as eleições de 2010:

[...] durante as campanhas eleitorais de 2010; [...] o que mais se viu foram candidatos e partidos com estratégias específicas para plataformas de mídia social, bem como um “exército visual” espalhando desinformação, mentiras e boatos sobre seus adversários. Nesse contexto, jornalistas e eleitores foram cercados por rumores, calúnias e histórias enganosas, como contas falsas do Twitter criadas para promover debates que tentavam ligar seus candidatos aos trending topics da rede social, por exemplo (MIZUKAMI; REIA; VARON, 2014, p. 79).

O retrato asseverado se intensifica nas redes sociais por conta dos algoritmos.

Os algoritmos são os dados utilizados pelos usuários que, posteriormente, são armazenados pela rede em um programa chamado de *Big Data*, fazendo com que o uso dos aplicativos para internet seja individualizado, personalizado a partir das fontes de maior interesse de cada um.

A título de exemplificação: Quando se pesquisa um tênis em algum *site*, é comum posteriormente aparecerem anúncios de lojas de calçados na *timeline* do Facebook. Este tipo de personalização é feito com todos os tipos de informações pesquisadas na rede e, portanto, se há muitos acessos relacionados a determinado assunto, a própria rede direciona as publicações, tornando mais visível o que é interessante ao titular do perfil. É um destaque de algo mais complexo chamado Inteligência artificial.

Entretanto, não se trata de mero arquivamento de dados:

O cruzamento de dados organizados em categorias amplas irá projetar, simular e antecipar perfis que correspondam a indivíduos e corpos “reais” a serem pessoalmente monitorados, cuidados, tratados, informados, acessados por ofertas de consumo, incluídos ou excluídos em listas de mensagens publicitárias, marketing direto, campanhas de prevenção de algum tipo de risco etc. [...] O saber aí constituído não concerne apenas à identidade atual dos indivíduos, mas também ao seu valor econômico potencial, suas preferências potenciais de consumo, suas tendências e inclinações comportamentais, suas capacidades profissionais, aos riscos a que estão sujeitos, às doenças que podem vir a desenvolver (BRUNO, 2006, p. 155-156).

Posto isto, concebe-se a ideia de que o acesso praticamente em sua totalidade seja restrito

aos dados que convém ao indivíduo, gerando terreno fértil para o maior compartilhamento de notícias falsas.

A definição de *Fake News* muito se assemelha ao conceito de falácia, principalmente quando se trata das manchetes sensacionalistas, que é a “mentira com cara de verdade”. Os sofistas na Grécia antiga se utilizavam da farsa revestida de realidade com o propósito de persuadir a população de acordo com que lhes interessava. As notícias enganadoras nada mais são do que exatamente isso: a aparência de genuinidade com intuito de enganar a população que as lê e, assim, produzir um conhecimento errôneo de determinado assunto e/ou pessoa.

1.1 A INDÚSTRIA DAS NOTÍCIAS FALSAS

As mais diversas redes sociais procuram maneiras de barrar os compartilhamentos de *Fake News*, entretanto, os desenvolvedores constantemente encontram maneiras de usurpar os sistemas criados.

A *Trend Micro*, empresa especializada em proteção digital, lançou um estudo que analisa as formas nas quais são geradas essas farsas.

O estudo define que há um financiamento com um orçamento que chega até US\$ 400 mil e que o sistema conta com a ajuda de robôs que trazem um maior desempenho para anúncios e *sites*.

O foco do estudo da Trend Micro foi identificar como funciona a máquina de falsificar notícias em três segmentos. O primeiro é o mercado de Digital Influencers (Influenciadores Digitais), celebridades das redes sociais que nascem da noite para o dia e que são especialistas em determinado assunto, mas que dão opinião sobre tudo. Depois, esmiuçou os serviços para manipular a opinião pública a fim de provocar uma manifestação. Por fim, a manipulação de uma ação em curso por meio de criação de sites e campanhas. Segundo a consultoria, é possível, em um mês, criar uma celebridade com mais de 300 mil seguidores utilizando robôs e perfis falsos para criar um séquito de seguidores por US\$ 2,6 mil. ‘Popularidade é o nome do jogo nas mídias sociais’, ressalta o estudo. ‘Quanto mais visível for o perfil, mais ele terá o aspecto de autoridade, o que rapidamente amplifica o efeito de tudo o que é postado por ele’ (COSTA, 2017).

A credibilidade é a alma do negócio, e é por isso que muito se gasta para criação de imagens, páginas e notícias com a mais próxima aparência da realidade, ainda que algumas sejam latentemente sensacionalistas, o público as acolhe e as alastram sem pestanejar.

2 PÓS-VERDADE

O dicionário Oxford considerou “pós-verdade” como a palavra do ano de 2016, principalmente pelo fato de ter sido e estar sendo amplamente usada para referir-se aos fenômenos eleitorais advindos do impacto provocado pelas distorções em notícias, conforme demonstra o

trecho que justifica a escolha:

Post-truth has gone from being a peripheral term to being a mainstay in political commentary, now often being used by major publications without the need for clarification or definition in their headlines. The term has moved from being relatively new to being widely understood in the course of a year - demonstrating its impact on the national and international consciousness. The concept of post-truth has been simmering for the past decade, but Oxford shows the word spiking in frequency this year in the context of the Brexit referendum in the UK and the presidential election in the US, and becoming associated overwhelmingly with a particular noun, in the phrase post-truth politics.¹ (OXFORD LANGUAGES, c2022)

O apelo emocional e distorção das proporções dos fatos são a característica mais marcante da pós-verdade que, juntamente com as *Fake News*, tem abalado a confiança nos meios de comunicação para alguns, enquanto outros continuam usando as mídias sem maiores indagações sobre a realidade dos fatos, deixando que situações falsas ou até mesmo verdadeiras passadas de maneira diferente daquelas situações fidedignas, orientem suas convicções.

O psicanalista Christian Dunker (2017, p. 38) define o fenômeno de maneira pontual, como:

Alguns consideram que o discurso da pós-verdade corresponde a uma suspensão completa de referência a fatos e verificações objetivas, substituídas por opiniões tornadas verossímeis apenas à base de repetições, sem confirmação de fontes. Penso que o fenômeno é mais complexo que isso, pois ele envolve uma combinação calculada de observações corretas, interpretações plausíveis e fontes confiáveis em uma mistura que é, no conjunto, absolutamente falsa e interesseira.

Soa irrelevante tratar de tal ocorrência quando o objeto principal, de fato, são as notícias falsas, porém, é essencial destacar os dois eventos, afinal, ambos andam lado a lado gerando repercussões significativas no contexto social.

3 CASOS EXPRESSIVOS

A título de exemplificação, é de suma importância relatar alguns dos casos mais notórios de *Fake News* no território brasileiro a fim de explanar a gravidade e a abrangência do assunto. Aliás, a repercussão negativa pode ser incorrigível levando-se em consideração a proporção da divulgação que a notícia pode vir a ter e as difíceis ferramentas que possam obstá-las com eficiência.

¹ A pós-verdade foi de um termo periférico a um esteio do comentário político, agora sendo frequentemente usado em importantes publicações sem a necessidade de clarificação ou definição em suas manchetes. O termo partiu de relativamente novo a largamente entendido no curso do ano – demonstrando seu impacto na percepção a nível nacional e internacional. O conceito de pós-verdade tem sido latente para a década passada, porém Oxford demonstra a palavra aumentando em frequência neste ano, no contexto do referendo Brexit no Reino Unido e na eleição presidencial dos Estados Unidos, e se associando majoritariamente com um substantivo particular, na expressão: política da pós-verdade (OXFORD LANGUAGES, c2022) - Tradução livre.

3.1 POLÍTICA

A política, como dito anteriormente, é uma área extremamente atingida pela indústria das notícias falsas e isto ocorre por conta da necessidade de denegrir a imagem do candidato rival de forma a gerar alguma mudança no resultado das urnas.

A polarização e o caos político que permeiam o Brasil tornam qualquer notícia um fator decisivo na hora do voto. Não são poucas as correntes repassadas pelo *Whatsapp*, desprovidas de fontes ou autores e que divulgam dados desconhecidos sobre pessoas e partidos políticos.

Marina Silva, candidata a presidência da República, v.g. teve sua credibilidade colocada em xeque por uma página no Facebook que disseminava inverdades sobre suas atitudes de forma a atingir negativamente a sua imagem política:

[...] o perfil denominado 'Partido Anti-PT' estaria publicando, reiteradamente, informações inverídicas que ofendem a imagem política da representante, pré-candidata à Presidência da República. O Diretório Nacional do partido Rede e a pré-candidata Marina Silva trazem os endereços de cinco postagens de conteúdo alegadamente danoso. A primeira, publicada em 20.12.2017, possui o seguinte teor: 'Marina Silva, Lula e Dias Toffoli foram delatados por Léo Pinheiro. Executivo da OAS tem muito o que contar ainda'. A segunda postagem, de 31.10.2017, apresenta o texto: 'Marina se financia com caixa 2 – Marina não serve. O Brasil não precisa de alguém que se omite em questões importantes e se financia com caixa 2'. Em 17.4.2017, o perfil noticiou: 'Caetano Veloso chamou Lula de analfabeto. O que vai dizer agora sobre Marina Silva recebedora de propina'. No dia anterior (16.4.2017), a quarta notícia trazida pelos representantes anunciou: 'Marina Silva também recebeu propina de R\$ 1,25 milhões da Odebrecht, confirma executivo do grupo'. A última notícia informada nos autos, postada em 29.3.2017, relatou: 'Marina Silva também se beneficiou de propinas da Odebrecht e ainda fica aborrecida quando a chamam de ex-petista' (BRASIL, 2018, p. 114-115).

Os fatos, porém, foram apurados e não há nada que comprove que tais informações divulgadas pela página são reais. Fica evidente que, em meio a tantos escândalos e a crise política causada pela corrupção, divulgações como essa sobre uma candidata a Presidência da República são seriamente prejudiciais à sua imagem e reputação, podendo mudar de forma expressiva o resultado das eleições.

Inclusive, durante as eleições de 2018 percebe-se a gigantesca ocorrência de denúncias relacionadas a *Fake News*, ensejando diversas polêmicas e até mesmo matérias jornalísticas que analisavam o que era verdade ou *fake* no discurso dos candidatos a presidência, como também a grande quantidade de materiais nomeando as notícias falsas mais emblemáticas.

Divulgação de mentiras relacionadas a governos anteriores, criação de teorias da conspiração levantadas em debates em rede nacional, fotos e vídeos adulterados, inclusive de vídeo íntimo tomaram conta das redes e fortaleceram a cegueira geral.

Não restam dúvidas que as redes tiveram, mais do que nunca, papel decisivo na disputa

não só presidencial, mas para todos os outros cargos aos quais se referia a eleição. Todavia, é lamentável que este papel não seja emancipatório e sim regado de incoerências a fim de desqualificar candidatos com farsas.

3.2 GREVE DOS CAMINHONEIROS

A greve dos caminhoneiros que ocorreu em junho de 2018 trouxe uma avalanche de notícias de todos os gêneros, principalmente pelo *Whatsapp*. Durante o ato de greve, muitas pessoas aproveitaram para expressar o desejo por uma intervenção militar e, com isso, *Fake News* surgiram sobre o assunto.

A mais expressiva foi uma mensagem de áudio no qual o “suposto” Comandante do Exército, General Eduardo Villas Bôas, anunciava que a intervenção aconteceria e afirmava que o art. 1º da Constituição da República autorizaria tal ação.

Consequentemente, uma simples pesquisa já desmentiria o fato de que o art. 1º da Constituição Federal nada diz sobre intervenção militar e que a voz na mensagem não tinha nenhum traço semelhante com a do Comandante. Apesar de claramente ser uma notícia inverídica, diversas pessoas acreditaram e permaneceram compartilhando, algumas assustadas, outras aliviadas.

No entanto, independentemente da reação de cada um, é certo que tal mensagem não traria benefício algum, pelo contrário, além de infringir diretamente a imagem do Comandante, também atacara de certa maneira os preceitos democráticos e constitucionais.

3.3 MARIELLE FRANCO E MARCOS VINÍCIUS DA SILVA

Marielle Franco, vereadora da cidade do Rio de Janeiro foi assassinada no dia 14 de março de 2018 com quatro tiros na cabeça, juntamente com o motorista Anderson Pedro Gomes e sem a menor pista de quem seriam os autores do crime.

A barbárie chocou todo o país e teve repercussão mundial. Como a maioria dos casos que tem tal magnitude, inúmeras informações que tentavam justificar o crime começaram a aparecer, dentre as quais a de que Marielle era ex-mulher de um perigoso traficante e a de que tinha contatos com a facção criminosa Comando Vermelho. Por certo, todas as afirmações sem provas e sem nexo com a realidade.

Outro caso semelhante é o de Marcos Vinícius da Silva, assassinado aos 14 anos no Complexo da Maré durante uma operação na cidade do Rio de Janeiro. O adolescente foi atingido no caminho entre a sua casa e a escola, e não resistiu aos ferimentos. Logo após o seu falecimento montagens com o seu rosto em fotos de adolescentes com armas começaram a surgir afirmando que não se tratava de um estudante, mas de um criminoso. Todavia, olhando com mais atenção, era explícito que se tratava de uma imagem totalmente manipulada.

Contudo, é cediço que apesar do fim da personalidade jurídica se dar com a morte, a família do falecido é diretamente atingida em relação à sua imagem denegrida, ainda mais em violações

acompanhadas de assassinatos tão violentos nos quais há intensa investigação e busca pela verdade dos fatos e pela punição dos autores dos crimes instados pela mídia.

A divulgação de informações falsas, ainda mais comparando as vítimas a criminosos de maneira inescrupulosa e imoral traz, ainda, mais dor e sofrimento para as famílias que buscam respostas concretas no Poder Judiciário.

3.4 FABIANE MARIA DE JESUS

No ano de 2014, no Guarujá, litoral de São Paulo, uma página no *Facebook* intitulada “Guarujá alerta” publicou um aviso dizendo que supostamente crianças daquela área estavam sendo raptadas por uma mulher que tinha o intuito de usá-las para fins de “magia negra”.

Na postagem, juntamente com o texto, havia um retrato falado e a foto de uma mulher de cabelos loiros. Todavia, Fabiane não tinham qualquer semelhança, entretanto, confundiram-na com a suposta sequestradora e foi linchada no caminho de volta para casa, após ter buscado a Bíblia que havia esquecido na igreja, levando-a à morte no auge dos seus 33 anos devido às agressões brutais que sofrera.

Posteriormente, durante a investigação apurou-se que sequer havia denúncia atinente a sequestros de crianças na região. Também foi apurado que a foto divulgada era aleatória, assim como o retrato falado era relacionado a um crime que havia acontecido no Rio de Janeiro dois anos antes.

Tardamente, chegou-se à conclusão que se tratava de uma notícia falsa que ceifou de forma cruel o maior dos bens jurídicos da pessoa humana: a vida.

4 PERSPECTIVA JURÍDICA

Explicada a definição e trazidos alguns casos exemplificativos, é possível conceber a ideia do impacto que uma informação falsa pode causar a alguém específico ou a toda coletividade. Sendo assim, o Poder Judiciário tem papel de extrema relevância no intuito de responsabilizar e tomar as medidas cabíveis aos causadores do prejuízo moral e material e assim surge a importância a respeito da reflexão que se propõe no presente artigo.

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) trouxe consigo o resguardo de direitos violados durante a Ditadura Militar, dentre eles: a liberdade de expressão, informação e imprensa. O direito de expressar-se é fundamental e, com o acesso a internet, milhares de pessoas se expressam diariamente exercendo seu direito constitucional:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição (BRASIL, 1988).

Todavia, a liberdade de expressão e informação tomou novos contornos com a rapidez e a facilidade com que é executável uma informação, isto é, com a capacidade de circular todo o mundo com apenas um clique.

As pessoas propagam suas opiniões, alegrias, tristezas e os compartilhamentos são os responsáveis pela velocidade na disseminação das informações, se tornando a rede um campo fértil para a divulgação de informações maliciosas que ultrapassam os limites da razoabilidade.

A pessoa humana tem liberdade para dizer o que quiser, mas suas palavras trazem consigo consequências, não somente para si mesmo, como para a sociedade e nesse sentido a própria Carta Magna traz o equilíbrio para o problema em seu art. 5º, inciso V ao firmara que: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

Destarte, é assegurada, desde o topo da hierarquia das normas, a reparação aos danos causados pela irresponsabilidade para com a liberdade de expressão e de informação.

O exercício da liberdade de expressão e opinião não poderia advir destituído de uma intrínseca relação com a responsabilidade de quem faz uso desse mesmo direito, sob pena de ferir o estado democrático de direito.

4.1 ABUSO DE DIREITO

Os direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal de 1988, segundo Vidal Serrano Nunes Júnior (2013, p. 153) prestam-se “[...] ao resguardo do ser humano na sua liberdade (direitos e garantias individuais), nas suas necessidades (direitos econômicos, sociais e culturais) e na sua preservação (direitos à fraternidade e à solidariedade).”

No presente estudo, destaca-se o resguardo às liberdades: a liberdade de opinião/expressão; de comunicação; e de informação.

Sendo estes direitos fundamentais, uma de suas características é a sua limitabilidade, ou seja, por mais que sejam direitos imprescindíveis, e por isso se revela “fundamental”, não são de cunho absoluto. O exercício abusivo da liberdade é capaz de usurpar outros direitos fundamentais.

As *Fake News* são claros exemplos de abuso de direito e o Código Civil assim regulamenta: “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” (BRASIL, 2002).

O limite social é ultrapassado quando, de má-fé, um usuário da rede mundial de computadores

exterioriza e propaga notícia inverídica sobre outrem, causando-lhes dano à sua imagem e a sua honra. Perceba-se que não se exige o dolo, bastando somente a culpa para a caracterização do prejuízo.

No tocante a este conteúdo, insta salientar o pronunciamento do desembargador Pedro Gagliardi do TJSP:

No cotejo entre o direito à honra e o direito de informar, temos que este último prepondera sobre o primeiro. Porém, para que isto corra, necessário verificar se a informação é verídica e o informe ofensivo à honra alheia inevitável para a perfeita compreensão da mensagem [...]

Nesse contexto, que é onde se insere o problema proposto à nossa solução, temos as seguintes regras:

1ª – o direito à informação é mais forte do que o direito à honra;

2ª – para que o exercício do direito à informação, em detrimento, da honra alheia, se manifeste legitimamente, é necessário o atendimento de dois pressupostos:

A - a informação deve ser verdadeira;

B - a informação deve ser inevitável para passar a mensagem (GAGLIARDI apud NUNES JÚNIOR, 2013, p. 196).

Tal excerto da obra de Vidal Serrano Nunes Junior (2013) corrobora com as teses levantadas e que ora se propõe à reflexão neste trabalho. Sendo assim, não há como permitir a violação da honra diante de algo que não condiz com a realidade e, de maneira analógica, não há como permitir a violação da democracia em razão da notícia que pode ser considerada desinformação.

4.2 ABRANGÊNCIA DO Código CIVIL E DO Código PENAL

Seguindo a linha da hierarquia das normas, em sentido amplo, o Código Civil (BRASIL, 2002) abrange o dano em si nos arts. 186 e 927². Portanto, quem acarreta um dano, mesmo que moral, tem o dever de repará-lo.

Ademais, é possível que a notícia falsa não gere somente consequências no âmbito civil, mas também há a possibilidade de configurar um crime tipificado nos arts. 138, 139 e 140³ do Código Penal (BRASIL, 1940), que tipifica as notícias falsas em sentido amplo, nos crimes de calúnia, difamação e injúria.

O contorno jurídico que se pode dar ao caso navega entre a esfera civil e criminal já que os bens jurídicos atingidos pela *Fake News* não encontram fronteira tanto como ocorre na divulgação da notícia pela internet.

Porém, na esfera digital, o problema se agiganta quando se busca a responsabilização tendo como um dos principais desafios a ser enfrentado, a identificação para posterior responsabilização

2 Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito (BRASIL, 2002).

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo (BRASIL, 2002).

3 Art. 138. Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime (BRASIL, 1940).

Art. 139. Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação (BRASIL, 1940).

Art. 140. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro (BRASIL, 1940).

dos agentes agressores. Dessa forma, buscar-se-á solver tal questionamento nos subtópicos a seguir.

4.3 RESPONSABILIDADE

Em relação à responsabilidade, há que se perquirir: primeiramente, quem seria responsabilizado? O autor da notícia ou o meio pelo qual foi usado para disseminá-la?

A legislação que trata sobre o uso da internet no Brasil é o Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965 de 2014 (BRASIL, 2014), e é por meio dela que se torna possível começar a lapidar a questão da responsabilidade nos seguintes dispositivos:

Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário (BRASIL, 2014).

Denota-se nos artigos acima referendados, a menção dos termos “Provedor de Conexão à Internet” e “Provedor de Aplicações de Internet”, sendo, mister salientar a diferença entre eles.

O “Provedor de Conexão”, de acordo com a Lei do Marco Civil (BRASIL, 2014), seria quem possibilita o uso da internet em questões técnicas, isto é, quem garante os serviços de acesso em si. Dessa maneira, a empresa que fornece a conexão não será responsabilizada pelo dano causado por *Fake News*.

Já o “Provedor de Aplicações” detém uma maior participação e uma estrutura mais complexa:

Provedor de Aplicação de Internet (PAI) é um termo que descreve qualquer empresa, organização ou pessoa natural que, de forma profissional ou amadora, forneça um conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet, não importando se os objetivos são econômicos. (CEROY, 2014).

Assim, o “Provedor de Aplicações” seria o responsável por uma rede social, por exemplo. Sua responsabilidade está relacionada com a colaboração na investigação para a identificação do ofensor, que é o real responsável civil e penal pelas consequências trazidas, o que, de fato, é sensato, considerando-se que na maioria das vezes as publicações ocorrem de maneira espontânea, sem o conhecimento e sem a necessidade de permissões do Provedor ou uma análise que esteja sujeita ao seu crivo.

Ainda que a legislação seja clara, as discussões acerca do tema aumentam cotidianamente

e é preciso que seja feita a identificação do autor e, posteriormente, que seja apagado o conteúdo ilegal.

Portanto, a cooperação por parte do “Provedor de Aplicações” é fundamental não apenas para auxiliar as autoridades administrativas ou judiciárias na identificação do responsável, mas, também, para realizar a remoção do conteúdo, de maneira célere, com o escopo de evitar que maiores danos aconteçam, uma vez que, quanto maior a exposição e o tempo do conteúdo malicioso on-line, maiores os prejuízos causados a pessoa difamada ou à coletividade.

4.4 IDENTIFICAÇÃO DO OFENSOR

As informações falsas na internet trazem consigo diversas particularidades e isso se deve pelo fato de ser um campo que traz dificuldades para a investigação, dentre elas:

O não recebimento de conteúdo e metadados por parte dos provedores; atraso no recebimento de informações; exigência de MLAT para repasse de informações; aplicações de internet sem representantes do mesmo grupo econômico no país ou que não ofertam o serviço ao público brasileiro; uso de bots e de pessoas contratadas em outros países para espalhar notícias, dentre outros (BARRETO; PEREIRA, 2018)

Todas as questões descritas acima soam como outro idioma para um leigo – o que de fato é a linguagem específica da internet, assim como há a jurídica -, mas superficialmente, percebe-se o porquê da quantidade de farsas que são repassadas on-line.

A complexidade e, muitas vezes, a impossibilidade de se encontrar o autor torna a rede, em vários momentos, “um ambiente sem lei”, ainda mais para os famigerados *hackers* – especialistas em internet - que, possivelmente e como demonstram os estudos, muito recebem para espalhar algo do interesse de quem pode lhe pagar.

Entretanto, há muito sendo feito para frustrar as tentativas de postagem dos conteúdos irreais que trazem danos a outrem, tanto por parte dos “Provedores de Aplicação” que procuram evitar futuros processos, quanto por parte das pessoas lesadas, que cada vez mais buscam o Judiciário com o propósito de repararem o dano suportado.

Apesar da dificuldade para encontrar os responsáveis, já existem mecanismos desenvolvidos pelos aplicativos para facilitar essa tarefa que tem se mostrado paulatinamente possível.

O *Facebook*, por exemplo, no dia 25 julho de 2018, realizou a exclusão de páginas e perfis que, segundo a empresa, violaram suas políticas de uso:

Como parte de nossos esforços contínuos para evitar abusos e depois de uma rigorosa investigação, nós removemos uma rede com 196 Páginas e 87 Perfis no Brasil que violavam nossas políticas de autenticidade. Essas Páginas e Perfis faziam parte de uma rede coordenada que se ocultava com o uso de contas falsas no Facebook, e escondia das pessoas a natureza e a origem de seu conteúdo com o propósito de gerar divisão e espalhar desinformação. As ações que estamos anunciando hoje fazem parte de nosso trabalho permanente para identificar e agir contra pessoas mal-intencionadas que violam nossos Padrões da Comunidade.

Nós estamos agindo apenas sobre as Páginas e os Perfis que violaram diretamente nossas políticas, mas continuaremos alertas para este e outros tipos de abuso, e removeremos quaisquer conteúdos adicionais que forem identificados por ferir as regras (ÀS VÉSPERAS..., 2018).

De outro lado, os proprietários das páginas e perfis que foram deletados alegam que a ação foi uma estratégia eleitoreira com caráter de censura. No entanto, a plataforma declara que a violação das políticas impostas foi o fator decisivo para reprimir as postagens de cunho perverso e, destarte, isso revela a preocupação atual dos gerenciadores de aplicativos em reprimir as inverdades.

4.5 REMOÇÃO DO CONTEÚDO

A remoção do conteúdo por ordem judicial é de suma importância para que não continue a propagação da mentira. Para debater sobre, é necessário voltar-se a Lei do Marco Civil (BRASIL, 2014), no seguinte dispositivo legal:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 1º A ordem judicial de que trata o 'caput' deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

Como ressaltado anteriormente, a colaboração do “Provedor de Aplicações” é fundamental para reestabelecimento da ordem, podendo até mesmo ser responsabilizado caso não coopere conforme anuncia a doutrina sobre o assunto:

Alguns caminhos podem ser tomados para seu (ordem judicial) efetivo cumprimento, não sendo, todavia, exaustivos:

Em sites ou blogs de notícias: encaminhamento da ordem diretamente para o responsável técnico pela prestação do serviço. Caso não haja remoção do conteúdo em tempo hábil, poderá haver a solicitação diretamente ao provedor responsável por sua hospedagem. Quando o serviço não conseguir ser interrompido nas situações acima elencadas ou em casos de conteúdo hospedado em servidores alienígenas, a efetividade da ordem judicial será processada através de ofício encaminhado aos backbones; Redes sociais: em algumas situações, o envio da determinação judicial será feito diretamente para o setor responsável para dar exclusão do perfil, postagem, arquivos (texto, imagem, áudio ou vídeo) ou fanpage que contenha o material ofensivo. Serviços de mensagem: quando o encaminhamento de fake news for através do WhatsApp, poderá haver a determinação para suspensão do viral através do procedimento de identificação da URL de encaminhamento do conteúdo. Além do mais, a ordem poderá determinar a inatividade do perfil ou do

grupo de mensagem com conteúdo ilícito (BARRETO; PEREIRA, 2018, grifo nosso).

Inclusive, o Tribunal Superior Eleitoral decidiu pela primeira vez no tocante a remoção de *Fake News*, no caso mencionado alhures sobre a pré-candidata Marina Silva, nos seguintes termos:

Defiro a liminar, ainda, para determinar ao representado, no prazo de 10 dias: a identificação do número de IP da conexão usada para realização do cadastro inicial no Facebook; e a disponibilização dos dados pessoais do criador e dos administradores do perfil, nos termos do art. 10, § 1º, da Lei nº 12.965/2014. Em caso de descumprimento, poderá ser aplicada multa diária, nos termos dos arts. 536 e 537 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2018, p. 117).

Por derradeiro, os julgados acima merecem destaque, pois demonstram às partes, à população e à comunidade jurídica, como a matéria está sendo tratada nos tribunais, propiciando, conseqüentemente, novos estudos e encorajando futuras ações.

5 PARADIGMA JURÍDICO: CENSURA

Há, ao menos, 14 projetos sobre *Fake News* em curso no Congresso Nacional brasileiro. Porém, para a Comissão de Comunicação Social, em relatório lançado em junho de 2018, os projetos apresentam diversas defasagens, não tratando do problema na sua totalidade. A maior crítica é o fato de que uma lei criada com algum tipo de déficit pode dar abertura para diversas injustiças, a exemplo da censura.

Se discute atualmente no Supremo Tribunal Federal, as questões atinentes à *fake news* e suas conseqüências em relação aos Ministros daquela Corte e, como tal, irremediavelmente a questão será judicializada caso não se promova processo legislativo adequado, o que implicará na discussão inevitável do acesso à justiça na defesa de interesse transindividual (GODOY, 2017, p. 44).

É imprescindível que qualquer lei que venha regradar a informação seja extremamente clara e que os procedimentos realizados na investigação sejam todos voltados para reprimir a produção de *Fake News*, cautelosamente, sem cruzar a linha tênue entre a repressão de algo danoso e o exercício da liberdade de expressão, de imprensa e da informação.

A investigação e o entendimento de tratar-se, com certeza, de um evento fraudulento, são medidas indispensáveis à manutenção da justiça nestes casos, já que as lacunas na lei podem gerar uma norma ineficaz ou até mesmo com brechas a fim de favorecer interesses econômicos, ideológicos ou até mesmo pessoais.

CONCLUSÃO

A era digital revolucionou a comunicação, o entretenimento, as perspectivas de se pensar e ver o mundo. A informação, que antes era monopolizada por meios inteiramente responsáveis somente por isso; hoje, faz parte do cotidiano de grande parte das pessoas de maneira intensa.

Uma postagem no *Facebook*, no *Whatsapp*, avisando sobre um acidente, sobre o falecimento de alguém ou até mesmo uma denúncia a alguma injustiça, podem chegar mais rápido à população geral e autoridades do que um meio convencional de comunicação, como, por exemplo, um telefonema.

Foi encontrado o que há muito era procurado: Liberdade. Liberdade para exteriorizar sua opinião, suas informações e de compartilhá-las socialmente, mas a liberdade sem limitações pode trazer consequências trágicas como decorrência de *Fake News*.

As medidas cruciais podem estar em uma solução a longo prazo, como o investimento em educação. Uma sociedade que tem conhecimento da sua história, que busca exercer a democracia e a cidadania de forma lúcida sempre buscará o que está mais próximo da verdade, descartando informações que desqualificam um candidato sem qualquer compromisso com a realidade, ou que disseminam ideias mirabolantes que trazem perigo para a comunidade em geral.

Por óbvio, quem causa dano a alguém deve ser responsabilizado e a pessoa lesada devidamente indenizada, a legislação brasileira já prevê isso e, o essencial para tratar a questão pode ser a seriedade com que precisa ser tratado o caso concreto, tal como, mensurar-se adequadamente o dano, levantamento/análise das provas, e sentenças devidamente fundamentadas de formas técnica e jurídica. Tudo isso, servirá como ponto de partida para o combate efetivo das *Fake News*.

Além disso, a retratação, que por vezes não seja alcançada pela totalidade de pessoas atingidas pela farsa, mostra-se indispensável através do direito de resposta. Nada mais justo que as vítimas tenham acesso às medidas judiciais cabíveis à disseminação da verdade.

A melhor forma de se combater a inverdade se dá pela verdade.

Outra alternativa, seria identificar se àquela informação veiculada é verídica ou não – também chamado de *fact-checking* –, logicamente, através dos meios tecnológicos. É cediço que em muitos *sites* se propagam estas mentiras, basta observar os erros gramaticais, de concordância, ausência de fontes e do nome do autor da matéria, além de buscar outros meios para garantir que o inverídico se torne verídico.

Ademais, também é preciso ler o texto por completo, deixando de valorizar somente as manchetes que, como dito, podem ser sensacionalistas e despidas do compromisso com a verdade e a lógica do conteúdo restante.

Contudo, a ideia de que em um futuro breve as notícias maliciosas possam ser totalmente combatidas soa utópico. Uma sociedade que respeite a democracia, que jogue limpo e que faça valer a credibilidade dos meios de comunicação, apesar de parecer uma ideia remota, a árduos passos fica cada vez mais próxima com a ajuda do Poder Judiciário e da conscientização das pessoas.

Diante disso ressalta-se a importância sobre a reflexão do tema que se pauta no presente artigo de forma a destacar um viés crítico-dogmático que permita ao leitor compreender o fenômeno da informação em dias atuais de usual utilização dos meios de comunicação através das redes sociais.

REFERÊNCIAS

ÀS VÉSPERAS das eleições, Facebook tira do ar perfis que espalham “desinformação”. São Paulo: ConJur, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-25/facebook-tira-ar-perfis-grupos-divulgam-desinformacao>. Acesso em: 5 jul. 2022.

BARRETO, Alesandro Gonçalves; PEREIRA, Marcos Tupinambá Martin Alves. *Fake news e os procedimentos para remoção de conteúdo*. São Paulo: ConJur, 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-mar-11/opiniao-fake-news-procedimentos-remocao-conteudo#_edn4. Acesso em: 5 jul. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 126, n. 191-A, p. 1-32, 05 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 jul. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 151, n. 77, p. 1, 24 abr. 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 5 jul. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 2391, 31 dez. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 5 jul. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 5 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (2. Grau). Intimação, processo 0600546-70.2018.6.00.0000. Trata-se de representação, com pedido de liminar, ajuizada pelo Diretório Nacional da Rede Sustentabilidade e Maria Osmarina Marina da Silva Vaz de Lima, denunciando a divulgação de notícias falsas (fake news) por meio de perfil anônimo no Facebook [...]. Representante: Rede Sustentabilidade (Rede) - Diretório Nacional; Maria Osmarina Marina da Silva Vaz de Lima. Representado: Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. Relator: Min. Sérgio Banhos, 7 jun. 2018. **PJE**: intimação da Secretaria Judiciária, Brasília, n. 112, p. 114-117, 2018. Disponível em: <blob:https://dje-consulta.tse.jus.br/eb26ebab-6ad2-4260-8ab4-c46dc5b2db79>. Acesso em: 5 jul. 2022.

BRUNO, Fernanda. Dispositivos de vigilância no ciberespaço: duplos digitais e identidades simuladas. **Fronteiras - Estudos Midiáticos**, São Leopoldo, v. 8, n. 2, p. 152-159, 2006. Disponível em: <https://revistas.unisinos.br/index.php/fronteiras/article/view/6129/3304>. Acesso em: 5 jul. 2022.

CEROY, Frederico Meinberg. **Os conceitos de provedores no Marco Civil da Internet**. [S. l.]: Migalhas, 2014. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/211753/os-conceitos-de-provedores-no-marco-civil-da-internet>. Acesso em: 5 jul. 2022.

CHRISTOFOLETTI, Rogério. Padrões de manipulação no jornalismo brasileiro: Fake news e a crítica de Perseu Abramo 30 anos depois. **Rumores**, São Paulo, v. 12, n. 23, p. 56-82, 2018. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/Rumores/article/view/144229/140804>. Acesso em: 5 jul. 2022.

COSTA, Machado de. Estudo revela como funciona a indústria de “fake news” no mundo. **Isto é Dinheiro**, São Paulo, 16 set. 2017. Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/estudo-revela-como-funciona-industria-de-fake-news-no-mundo/>. Acesso em: 5 jul. 2022.

DUNKER, Christian. Subjetividade em tempos de pós-verdade. *In*: DUNKER, Christian; TEZZA, Cristovão; FUKS, Julián; TIBURI, Marcia; SAFATLE, Vladimir. **Ética e pós-verdade**. Porto Alegre: Dublinense, 2017.

GODOY, Sandro Marcos. **O meio ambiente e a função socioambiental da empresa**. Birigui: Boreal, 2017.

MIZUKAMI, Pedro; REIA, Jhessica; VARON, Joana. **Mapeamento da mídia digital no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV direito Rio, 2014. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11945/Mapeamento%20da%20M%c3%addia%20Digital%20no%20Brasil.pdf?sequence=1>. Acesso em: 5 jul. 2022.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

OXFORD LANGUAGES. **Word of the Year 2016**. Oxford: Oxford University Press, c2022. Disponível em: <https://languages.oup.com/word-of-the-year/2016/>. Acesso em: 5 jul. 2022.

Como citar: GODOY, Sandro Marcos; NEVES, Fabiana Junqueira Tamaoki; COLNAGO, Beatriz Fiorentino. A Internet e a Disseminação de Falácias: Uma Perspectiva Jurídica das Fake News. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 3, p. 10-27, dez. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n3p.10. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 30/08/2022

Aceito em: 28/11/2022

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 852.475 E A PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

EXTRAORDINARY APPEAL 852.745 AND THE CLAIM FOR COMPENSATION TO THE TREASURY BY ACT OF ADMINISTRATIVE IMPROBABILITY

Ricardo Adelino Suaid*
Sebastião Sérgio da Silveira**

*Possui graduação em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto (2006) e Mestrado pela Universidade de Ribeirão Preto (2020). Atualmente é Juiz Substituto no Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Foi Analista Jurídico do Ministério Público do Estado de São Paulo - Promotoria de Justiça de Ribeirão Preto. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público. Iniciou no Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Ribeirão Preto no ano de 2018, tendo concluído em 2020, sendo orientado pelo Prof. Dr. Zaiden Geraige Neto. Bolsista no Programa Prosup/CAPEES. Representante discente da Pós-graduação no Colegiado da Área de Humanas da Universidade de Ribeirão Preto em 2018/2019. Email: ricardo_suaid@yahoo.com.br

**Possui graduação em Ciências Jurídicas pela Universidade de Ribeirão Preto (1984), Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1999); Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004) e Pós-Doutoramento pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-Portugal (2011). Atualmente é o 8º Promotor de Justiça de Ribeirão Preto, do Ministério Público do Estado de São Paulo; Professor Titular da Universidade de Ribeirão Preto, onde é Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito e Professor Doutor do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, da Universidade de São Paulo - FDRP-USP. Integrou, março de 2.011 a 2.016, o Comitê Executivo Estadual, do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde, do Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Tem experiência na área de Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: improbidade; ação civil pública, meio ambiente, terceiro setor, saúde pública, infância e juventude, cidadania e processo penal. Email: sebastiao_silveira@hotmail.com

Como citar: SUAID, Ricardo Adelino; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. Recurso extraordinário 852.475 e a pretensão de ressarcimento ao erário por ato de improbidade administrativa. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 3, p. 28-48, dez. 2022. DOI 10.5433/24157-108104-1.2022v17n. 3 p. 28. ISSN: 1980-511X

Resumo: Com o objetivo de uniformizar a jurisprudência e zelar pela segurança jurídica e isonomia, o Código de Processo Civil de 2015 prevê que os tribunais devem sumular seus entendimentos a partir de sua jurisprudência, a qual deve observar as circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. Trata-se do dever de coerência que deve nortear a atuação harmônica entre o que se decide e o processo *sub judice*. No âmbito da mais alta Corte do país, a formação do precedente no julgamento do recurso extraordinário pressupõe presentes os institutos do prequestionamento e da repercussão geral da questão constitucional. Nesse sentido, a partir da tríade prequestionamento - repercussão geral - coerência dos precedentes, dedica-se o presente trabalho a análise crítica das disparidades no julgamento do Recurso Extraordinário n. 852.475 pelo Supremo Tribunal Federal, concluindo-se que a tese da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário com base *animus* do agente improbo não guarda correspondência com o contexto do caso concreto que lhe deu origem.

Palavras-chave: repercussão geral; improbidade administrativa; imprescritibilidade.

Abstract: In order to standardize jurisprudence and to ensure legal security and isonomy, the 2015 Code of Civil Procedure rules that courts must summarize their understandings based on their jurisprudence, which must observe the factual circumstances

of the precedents that motivated its creation. It is the duty of coherence that should guide the harmonious performance between what is decided and the processes that are under investigation. In the sphere of the highest court in the country, the formation of precedent in the judgment of the extra appeal presupposes that the institutes of previous questioning and the general repercussion of the constitutional issue are present. In this regard, from the triad previous questioning- general repercussion-coherence of the proceeding, the present work is dedicated to the critical analysis of the disparities in the judgment of Extra Appeal no. 852,475 by the Federal Supreme Court, concludes that the imprescriptibility's thesis of pretension for reimbursement to the public purse based on the animus of the dishonest agent does not correspond to the context of the specific case that gave rise to it.

Keywords: general repercussion; administrative improbity; imprescriptibility.

INTRODUÇÃO

Inspirado pelo *writ of certiorari* do direito norte-americano, o instituto da Repercussão Geral foi pensado e desenvolvido como a cura dos males que ontem (e sempre) afetaram o regular exercício da função jurisdicional no Brasil: a enorme carga processos que cotidianamente são endereçados ao Supremo Tribunal Federal.

Para ter *status* de repercussão geral a questão controvertida necessariamente deve ter relevância social, isto é, deve revestir-se de importância para a pacificação das relações sociais, jurídicas, econômicas e políticas. Presente – a juízo exclusivo da Suprema Corte – abre-se a porta para que seja analisado o recurso extraordinário.

Com este requisito, frisa-se, introduzido no sistema somente no ano de 2004 pela Emenda Constitucional n. 45, não se confunde o prequestionamento, caracterizado pela necessidade de que a questão tenha sido decidida pelas instâncias inferiores para então ser submetida ao Supremo Tribunal Federal.

Superadas tais etapas, do julgamento do recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida extrai-se uma tese com poder decisivo sobre os litígios que versem sobre a mesma questão de direito material ou processual. Estamos diante, portanto, de um precedente judicial.

Em comum, os institutos estão umbilicalmente ligados pela mesma finalidade: a racionalização do sistema jurídico.

É dentro desta perspectiva que se pretende analisar a polêmica tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que “são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”.

O problema consiste em investigar o respeito ao devido processo constitucional no julgamento do recurso extraordinário n. 852.475, bem se a tese fixada encontra subsídio no artigo 37, §§ 4º e 5º, da Constituição Federal, e na Lei 8.429/92, que disciplina a matéria.

A reflexão tem repercussão teórica para o conhecimento da ciência do direito, e especialmente na prática da jurisdição constitucional, principalmente nos tempos em que critérios políticos sobressaem sobre aspectos técnicos da decisão judicial.

Com a opção de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Optamos pela divisão do desenvolvimento do trabalho em quatro partes. De início, foi abordado o sistema de precedentes judiciais adotado pelo novo Código de Processo Civil, seguido da análise da natureza da tese fixada no julgamento do recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. Na sequência, foi delineado o dever de coerência das decisões judiciais para, estabelecidas as premissas deste estudo, criticar a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do recurso extraordinário n. 852.475.

1 ASPECTOS PROCESSUAIS DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Por recurso entende-se o ato ou efeito de recorrer dentro da mesma relação processual com o objetivo de reformar ou invalidar uma decisão judicial (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 505).

Dito de outra forma, recurso é o poder que se reconhece à parte vencida em qualquer incidente ou no mérito da demanda de provocar o reexame da questão decidida pela mesma autoridade judiciária ou por outra de hierarquia superior.

Recurso Extraordinário, em sentido *lato*, corresponde a todo recurso cabível aos Tribunais Superiores, como meio de revolvimento da matéria de direito, ou seja, análise de violação das normas constitucionais e legais (MANCUSO, 2018, p. 36). Não cabe, portanto, para simples revisão de fatos e provas.

Em sentido estrito, Recurso Extraordinário é o mecanismo de competência do STF com vistas a garantir a supremacia das normas constitucionais e a inteireza do sistema jurídico (DIDIER JUNIOR, 2017, p. 406). Em outros termos, “*é o mecanismo posto à disposição das partes para permitir um juízo acerca da conformação de uma decisão judicial em relação ao disposto na lei maior.*” (SOUZA, 2008, p. 10).

Esclarece Teresa Arruda Alvim Wambier que:

Não se trata de uma terceira instância. Trata-se, isto sim, da ponta do funil: decidem-se questões de direito. Não há revisão integral da matéria decidida, como ocorre na apelação, com exame dos autos e das provas. Há o exame da decisão que se recorreu: a identificação do erro de direito há de ser constatada da leitura da decisão (WAMBIER, 2015, p. 1492).

Uma vez admitido o recurso extraordinário, o STF, nos termos de sua Súmula 456, “julgará a causa aplicando o direito à espécie”. Nesse sentido, o julgamento proferido pela Corte substitui a decisão recorrida naquilo que tiver sido objeto de recurso.

O recurso extraordinário, neste ponto, destoa do “recurso de cassação” presente em alguns países europeus, como França e Itália, em que ao Tribunal de Cassação cumpre o juízo rescindente, de modo que, cassada a decisão recorrida, a tribunal diverso cabe a tarefa de proferir novo julgamento da questão (AZZONI, 2009, p. 36).

Segundo Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: “O sistema brasileiro dos recursos excepcionais (RE, Resp e RR) confere dupla competência recursal ao tribunal ad quem (STF, STJ e TST), que tem simultaneamente competência para proferir os juízos de cassação e de revisão.” (NERY JUNIOR; NERY, 2014, p. 663-663).

Este entendimento encontra-se expressamente previsto no artigo 1.034, caput, do novo Código de Processo Civil: “Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça julgará o processo, aplicando o direito”.

Com o julgamento, opera-se o efeito substitutivo, o que significa dizer que, salvo no caso de *error in procedendo*: “[...] só quando o fundamento do recurso consiste em erro in procedendo é que o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça, ao dar-lhe provimento, anula a decisão da instância inferior e, se for o caso, faz baixar os autos para que outra ali se profira.” (MOREIRA, 2005, p. 601).

Constatada a injustiça da decisão sobressai a função revisional do STF, proferindo novo julgamento sobre a causa, respeitados os limites da cognição do recurso extraordinário (AZZONI, 2009, p. 254-256).

Para o recurso extraordinário ser admitido e ter seu mérito analisado são necessários, além das condições de admissibilidade recursal inerente aos processos subjetivos, que segundo Araken de Assis “são bipartidos em intrínsecos – cabimento, legitimidade, interesse e legitimidade para recorrer; e extrínsecos – tempestividade, regularidade formal e preparo” (ASSIS, 2016, p. 135), os seguintes requisitos: (i) o prequestionamento da questão recursal; (ii) o esgotamento das vias ordinárias; (iii) ofensa direta à Constituição Federal e (iv) repercussão geral da questão constitucional (ASSIS, 2016, p. 679).

O prequestionamento tem fundamento na expressão *causas de decididas* utilizada no inciso III do artigo 102, da Constituição Federal, limitando o recurso extraordinário às hipóteses vinculadas na Constituição e apreciadas na decisão recorrida (MANCUSO, 2018, p. 314).

Ao menos em duas hipóteses é possível dispensar o prequestionamento. A primeira no caso de o fundamento surgir exclusivamente no próprio acórdão recorrido. A segunda, caso interposto embargos de declaração, na linha do determina a Súmula 356 do STF, o Tribunal *a quo* queda-se inerte quanto ao exame da questão (GRECO FILHO, 2006, p. 372).

Da jurisprudência da Corte extrai-se que o prequestionamento deve ser explícito, ou seja, a decisão impugnada tem que emitir juízo de valor a respeito do tema, inclusive mencionando o preceito constitucional suscitado nas razões do recurso submetido à sua apreciação.

Para fins de prequestionamento o STF não tem admitido, portanto, que o acórdão recorrido se limite à discussão da tese que jurídica invocada como inconstitucional, sendo imprescindível a expressa menção à norma constitucional violada.

Arguida a tese jurídica pelas partes como fundamento de suas pretensões, ainda que a decisão ou o acórdão não tenha enfrentado o tema, explícita ou implicitamente, a simples oposição de embargos de declaração visando suprir a omissão, na visão já há muito assentada do STF, supre o requisito do prequestionamento, caracterizado, neste caso, como *ficto*

Nesse sentido é o teor da Súmula 356 do STF. No STJ, antes da alteração promovida pelo artigo 1025 do CPC/15, não se admitia o prequestionamento ficto, na linha de sua Súmula 211, “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*.” (BRASIL, 2015)

O Código de Processo Civil de 2015 dirimiu a controvérsia antes existente entre os Tribunais de Superposição, tendo encampado a teoria do prequestionamento *ficto*. Nos termos do artigo 1025, “[...] 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.”(BRASIL, 2015).

A finalidade do prequestionamento é impedir que o STF conheça originariamente de matérias que não tenham sido suscitadas e submetidas a ampla defesa e contraditório no processo subjetivo. Seguindo na análise dos requisitos de admissibilidade, cabe Recurso Extraordinário da decisão que: a) - contrariar dispositivo da Constituição Federal, instrumento de preservação de sua supremacia; b) – declarar a inconstitucionalidade material ou formal de tratado ou lei federal, no âmbito do controle difuso pelos Tribunais locais e órgãos colegiados, também como manifestação da supremacia constitucional e hierarquia de leis; c) – julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição, tendo por objetivo proteger o pacto federativo; d) – julgar válida lei local contestada em face de lei federal, pois violadora da distribuição das competências constitucionais entre os entes federativos.

Em relação ao item b) supra, importante ressaltar que o artigo 97 da Constituição Federal prevê a denominada cláusula “*full bench*”, pela qual “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.” (FERREIRA, 2016, p. 47). Conforme Ferreira (2016), tal regra se aplica, inclusive, ao STF, havendo precedente isolado de que seus colegiados fracionários poderiam julgar o extraordinário sem ofensa ao referido dispositivo – ED no RE 361.829/RJ.

Não obstante a aparente pluralidade de situações em que se viabiliza o manejo do Recurso Extraordinário, todas cristalizam a ofensa à Constituição Federal como o real fundamento de sua interposição (WAMBIER, 2015, p. 1492).

Diferente do regime do Recurso Especial direcionado ao STJ, cuja impetração restringe-se às decisões de tribunais, o Recurso Extraordinário é cabível contra as decisões em única ou última instância, independente do órgão que a proferiu. Assim, é manejável das deliberações proferidas em embargos infringentes em execução fiscal e de turma recursal dos juizados especiais.

Diante do que foi acima exposto, embora o prequestionamento também tenha sido pensando como instrumento limitador dos recursos dirigidos ao STF, com o instituto da repercussão geral não se confunde.

Sandro Luiz de Oliveira Rosa afirma tratar-se o prequestionamento do que se denomina jurisprudência defensiva, mecanismo por meio do qual se faz “necessário demonstrar a questão constitucional discutida no caso, fato que poderia diminuir a quantidade de recursos.” (ROSA, 2013, p. 78).

O instituto da repercussão geral, inspirado no *writ of certiorari* (BERMAN, 2009, p. 107) do direito norte-americano e instituído pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004, está previsto no artigo 102, §3º, da Constituição Federal, tem natureza de requisito intrínseco de admissibilidade quanto ao próprio cabimento do recurso extraordinário (DANTAS, 2012, p. 227-228; MARINONI; MITIDIERO, 2007, p. 39).

Nos termos do artigo 323 (BRASIL, 2015), caput, do RISTF, “Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o(a) Relator(a) ou o Presidente submeterá, por meio eletrônico, aos demais ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral.”

Assim, além possuírem naturezas distintas, o prequestionamento deve ser analisado anteriormente à existência da repercussão geral. Apenas se delibera acerca da repercussão se presentes os demais requisitos de admissibilidade recursal (COELHO, 2009, p. 110-111).

A ausência da preliminar era obstáculo intransponível para a admissão do recurso, ainda que presumida de forma absoluta a repercussão geral (artigo 323, §1º, do RISTF). Não havia que se falar em repercussão implícita ou presumida.

Embora o § 2º do artigo 1035, do CPC/15 não mencione, na prática o operador do direito deve estar atento ao entendimento do STF de que a demonstração da repercussão geral ainda deve ser feita em preliminar do recurso extraordinário, sob pena de não ser conhecido.

Cabe atentar que o reconhecimento da repercussão geral é atribuição exclusiva do STF, feita de forma colegiada, de modo que não cabe ao presidente ou vice-presidente do Tribunal *a quo* fazê-lo (MOREIRA, 2005, p. 605), não obstante lhe caiba verificar, do ponto de vista estritamente formal, se o recorrente formulou preliminar de repercussão geral (COELHO, 2009, p. 112).

A despeito da irrecorribilidade da decisão que versa sobre repercussão geral, conforme artigo 1035, caput, do CPC/15, e artigo 326 do RISTF, a deliberação deve ser pública e motivada, ainda que de forma objetiva, em prestígio ao dever de motivação das decisões judiciais estampados no artigo 93, IX, da Constituição Federal, e artigos 11 e 489, §1º, do CPC/15 (BRASIL, 2015).

Conforme Guilherme Nassif Azem (2009, p. 66), “para que se ateste a repercussão geral, portanto, devem-se conjugar dois elementos: a relevância e a transcendência da questão constitucional discutida.”

Pode-se afirmar a existência da repercussão geral quando a matéria, objeto do recurso extraordinário, seja relevante do ponto de vista jurídico, econômico, político ou social, a ponto de o julgamento interessar à própria coletividade que vive a Constituição. Trata-se, portanto, “de uma relevância qualificada” (OLIVEIRA, 2009, p. 185).

Nesse sentido afirmam Marinoni e Mitidiero:

[...] a fim de caracterizar a existência de repercussão geral e, destarte, viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário, nosso legislador alçou mão de uma fórmula que conjuga relevância e transcendência (repercussão geral = relevância + transcendência). A questão debatida tem de ser relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, além de transcender para além do interesse subjetivo das partes na causa (MARINONI; MITIDIERO, 2007, p. 40).

O procedimento da repercussão geral foi disciplinado pela Emenda Regimental 21/2007, sendo que decidido pelo pleno do STF que o novo instituto apenas aplicado após 3 de maio de

2007, data da publicação da emenda regimental.

Atualmente a matéria é devidamente tratada nos artigos 1029 a 1035 do Código de Processo Civil de 2015.

2 O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, ao prever que “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, revela a adoção do princípio da legalidade fundado no sistema *Civil Law*, no ordenamento jurídico nacional. Embora seja verdadeira esta afirmação, a Constituição Federal de 1988 ao encampar um sistema de jurisdição constitucional caracterizado pelo funcionamento conjunto dos modelos difuso (também chamado americano) e concentrado (também denominado austríaco) (MENDES, 2016, p. 1080), já cunhava certa abertura do ordenamento ao *commow law* (VALADÃO, 2015, p. 137).

É justamente no tocante as fontes do Direito que se estabelecia a diferença entre as escolas do *Civil Law* e do *Commom Law*. O sistema *Civil Law*, adotado nos países de cultura romano-germânica, prevê a Lei escrita como principal fonte do Direito, ao passo que no sistema *Common Law* a fonte está assentada no direito consuetudinário e na decisão judicial (ALMEIDA, 2017).

Ainda que a Lei constituísse a principal fonte do Direito, o Estado puramente legalista não era capaz de atender e solucionar as demandas de uma sociedade em constante transformação (DONIZETI, 2016, p. 1300-1301).

Não se concebe mais a ideia de direito puramente dogmático, dissociado da realidade que se pretende aplicar. O Direito deve ser enxergado sob uma nova perspectiva, como fruto/produto das próprias sociais, concretizando-se a partir dos conflitos que se pretende solucionar.

A partir da lição de Castanheira Neves, conclui Ivan Cláudio Pereira Borges que: “O direito só o é como tal se possui uma perspectiva de valoração, justificada na inter-relação necessária dos seres humanos, somada a um fundamento de validade, que é a *lex*, e sempre no universo prático, isto é, das realizações, dos problemas e das soluções” (BORGES, 2018, p. 3321).

Não obstante a diferença de origem entre as escolas do *Civil Law* e do *Commom Law*, a valorização dos precedentes nos países de tradição positivista, a exemplo do Brasil, como fonte de aplicação uniforme do direito, acarretou forte aproximação entre os institutos (ALMEIDA, 2017).

Nesse sentido afirma Miguel Reale (1998, p. 142):

Na realidade são expressões diversas que, nos últimos anos, têm sido objeto de influências recíprocas, pois enquanto as normas legais ganham cada vez mais importância no regime do *commow law*, por sua vez os precedentes judiciais desempenham papel sempre mais relevante no Direito de tradição romanística.

No ordenamento brasileiro o hibridismo agrupa tradições europeias e norte-americanas

desde a Constituição de 1981, que abrigou princípios estruturadores das decisões políticas fundamentais típicas de *commow law* (ZANETI JUNIOR, 2007, p. 15).

Após ganhar corpo em diversos diplomas legislativos, a teoria dos precedentes foi incorporada pelo Código de Processo Civil de 2015, dela sendo consequência o dever dos tribunais de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Na lição de Sebastião Sérgio da Silveira e Rafael Tomaz de Oliveira (2015, p. 299):

Coerência implica investigar se a jurisprudência guarda acordo com as decisões do passado no sentido lógico-formal (não contradição, principalmente). Estabilidade, diz respeito a um problema de gestão e pretende saber se as fórmulas construídas a partir de decisões anteriores continuam a ser aplicadas de forma uniforme, padronizada. Trata-se, realmente, de um conceito que reflete a ideia de produtividade e da necessidade de um padrão que possa ser repetido posteriormente de forma mais ou menos homogênea com relação à anterior. Já a integridade exige um compromisso com os princípios da comunidade política. Pode ela justificar a continuidade da cadeia de coerência e estabilidade ou, nalguns casos, obrigar que ela seja interrompida. De todo modo, aqui sempre estaremos diante de um argumento de princípio.

Em que pese o debate acerca da existência (STRECK; ABOUD, 2013, p. 85-87) e do conceito (MANCUSO, 2010, p. 151-152) de precedente judicial no ordenamento nacional, neste trabalho entende-se como a norma extraída do julgamento de determinado caso concreto com potencial aplicabilidade a casos análogos futuros (DIDIER JUNIOR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 441).

Deste diverge o conceito de jurisprudência, mais abrangente no aspecto quantitativo, consistente na interpretação de um conjunto de decisões dos Tribunais acerca de determinada questão (TARUFFO, 2014). Em síntese:

À luz das circunstâncias específicas envolvidas na causa, interpretam-se os textos legais (*lato sensu*), identificando a norma geral do caso concreto, isto é, a *ratio decidendi*, que constitui o elemento nuclear do precedente. Um precedente, quando reiteradamente aplicado, se transforma em jurisprudência, que, se predominar em tribunal, pode dar ensejo à edição de um enunciado na súmula da jurisprudência deste tribunal (DIDIER JUNIOR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 554-555).

A rigor, toda decisão judicial proferida pela autoridade judiciária é um precedente, independente do grau do órgão de decisão e da atribuição de feitos vinculantes pelo ordenamento jurídico, tendo o condão de influir decisões futuras tomadas em situações de matéria fática semelhante (MORETO, 2012).

A formação do precedente está necessariamente atrelada aos fatos e fundamentos submetidos ao contraditório judicial e que motivam a decisão judicial. Segundo Tucci (2004, p. 12), “todo precedente judicial é composto por duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do

provimento decisório.”

No âmbito interno, portanto, o precedente deve refletir de forma fidedigna a argumentação jurídica em que se apoia a decisão. Quanto ao âmbito externo, o dever de coerência também impõe que o tribunal julgue conforme a orientação adotada em julgamentos anteriores que envolvam fatos e teses idênticos ou semelhantes (THEODORO JUNIOR, 2017, p. 797).

O dever de coerência se manifesta nos âmbitos interno e externo. Pelo primeiro impõe-se o dever de autor referência, ou seja, cabe aos tribunais observar seus próprios precedentes. O segundo sentido exprime o dever de não-contradição, pelo qual os tribunais não devem decidir casos análogos contrariamente às decisões anteriores, salvo distinção ou superação (DIDIER JUNIOR, 2017, p. 546).

Neste sentido, são imprescindíveis à construção do precedente as razões fundamentais da decisão (*ratio decidendi*), sendo dispensáveis desta análise os argumentos de passagem (*obiter dictum*), não essenciais ao julgamento do caso concreto.

A *ratio decidendi* é obtida por meio da “elucidação das premissas normativas tomadas como etapas de justificação de uma decisão judicial.” (BUSTAMANTE, 2012, p. 277).

Conforme Marinoni (2011, p. 294):

A ratio decidendi é também chamada, em solo brasileiro, de motivo determinante de uma decisão. O motivo determinante, entendido como *ratio*, é a premissa sem a qual não se chegaria àquela decisão específica. É o motivo (ou são os motivos, já que se admite a existência de mais de uma *ratio*) suficiente e imprescindível à decisão que foi tomada.

Nesta ordem de ideias, o precedente judicial é a norma geral extraída da *ratio decidendi* da causa, constituída pelos fundamentos jurídicos essenciais para a solução da controvérsia (WAMBIER *et al.*, 2015, p. 1316).

2.1 INCOERÊNCIAS NA TESE FIXADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 852.475

Em decorrência do julgamento do Recurso Extraordinário n. 852.475, os ministros da Suprema Corte fixaram a seguinte tese: “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.” (BRASIL, 2018).

Ab initio, ao analisar a *tese*, com fincas na distinção supraestabelecida, constata-se que a posição firmada nem de longe espelha a jurisprudência do STF até então consolidada a respeito do tema.

Conforme será pormenorizadamente analisado, a tese fixada no julgamento do RE n. 852.475 destoa do entendimento que o Supremo Tribunal Federal vinha aplicando na análise dos casos correlatos, sendo dotada de certo ineditismo.

Compulsando a jurisprudência da corte, apoiada na interpretação da ressalva contida na parte final do artigo 37, §5º, da Constituição Federal, extrai-se o entendimento pacífico de que as ações de ressarcimento por danos ao erário decorrentes de ato de improbidade administrativa são imprescritíveis. Nesse sentido,

A imprescritibilidade prevista no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, diz respeito apenas a ações de ressarcimento de danos decorrentes de ilegalidades tipificadas como de improbidade administrativa e como ilícitos penais. É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil (BRASIL, 2018).

Ainda podem ser citados os Recursos Extraordinários n. 814.243; 601.707; 608.831; 632.512; 598.493; 578.428; o Agravo de Instrumento n. 834.494/SP; e o Mandado de Segurança 26.210.

Em comum, todas as decisões se referem à imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário por ato de improbidade de forma geral, não distinguindo os dolosos dos culposos. Neste ponto reside a celeuma da questão.

Ao estabelecer que a pretensão de ressarcimento por ato doloso de improbidade é imprescritível, *a contrario sensu* interpreta-se que a tese tem por prescritível a pretensão de ressarcimento por atos culposos, compreendidos no artigo 10 da Lei 8.429/92.

Com efeito, a causa de pedir da ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (BRASIL, 2018) consiste na adoção, por agentes públicos, de modalidade de licitação indevida para a venda de bens móveis da Administração Pública, alienados por preço inferior ao de mercado, conduta violadora dos princípios da legalidade e moralidade, causadora de prejuízos ao erário, tendo frustrado a licitude do processo licitatório, em consonância com os artigos 10, incisos IV e VIII, e 11, *caput*, da Lei. 8.429/92.

Restou apurado em Procedimento Preparatório de Inquérito Civil que a Prefeitura de Palmares/SP realizou dois procedimentos licitatórios, sob a modalidade “carta-convite”, para a alienação de dois veículos, tendo como critério de julgamento o menor preço. Conforme alegou o Ministério Público do Estado de São Paulo, a modalidade licitatória prevista para a hipótese é o leilão e a avaliação realizada foi aquém do valor de mercado dos bens, gerando prejuízos ao erário.

A tese da prescrição arguida pelas defesas dos imputados (BRASIL, 2007) nos autos foi rechaçada em despacho saneador do juízo *a quo*, apoiando-se de forma objetiva na ressalva do artigo 37, §5º, da Constituição Federal.

Ao final do processo em primeiro grau de jurisdição foi proferida sentença, que condenou os agentes públicos pela prática dos atos de improbidade previstos nos artigos 10, incisos IV e VIII, e 11, impondo-lhes as penas previstas no artigo 12, incisos II e III, todos da Lei 8.429/92. A matéria prescricional não foi objeto da decisão.

No âmbito recursal, reiterados os fatos e fundamentos expostos em primeiro grau de jurisdição, o acórdão proferido reconheceu a ocorrência da prescrição no que tange à punição dos

agentes públicos e extinguiu a ação.

Em Recurso Extraordinário o *Parquet* paulista fundamentou a ofensa à Constituição Federal com base na imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário prevista em seu artigo 37, §5º, com a qual não se confunde a prescritibilidade dos ilícitos administrativos praticados por agentes públicos.

Neste ponto reside a segunda controvérsia. Na deliberação sobre a existência da repercussão geral no Recurso Extraordinário 852.475, interposto na Ação Civil Pública n. 2001.000685, que tramitou no Foro de Santa Adélia/SP, o Ministro Marco Aurélio afirmou que “Em momento algum o Tribunal de origem emitiu entendimento sob o ângulo da Constituição Federal”, e que “O acórdão inicialmente formalizado revela adoção de óptica à luz de normas estritamente legais – Leis nº 8.112/1990 e nº 8.429/1992”. E arrematou “Os embargos declaratórios interpostos não veicularam o tema de índole maior. Conforme consta do relatório do ato, buscou-se pronunciamento quanto à Lei nº 8.112/1990”. (RE 852.475, acórdão em repercussão geral, p.11).

Com esteio nestes argumentos e à luz dos entendimentos cristalizados nas Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Marco Aurélio concluiu pela “inadequação do instituto da repercussão geral” (RE 852.475, acórdão em repercussão geral, p.11).

Pela primeira, “*É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada*”. Já o segundo entendimento sumulado apregoa que “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.

Do que se extrai, as referidas Súmulas cristalizam entendimento de não admissibilidade do recurso extraordinário pela ausência de prequestionamento. É a nítida a confusão estabelecida no julgamento do entre instituto e a repercussão geral da constitucional. Por sorte, não prosperou o voto em apreço.

E mais, a matéria estava prequestionada pelo reconhecimento, no acórdão, da prescrição das penalidades impostas em virtude da condenação por atos de improbidade administrativa, uma vez que a Lei n. 8.429/92 goza de força normativa constitucional, cumprindo o comando do artigo 37, §4º, da Constituição Federal.

Nesta linha não mais se justifica, segundo Mancuso, o “rigor que engendrou, no STF, a emissão das Súmulas 282, 317, 356 [...]. Desde que se possa, sem esforço, aferir no caso concreto que o objeto do recurso está razoavelmente demarcado na instância precedente” (MANCUSO, 2018, p. 320).

Na deliberação acerca da existência da repercussão geral, prevaleceu o voto do Ministro Teori Zavascki:

No exame do RE 669.069-RG (de minha relatoria, DJe de 26/8/2013, Tema 666), o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral de matéria delimitada como a imprescritibilidade das ações de ressarcimento por danos causados ao erário, ainda que o prejuízo não decorra de ato de improbidade administrativa. No entanto, no julgamento de mérito, firmou-se tese mais restrita, no sentido de

que é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil (RE 669.069, de minha relatoria, DJe de 28/4/2016, Tema 666). Tal diretriz não alcança, portanto, as ações de ressarcimento decorrentes de ato de improbidade administrativa.

Em face disso, incumbe ao Plenário desta Corte pronunciar-se acerca do alcance da regra estabelecida no § 5º do art. 37 da CF/88, desta vez especificamente quanto às ações de ressarcimento ao erário fundadas em atos tipificados como ilícitos de improbidade administrativa. Diante do exposto, manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão suscitada (BRASIL, 2018).

A despeito da irrecorribilidade da decisão que versa sobre repercussão geral, nos termos do artigo 1035, caput, do CPC/15, e artigo 326 do RISTF, a deliberação deve ser pública e motivada, ainda que de forma objetiva, em prestígio ao dever de motivação das decisões judiciais estampados no artigo 93, IX, da Constituição Federal, e artigos 11 e 489, § 1º, do CPC/15.

Conforme Guilherme Nassif Azem (2009, p. 66), “para que se ateste a repercussão geral, portanto, devem-se conjugar dois elementos: a relevância e a transcendência da questão constitucional discutida.”

Pode-se afirmar a existência da repercussão geral quando a matéria, objeto do recurso extraordinário, seja relevante do ponto de vista jurídico, econômico, político ou social, a ponto de o julgamento interessar à própria coletividade que vive a Constituição. Trata-se, portanto, “de uma relevância qualificada.” (OLIVEIRA, 2009, p. 185).

Nesse sentido afirmam Marinoni e Mitidiero (2007, p. 40):

[...] a fim de caracterizar a existência de repercussão geral e, destarte, viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário, nosso legislador alçou mão de uma fórmula que conjuga relevância e transcendência (repercussão geral = relevância + transcendência). A questão debatida tem de ser relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, além de transcender para além do interesse subjetivo das partes na causa.

No caso concreto, a relevância da matéria salta aos olhos, certo de que a decisão paradigmática adotada pela Suprema Corte baliza a solução de inúmeros litígios que visam a obter o ressarcimento dos danos causados ao erário por atos de improbidade administrativa.

Segundo Clara Maria Azzoni (2009, p. 27), pela função paradigmática ou persuasiva cumpre os deveres de estabilidade e previsibilidade os juízes que proferirem suas decisões “respeitando o prestígio e autoridade que devem ser atribuídos às decisões proferidas pelos Tribunais de cúpula.”

Conforme consignado na decisão supratranscrita, a repercussão geral acerca da imprescritibilidade da ação de ressarcimento dos danos ao erário já havia sido reconhecida no bojo do recurso extraordinário n. 669.069 – Tema 666 – matéria não enfrentada no mérito pela Corte.

Neste caso, por versar questão cuja repercussão já havia sido reconhecida pela Corte, a deliberação poderia ter sido dispensada, pois presumida a existência da repercussão geral, a teor do artigo 323, caput e §2º, do RISTF.

Incontestável, pois, o reconhecimento da repercussão geral capitaneado pelo então Ministro Teori Zavascki.

Antes da análise do mérito do julgamento se faz necessário estabelecer que o julgamento se cingia à prescritebilidade da ação de ressarcimento de danos ao erário decorrente da prática de ato de improbidade administrativa, à luz do artigo 37, §5º da Constituição Federal.

A devolutividade recursal, cabe frisar, aplicável também ao recurso extraordinário impunha a Corte analisar, em juízo de fundamentação vinculada a hipótese do artigo 102, III, *a*, da Constituição Federal (MANCUSO, 2018, p. 196), se a decisão do Tribunal recorrido, consistente no reconhecimento da prescrição da ação civil pública na qual se pretendia a responsabilização de agentes públicos pela prática de atos ímprobos, contrariava o comando do artigo 23, II, da lei 8.429/94; do artigo 1-C, da Lei 9.494/97, e dos artigos 1º, e 142, §1º, da lei 8.112/90, conforme razões do Ministério Público.

No mérito, o Procurador-Geral da República e a União, como *amicus curiae*, manifestaram-se pelo provimento do recurso para que fosse reconhecida a imprescritebilidade das ações que buscam o ressarcimento de danos ao erário fruto de ato ímprobo.

Na primeira sessão de julgamento, realizada no dia 2 de agosto de 2018, o Ministro Alexandre de Moraes votou pelo desprovimento do recurso extraordinário, sob a justificativa de que os prazos de prescrição são estabelecidos por lei, em razão da determinação do artigo 37, § 4º, da Constituição, no que foi inicialmente acompanhado pelos Ministros Luis Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio.

O último, em brilhante voto, assentou:

Não tenho como potencializar a erronia técnica na redação do preceito pelo constituinte de 88, a ponto de chegar a essa conclusão, e assentar a imprescritebilidade de ação civil indenizatória voltada ao ressarcimento do próprio Estado. E não me cabe, como simples intérprete, estabelecer, onde a CF não distingue, distinções, e ai por exemplo concluir que, em se tratando de prejuízo causado considerado ato que consubstancia crime, não há incidência dos cinco anos, mas se se trata de outro ilícito, tem-se a incidência do prazo (STF..., 2018).

A composição dos votos indicava o placar de sete votos a quatro no sentido de se reconhecer a prescritebilidade da ação de improbidade administrativa, independente da intenção, ou seja, do *animus* de seu autor.

O acerto da corrente que se formava, com a devida vênua ao entendimento diverso, parte da ideia de que no Estado Democrático de Direito, a segurança jurídica deve ser o pilar de todas as relações públicas e privadas, de modo a garantir-lhes estabilidade e equilíbrio.

Decorre do princípio da segurança jurídica a regra da prescrição, a qual fulmina pretensões exercidas a destempo com o objetivo de se evitar a perpetuidade dos conflitos e pacificar o convívio social (JUSTEM FILHO, 2016, p. 1264).

Outrossim, a preservação *ad eternum* da pretensão indenizatória cerceia o direito de defesa, ou lhe reduz drasticamente, tendo em vista não ser praxe das pessoas, assim como da

Administração Pública, a guarda e conservação de documentos por tempo indefinido (GABARDO, 2016; MELLO, 2010, p. 1092-1093).

Inserindo-se a temática da improbidade no direito administrativo sancionador, a aplicação das sanções tem como limites a segurança jurídica e a proporcionalidade, proteção compatível com a garantia constitucional do devido processo legal em sua vertente substancial.

De mais a mais, não se pode sustentar que a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento de danos advindos de ato de improbidade administrativa é a interpretação mais condizente com a conjugação dos artigos 37, §§ 4º e 5º da Constituição Federal.

Primeiro porque quando o constituinte originário quis taxar certo ato, fato ou pretensão como imprescritível, o fez de forma direta e clara, de modo a demonstrar ao intérprete que tais hipóteses são exceções no sistema jurídico-constitucional e, portanto, devem ser interpretadas restritivamente.

Outrossim, não sendo cristalina a norma que se pretende extrair do enunciado do § 5º do artigo 37 da Constituição (MENDES, 2016, p. 91) – basta lembrar que o tema foi anteriormente objeto de repercussão geral em outro recurso extraordinário – é importante que se considere a intenção do constituinte originário ao tempo em que foi criado o dispositivo.

Nesse sentido, andou bem o Ministro Alexandre de Moraes ao lembrar que a redação do § 4º do artigo 44 – atual § 5º do artigo 37 – do Projeto da Constituição, previa expressamente que “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento, que serão imprescritíveis” (BRASIL, 1988, grifo nosso), sendo esta última parte extirpada pela Emenda de Plenário 2P02039-9, em função da preservação da segurança jurídica e das restritas hipóteses de imprescritibilidade que deveriam ser previstas na Constituição Federal.

Cumprindo o mandamento do artigo 37, §4º, da Constituição, a Lei 8.429 enfatiza no artigo 5º que “ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano”, e no artigo 12 enuncia o ressarcimento do dano entre as sanções aos atos tipificados como ímprobos, tendo em seu artigo 23 previsto prazos de prescrição para a sanções que culmina.

Teori Zavascki (2014, p. 109) afirmava que a reparação do dano não se confunde com as sanções da Lei de Improbidade, sendo efeito secundário necessário da punição pelo ato de improbidade.

A interpretação dos dispositivos da lei de improbidade administrativa revela que o legislador ordinário, diante da incumbência constitucional que lhe foi atribuída, teve por clara finalidade impor prazos prescricionais às sanções cominadas aos atos ímprobos.

Por fim, um argumento lógico parece corroborar a tese acima exposta. É inegável que as sanções aplicáveis aos atos de improbidade não têm natureza penal. Não por outro motivo o artigo 12 da Lei 8.429/92 é estanque quanto a independência das sanções penais, civis e administrativas, com as quais não se confundem aquelas previstas para os atos de improbidade.

Todavia, há identidade das respectivas sanções, seja finalidade punitiva, pedagógica e

intimidatória (VITTA, 2003, p. 67). Nesta linha de entendimento Marçal Justem Filho afirma que “as sanções têm cunho punitivo, traduzindo a repressão a condutas reputadas como dotadas da mais elevada gravidade, que compreendem inclusive a indisponibilidade patrimonial.” (JUSTEM FILHO, 2016, p. 937-938).

A partir desta identidade substancial é que se propõe “a aplicação de princípios comuns ao direito penal e ao direito administrativo sancionador, reforçando-se, neste passo, as garantias individuais.” (OSÓRIO, 2000, p. 102).

Se a pretensão estatal penal encontra limite na prescrição, garantia fundamental do cidadão, absolutamente nada justifica tratamento diverso ao direito administrativo sancionador.

No entanto, na sessão do dia 08 de agosto de 2018, os Ministros Luiz Fux e Luis Roberto Barroso revisaram seus votos para prover o recurso extraordinário e declarar a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento do dano ao erário advindo de atos de improbidade administrativa, com fundamento no artigo 37, §5º, da Constituição Federal.

Conquanto não se concorde, esta posição segue a linha pacífica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consagrada desde julgamento do mandado de segurança nº 26.210/DF, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, publicado no DJe de 10/10/08.

Enxergar o fundamento da imprescritibilidade na expressão “ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento” constante da parte final do dispositivo constitucional é admissível. Coisa bem diversa é desta interpretação estabelecer distinção entre atos dolosos e culposos de improbidade administrativa para fins de prescrição das respectivas sanções.

Ou se reconhece que a Constituição Federal de 1988 foi soberana ao prever a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em razão da prática de ato de improbidade administrativa, ou se admite a prescrição da ação.

Quer se considere a reparação do dano como espécie de responsabilidade civil do agente público, quer se equipare a natureza de sanção penal, tanto o Código Civil quanto o Código Penal não fazem nenhum tipo de distinção quanto aos prazos prescricionais em razão do elemento subjetivo da conduta.

O que se denota é que a tese vencedora foi orientada não por motivos técnico-jurídicos, mas políticos, especialmente no contexto das ações da operação “Lava-Jato”. Como bem destacou o Ministro Luis Roberto Barroso na revisão de seu voto:

Antes do término desse julgamento, tendo levado em conta os argumentos jurídicos, e muitos argumentos que me foram trazidos ao longo desse intervalo que mediou o primeiro julgamento do outro, sobre as dificuldades, quando não impossibilidade de recuperação, muitas vezes, de dinheiros desviados, em que há uma delonga administrativa, há uma delonga no processo penal, eu me convenço de que, como regra geral, a prescritibilidade, neste caso, não produz o melhor resultado para a sociedade (BRASIL, 2018, p. 133, grifo nosso).

E assim, para salvar seu anterior ponto de vista, propôs o Ministro Barroso, “Eu gostaria de

cingir a imprescritibilidade do ressarcimento às hipóteses de dolo e excluir as hipóteses de culpa, em que, por uma falha humana, não intencional, se tenha eventualmente causado um prejuízo ao Erário”.

A partir desta proposição, não houve, como deveria, qualquer debate acerca do ponto. Simplesmente distinguiu-se as hipóteses de dolo e culpa para fins prescricionais, sem que fossem explicitadas e debatidas as razões deste entendimento.

Advertem Nunes e Bahia que:

No entanto, ao se acompanhar o modo como os Tribunais brasileiros (inclusive o STF) trabalham e proferem seus acórdãos percebemos que se compreendem parcamente as bases de construção e aplicação desses padrões decisórios (precedentes), criando um quadro nebuloso de utilização da jurisprudência. Flutuações constantes de entendimento, criação subjetiva e individual de novas “perspectivas” e quebra da integridade (Dworkin) do direito são apenas alguns dos “vícios” (NUNES; BAHIA, 2013, p. 123).

O dever de coerência dos precedentes preconizado no Código de Processo Civil de 2015, ao menos neste julgamento, parecer não ter entrado em vigência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É dever do Supremo Tribunal Federal, na qualidade de mais alta corte do país, estabelecer com clareza e precisão a questão constitucional com repercussão geral objeto do recurso extraordinário, cujo precedente deve nortear todo o Poder Judiciário na resolução dos litígios sobre o mesmo tema e a sociedade de um modo geral acerca do entendimento do Tribunal sobre a matéria.

A construção do precedente pela Suprema Corte deve observar requisitos processuais formais e se assentar nas premissas fundamentais da decisão (*ratio decidendi*) e no entendimento do próprio Tribunal, dos quais não se pode ir além, sob pena de se incorrer em verdadeiro casuismo judiciário.

Confrontando-se a tese fixada no julgamento do Recurso Extraordinário n. 852.475, no sentido de que apenas são imprescritíveis as ações de ressarcimento fundadas em ato doloso de improbidade, com as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto e com seu entendimento até então pacificado, tem-se que o Supremo Tribunal Federal faltou com o dever de coerência nos aspectos interno e externo, agindo em descompasso com a pretensão de uniformização e estabilização da jurisprudência.

Ao interpretar a norma do artigo 37, § 5º, da Constituição Federal, se a intenção era dela afastar qualquer entendimento incompatível com a regra da prescricibilidade, deveria fazê-lo de modo unívoco, já que vige em direito o brocardo segundo o qual: “*Ubi lex non distinguit necnos distinguere debemus*” - onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir.

Todavia, a se considerar a ideia de bem comum pelo resultado do julgamento, seja possível concluir a perspectiva política maquiavélica de que o fim justifica o meio.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ursula Ribeiro de. Precedentes no novo código de processo civil v. ações coletivas. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 111, p. 527-554, 2017. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/133528>. Acesso em: 23 set. 2020.

ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

AZEM, Guilherme Beaux Nassif. **Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

AZZONI, Clara Moreira. **Recurso especial e extraordinário: aspectos gerais e efeitos**. São Paulo: Atlas, 2009.

BERMAN, José Guilherme. **Repercussão geral no recurso extraordinário: origens e perspectivas**. Curitiba: Juruá, 2009.

BORGES, Ivan Cláudio Pereira. O jurisprudencialismo de António Castanheira Neves e o funcionalismo jurídico. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 4, 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Foro de Santa Adélia. 1ª Vara Cível. Ação Civil Pública n. 2001.000685, v. 1, 2, 3 e 4. Requerete: Ministério Público do estado de São Paulo. Requerido: José Valdir, Gumercindo Ferreira Pinto e outros. Data: 03/07/2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, ano 152, n. 51, p. 1-128, 17 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 15176033320088130183/MG**. Embargos infringentes. Ação Pública. Ressarcimento ao Erário. Relator: Min. Teori Zavascki, 19 de março de 2018. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/559839613/recurso-extraordinario-re-993934-mg-minas-gerais-1517603-3320088130183?ref=serp>. Acesso em: 11 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 852475/SP**. embargos declaratórios em recurso extraordinário. direito constitucional. direito administrativo. ressarcimento ao erário. imprescritibilidade. sentido e alcance do art. 37, § 5º, da constituição. inexistência de contradição ou omissão. art. 1.022 do cpc. embargos rejeitados [...]. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Procurador-Geral de Justiça Do Estado de São Paulo. Relator: Min. Edson Fachin, 5 de abril de 2018. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4670950>. Acesso em: 11 abr. 2019.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

COELHO, Gláucia Mara. **Repercussão geral**: da questão constitucional no processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2009.

DANTAS, Bruno. **Repercussão geral**: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado – questões processuais. São Paulo: RT, 2012.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 14. ed. Salvador: Juspodium, 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 2

DONIZETI, Elpidio. **Curso didático de direito processual civil**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**. 3. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

GABARDO, Emerson. A mudança de entendimento do STF sobre a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário. **Direito do Estado**, [s.l.], n. 81, 12 fev. 2016. Disponível em: www.direitodoestado.com.br/colunistas/emerson-gabardo/a-mudanca-de-entendimento-do-stf-sobre-a-imprescritibilidade-das-acoes-de-ressarcimento-ao-erario. Acesso em: 11 abr. 2019.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2

JUSTEM FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 14. ed. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil**: comentado artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. 12. ed. Rio de

Janeiro: Forense, 2005. v. 5

MORETO, Mariana Capela Lombardi. **O precedente judicial no sistema processual brasileiro**. 2012. 308 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-15052013-162737/pt-br.php>. Acesso em: 23 set. 2020.

Na sessão anterior, havia maioria em sentido da prescrição, mas Barroso e Fux reviram seus votos. **Migalhas**, [s.l.], 8 ago. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/285289/stf--sao-imprescritiveis-acoes-de-ressarcimento-por-ato-doloso-de-improbidade>. Acesso em: 11 maio. 2021.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição federal comentada e legislação constitucional**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Formação e aplicação do direito jurisprudencial: alguns dilemas. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 79, n. 2, p. 118-144, abr./jun. 2013.

OLIVEIRA, Guilherme José Braz. **Repercussão geral das questões constitucionais e suas consequências para o julgamento do recurso extraordinário**. 2009. 383 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-16042010-124802/pt-br.php>. Acesso em: 23 set. 2020.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: RT, 2000.

REALE, Miguel. **Lições preliminares do direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROSA, Sandro Luiz de Oliveira. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. Curitiba: Juruá, 2013. v. 1.

SILVEIRA, Sebastião Sérgio; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Direito jurisprudencial e integridade da jurisprudência. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. 24., 2015, Florianópolis. **Anais [...]**. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/66fsl345/j54r8mlx/YiW33731fdty3NNn.pdf>. Acesso em: 23 set. 2020.

SOUZA, Eduardo Francisco de. A abstração do controle difuso de constitucionalidade. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 9, n. 89, p. 01-23, fev./mar. 2008. Disponível em: www.presidencia.gov.br/revistajuridica. Acesso em: 22 jan. 2020.

STF: São imprescritíveis ações de ressarcimento por ato doloso de improbidade

STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Civilistica**, Rio de Janeiro, ano 3, n. 2, p. 1-15, 2014. Disponível em: civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Taruffo-trad.-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf. Acesso em: 10 abr. 2019.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 50. ed. Rio de Janeiro:

Forense, 2017. v. 3

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: RT, 2004.

VALADÃO, José Arildo. **A nova função do recurso extraordinário**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

ZAVASCKI, Teori. **Processo coletivo**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Como citar: SUAID, Ricardo Adelino; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. Recurso extraordinário 852.475 e a pretensão de ressarcimento ao erário por ato de improbidade administrativa. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 3, p. 28-48, dez. 2022. DOI 10.5433/24157-108104-1.2022v17n. 3 p. 28. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 30/08/2022

Aceito em: 28/11/2022

A TRIBUTAÇÃO EXTRAFISCAL COMO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DO CONSUMO SUSTENTÁVEL E CONSCIENTE

EXTRAFISCAL TAXATION AS AN INSTRUMENT TO PROMOTE SUSTAINABLE AND CONSCIOUS CONSUMPTION

Antônio Carlos EFing*
Erick Willian Pertussatto**

*Doutor em Direito das Relações Sociais (PUC-SP). Professor titular da PUCPR e da Escola da Magistratura do Paraná. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná. Presidente da Comissão de Direito do Consumidor da OAB-PR.
E-mail: ace@eradv.com.br

**Graduado em Direito pela PUCPR, Especialista em Direito Tributário Empresarial e Processual Tributário pela PUCPR, Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento pela PUCPR.
E-mail: erickwp@hotmail.com

Como citar: EFING, Antônio Carlos; PERTUSSATTO, Erick William. A tributação extrafiscal como instrumento de proteção do consumo sustentável e consciente. Revista do Direito Público, Londrina, v. 17, n. 3, p. 49-63, dez. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n. 3 p. 49. ISSN: 1980-511X

Resumo: O objetivo deste artigo é mostrar que a tributação extrafiscal pode funcionar como um importante instrumento para se promover o consumo sustentável e consciente, quando a educação e a conscientização não se mostrarem suficientes. Partindo-se da ideia que devemos refletir sobre a forma que consumimos para se buscar a sustentabilidade, expomos que o Estado deve intervir e estimular o comportamento dos consumidores nesse sentido. Apesar de a educação e a conscientização serem mecanismos fundamentais para se promover o consumo sustentável e consciente, é possível que eles não sejam suficientes. Com base no método hipotético-dedutivo, mostrar-se-á que a utilização da tributação extrafiscal, especialmente pela desoneração tributária de produtos voltados à sustentabilidade, pode cumprir um importante papel de estímulo ao consumo sustentável e consciente. Reduzindo o preço desses produtos e tornando-os mais competitivos economicamente em comparação a outros, é possível que muitos consumidores repensem suas escolhas e optem por mudar o seu consumo. A tributação é um instrumento importante à disposição do Estado, cabe ao Estado utilizá-la da melhor forma possível em busca da sustentabilidade.

Palavras-chave: desenvolvimento sustentável; consumo consciente; tributação; extrafiscalidade.

Abstract: The purpose of this article is to show that extrafiscal taxation can function as an important tool to promote sustainable and conscious consumption, when education and awareness are not sufficient. Starting from the idea that we must reflect on the way we consume to seek sustainability; we expose that the State must intervene and encourage consumer behavior in this regard. Although education and awareness are fundamental mechanisms for promoting sustainable and conscious consumption, it is possible that they are not enough. Through the hypothetical-deductive method, it will be shown that the use of extrafiscal taxation, especially through the tax exemption of products aimed at sustainability, can fulfill an important role in stimulating sustainable and conscious consumption. By reducing the price of these products and making them more economically competitive compared to others, it is possible that many consumers will rethink their choices and choose to change their consumption. Taxation is an important instrument at the disposal of the State, it is up to the State to use it in the best possible way in search of sustainability.

Keywords: sustainable development; conscious consumption; taxation; extrafiscality.

INTRODUÇÃO

Um dos grandes problemas da sociedade atual é que uma parte considerável da população pensa e age de forma exclusivamente individualista. Essas pessoas procuram pautar os seus comportamentos a partir do que elas entendem ser o melhor para elas ou, no máximo, como elas entendem ser o melhor para suas famílias. Elas se esquecem, todavia, que todos vivem no mesmo lar: o planeta Terra.

Falta-lhes a consciência de que a subsistência do planeta depende de todos. Cada um precisa fazer a sua parte para que possamos viver em harmonia com o nosso planeta. Caso contrário, essa despreocupação pode custar muito caro a todos.

Nesse sentido, a reflexão sobre a forma como as pessoas consomem é relevante. Refletir os efeitos que o consumo de um indivíduo enseja na vida dos outros e no meio ambiente é essencial. Fala-se, assim, em consumo consciente.

É de extrema relevância que as pessoas contenham a sua ânsia de consumir e se permitam a refletir sobre quais os efeitos que esse seu consumo pode ensejar. O que consumir, como consumir e qual será a destinação dos resíduos são questionamentos importantes que todo consumidor deve fazer.

Além disso, é essencial levar em consideração a condição humana de todos. A vida seria muito melhor se as pessoas tivessem um pouco mais de empatia, altruísmo e solidarismo umas para com as outras, preocupando-se não somente com a sua atual geração como também com as futuras. Fala-se, assim, em sustentabilidade.

Atualmente, não há como se falar em desenvolvimento dissociado da sustentabilidade. Só se está diante de um verdadeiro desenvolvimento se levar em consideração questões ambientais e de bem-estar das gerações futuras.

Utilizando o método hipotético-dedutivo, partindo-se da hipótese que a tributação extrafiscal pode funcionar como um importante estímulo ao consumo sustentável e consciente, demonstrar-se-á como ela poderá ser utilizada e em que contextos ela poderia desempenhar um papel importante.

A primeira parte do texto aborda brevemente a questão do desenvolvimento sustentável e do consumo consciente, trazendo algumas noções importantes que visam demonstrar os motivos que os fazem ser tão almejados.

Na segunda parte, buscar-se-á demonstrar que é necessária a intervenção do Estado em prol do consumo sustentável e consciente, como essa intervenção deve se dar e porque a educação e a conscientização podem não ser suficientes para esses objetivos.

Por fim, argumentar-se-á como a tributação pode ser utilizada como instrumento de promoção do consumo sustentável e consciente, destacando-se a importância de sua utilização na busca desse importante objetivo.

1 A BUSCA PELO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E PELO CONSUMO CONSCIENTE

Em 1987, com a publicação do Relatório Brundtland, intitulado *Our Common Future*, pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas, o termo “desenvolvimento sustentável” foi utilizado oficialmente para exprimir o desenvolvimento “[...] que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem às suas próprias necessidades” (REPORT..., [198-?], p. 16, tradução nossa), premissa que ainda se mantém atual.

Partindo-se desse conceito de desenvolvimento sustentável, será que somente o aspecto ambiental seria importante? Nas palavras de Ana Luiza de Brasil Camargo (2012, p. 27), “[...] desenvolvimento sustentável é um conceito normativo que envolve compromissos entre objetivos sociais, ecológicos e econômicos [...]” O desenvolvimento sustentável, portanto, demanda uma preocupação equilibrada entre aspectos econômicos, sociais e ambientais.

É dentro desse contexto que a denominada “consciência ecológica” ganha proeminência, podendo ser definida como a consciência de que as degradações ecológicas podem ameaçar a subsistência dos seres humanos no planeta Terra (MORIN; KERN, 2001, p. 74). É mediante essa consciência que se tornou possível pensar em desenvolvimento sustentável e consumo consciente. O consumo desenfreado, sem se preocupar com o meio ambiente, faticamente trará efeitos nefastos para todo o planeta.

A preocupação com o desenvolvimento sustentável e com o consumo consciente ganhou ainda mais força no ano de 2015, quando as Nações Unidas, com a Agenda 2030, estabeleceu um plano de ação com 17 objetivos para o desenvolvimento sustentável e 169 metas que buscariam a paz universal, a liberdade das pessoas e a prosperidade do planeta.

Dentre os 17 objetivos, um deles merece destaque nesse momento: o objetivo número 12, que é o objetivo de assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis. A partir desse objetivo, foram estipuladas 12 metas específicas para concretizá-lo, as quais, diante das suas especificidades, não cabem ser mencionadas neste momento (NAÇÕES UNIDAS BRASIL, c2022).

No Brasil, a Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988) não utiliza expressamente o termo “desenvolvimento sustentável”. Contudo, o termo “desenvolvimento” foi expressamente mencionado no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, como uma das motivações da Assembleia Nacional Constituinte para a promulgação dessa, atribuído como um dos objetivos fundamentais da República, em seu artigo 3º, inciso II, e como um instrumento de promoção da pesquisa científica (art. 218)¹ (BRASIL, 1988) e do mercado interno (art. 219)² (BRASIL, 1988).

Entretanto, há quem defenda que, apesar do termo “desenvolvimento sustentável” não estar expresso na Constituição, ele seria um princípio implícito que poderia ser observado a partir da

1 Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação (BRASIL, 1988).

2 Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal (BRASIL, 1988).

leitura do artigo 225, *caput* da Constituição, o qual prevê que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida [...]” (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, de acordo com Celso Antônio Pacheco Fiorillo, da disposição que trata do dever ao Poder Público e à coletividade de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações percebe-se o princípio esculpido do desenvolvimento sustentável. A Constituição permite e defende o desenvolvimento, mas de forma sustentável, buscando coexistir harmonicamente os objetivos econômicos com a defesa do meio ambiente (FIORILLO, 2017, p. 72-73).

Nas palavras deste mesmo autor:

[...] o princípio do desenvolvimento sustentável tem por conteúdo a manutenção das bases vitais da produção e reprodução do homem e de suas atividades, garantindo igualmente uma relação satisfatória entre os homens e destes com o seu ambiente, para que as futuras gerações também tenham oportunidade de desfrutar os mesmos recursos que temos hoje à nossa disposição (FIORILLO, 2017, p. 73).

Sob essas perspectivas, percebe-se que o desenvolvimento sustentável não é apenas um objetivo regional, específico de algum país com maior poderio econômico. É, na verdade, um objetivo e desejo de todo globo, pois, sem desenvolvimento sustentável, não há um verdadeiro desenvolvimento. E um dos mais importantes aspectos para se promover o desenvolvimento sustentável é o consumo consciente.

Segundo Antônio Carlos Efung (2011, p. 125), “[...] o conceito de desenvolvimento sustentável depende do conceito de consumo consciente [...]” e este refletiria a necessidade dos consumidores de adquirirem um pensamento crítico sobre tudo que eles consomem, conscientizando-se que o seu consumo pode ter influência sobre todos e sobre o meio ambiente (EFING, 2011, p. 125). O consumo consciente pressupõe, portanto, o abandono da visão individualista de que o produto ou o serviço adquirido somente influenciariam a vida do próprio consumidor.

A ideia de consumo consciente não busca intervir na liberdade de escolha das pessoas, definindo o que elas devem ou não consumir. Mas busca lhes ensinar a refletir. A partir dessa proposta de reflexão, o instituto Akatu, organização não governamental sem fins lucrativos que tem por objetivo a conscientização e a mobilização da sociedade para o consumo consciente, propõe um guia bastante interessante sobre como consumir de forma consciente:

O consumo consciente começa com uma análise prévia da necessidade: preciso realmente comprar? Decidido que sim, o consumidor deve definir as características que precisa no produto, pensar sobre como irá comprar, escolher o fabricante de acordo com a sua responsabilidade socioambiental na produção, fazer um uso otimizado do produto para ter uma vida útil mais longa, e definir uma forma de descarte adequada (INSTITUTO AKATU, 2002).

Assim, percebe-se que o consumo consciente não se limita a instigar que o consumidor

reflita apenas sobre a fase do consumo do produto em si (como usar um produto?), mas também que ele reflita sobre a fase pré-consumo (por que comprar? O que comprar? Como comprar? De quem comprar?) e sobre a fase pós-consumo (como descartar?). É mediante a reflexão sobre essas três fases que se pode promover um verdadeiro consumo consciente.

Cientes da importância do consumo para o desenvolvimento sustentável, em 2015 foi instituída a Política de Educação para o Consumo Sustentável no Brasil, pela Lei nº 13.186, de 11 de novembro de 2015 (BRASIL, 2015). De acordo com a lei, em seu artigo 1º *caput*, essa política tem por objetivo “[...] estimular a adoção de práticas de consumo e de técnicas de produção ecologicamente sustentáveis” (BRASIL, 2015).

Vale destacar que a própria lei veio a definir o que seria o consumo sustentável no parágrafo único do seu artigo 1º: “Entende-se por consumo sustentável o uso dos recursos naturais de forma a proporcionar qualidade de vida para a geração presente sem comprometer as necessidades das gerações futuras” (BRASIL, 2015). Nota-se que esse conceito possui raízes evidentes no citado Relatório Brundtland.

Além disso, a lei também trouxe os objetivos da Política de Educação para o Consumo Sustentável em seu artigo 2º. Dentre eles, destaca-se, para os fins deste estudo, o inciso I: “incentivar mudanças de atitude dos consumidores na escolha de produtos que sejam produzidos com base em processos ecologicamente sustentáveis” (BRASIL, 2015).

Não se pode olvidar que o consumo sustentável demanda uma análise abrangente sobre todo o ciclo de vida do produto. Nas palavras de Sílvia Helena Zanirato e Tatiana Rotondaro (2016, p. 87):

[...] o consumo sustentável implica um modo de produção empenhado em minimizar desequilíbrios socioambientais em todo o ciclo de vida de um produto, da geração ao uso, reaproveitamento e descarte. O consumo sustentável pressupõe a reciclagem e a reutilização dos resíduos da produção, no uso de embalagens e produtos biodegradáveis e no emprego de tecnologias limpas, que utilizem de forma inteligente os recursos renováveis. Ele é também um consumo necessário, que não compromete as necessidades e aspirações das gerações vindouras, que leva em conta a satisfação pessoal e os efeitos ambientais e sociais da decisão de consumo de cada um.

Como é possível incentivar esse comportamento dos consumidores? Essa questão será tratada nos tópicos seguintes. Por hora, basta levar em consideração que “[...] o consumo sustentável tem por escopo tornar possível uma nova forma de combater o desenvolvimento irresponsável e o crescimento econômico a todo custo [...]” (SERRAGLIO; EFING, 2016, p. 243). Isto é, o consumo (especialmente o consumo consciente) mostra-se como um importante aspecto na busca pelo tão almejado desenvolvimento sustentável.

2 A NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO ESTADO EM PROL DO CONSUMO SUSTENTÁVEL E CONSCIENTE

Conforme tratado no tópico anterior, o desenvolvimento (que deve ser visto como o desenvolvimento sustentável) é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Para que esse objetivo seja conquistado, deve-se necessariamente levar em consideração o consumo. Somente com o consumo consciente da população é que será possível promover esse ambicioso objetivo.

Tratando-se de um objetivo da República, cabe, portanto, ao Estado intervir em prol do consumo sustentável e consciente. Mas como deverá se dar essa intervenção?

Em primeiro lugar, a educação e a conscientização da população são os mais importantes instrumentos para se promover o consumo sustentável e consciente.

Muitos consumidores ainda desconhecem a importância de se pensar sobre o meio ambiente. Viveram em épocas diferentes, nas quais essa preocupação não existia ou ainda era muito incipiente. A preocupação primordial para elas foca-se, geralmente, no aspecto econômico.

Daí a grande importância de conscientizá-las que as coisas mudam e as preocupações também podem (e devem mudar). Não se trata de defender que a preocupação com o aspecto econômico não deve mais existir, mas ela deve ser acrescida dos aspectos social e ambiental (assim como os três pilares do desenvolvimento sustentável).

É preciso conscientizar os consumidores de que “estamos todos no mesmo barco”. O planeta Terra é o lar de todos e por isso deve-se cuidar para que ele subsista para as atuais e futuras gerações. Nesse sentido, a forma de consumir têm grande relevância.

Se há um consumo desenfreado de produtos que prejudicam de alguma forma o meio ambiente (seja em razão da sua fabricação, do seu uso ou de seus resíduos), é possível que isso surta efeitos para todo o globo.

Um dos mais notórios exemplos é o CFC (clorofluorcarbono), que, por mais de 5 décadas, foi um gás largamente utilizado como refrigerante em geladeiras, aparelhos de ar-condicionado e propelentes de aerossol. A utilização massiva desse gás ensejou a destruição irreparável da camada de ozônio (TORRICO, 2016).

Existem diversas iniciativas louváveis para educar e conscientizar a população sobre a importância do consumo sustentável e consciente (as quais são de extrema relevância para se promover o seu objetivo e não serão abordadas aqui, pois fugiriam do foco deste trabalho). Entretanto, este artigo busca indagar o seguinte: será que a educação e a conscientização da população são suficientes para a promoção do consumo sustentável e consciente?

A resposta é negativa. A educação e a conscientização podem ser instrumentos bastante eficazes para orientar o consumo de uma parte da população (especialmente jovens). Inclusive, é essencial que essa educação venha desde cedo, pois é muito mais fácil influenciar o pensamento e o comportamento de crianças e adolescentes. Entretanto, e para os demais?

Vale ressaltar que não se defende aqui que a educação e a conscientização seriam eficazes

somente para jovens, mas que eles compõem a parte da população mais propensa a utilização desses instrumentos.

Se a vida inteira alguém consumiu um determinado tipo de produto, é possível que essa pessoa tenha certo receio em consumir outro produto, ainda que essa mudança seja em prol de um objetivo louvável e que ela mesma reconheça como importante.

Trata-se do chamado “viés do *status quo*”. As pessoas tendem, por diversos motivos, a manterem o seu comportamento atual (THALER; SUSTEIN, 2009, p. 37). Mesmo tendo consciência da importância do consumo sustentável e consciente e de que existe outro produto que promova melhor esse objetivo, é possível que a pessoa continue a consumir o mesmo produto simplesmente em razão de uma aversão inconsciente a mudanças.

Além disso, há pessoas que simplesmente são mais resistentes a mudar a sua forma de agir e pensar, especialmente em razão de experiências de vida e da forma como foram educadas quando crianças. Se uma pessoa que é agora adulta ou idosa ouvia, constantemente, dos seus pais, na sua época de infância, que a preocupação com o meio ambiente era uma “bobagem”, é pouco provável que a educação e a conscientização sejam eficazes para alterar esse tipo de pensamento enraizado.

Outrossim, há casos em que as pessoas têm consciência que poderiam mudar a sua forma de consumir, mas os produtos que são voltados para a sustentabilidade são muito caros e, portanto, inacessíveis para elas.

É por essas e outras razões que se defende aqui um outro tipo de intervenção estatal, além da educação e conscientização da população. Defende-se que o Estado incentive o consumo de alguns produtos em detrimento de outros, a fim de que se promova o consumo sustentável e consciente.

Muito embora o Estado não pode obrigar as pessoas a consumirem determinado produto, vez que todos têm o direito de escolher o que consumir, o Estado pode e deve estimular o consumo que mais atende aos objetivos de sustentabilidade.

A liberdade de escolha das pessoas é algo que deve ser preservado sempre. É um direito de cada um escolher o que consumir, quando consumir e em que quantidade. É importante que a influência do Estado não signifique tolher essa liberdade.

Dessa forma, a intervenção do Estado no consumo deve ser pautada em um paternalismo libertário. Isto é, libertário porque as pessoas devem ser livres para escolher o que quiserem consumir. E paternalista porque o Estado tem toda a legitimidade para influenciar o consumo das pessoas, desde que seja em prol de um objetivo justificável (neste caso, desde que o consumo vise a sustentabilidade) (THALER; SUSTEIN, 2009, p. 5).

O Estado, portanto, deveria dar um “*nudge*”, um estímulo, um empurrãozinho, um cutucão, induzindo “[...] o comportamento das pessoas de maneira previsível sem proibir nenhuma opção e nem mudar significativamente seus incentivos econômicos [...]” (THALER; SUSTEIN, 2009, p. 6).

Assim, o Estado funcionaria, nas palavras de Thaler e Sunstein (2009), como um “arquiteto de escolhas”. Ao incentivar a opção por um consumo mais sustentável e consciente, estar-se-ia

possibilitando uma promoção do desenvolvimento sustentável.

E para saber qual “*nudge*” o Estado deve dar, é relevante levar em consideração a eficiência de uma determinada política pública, ou seja, qual política atingiria a melhores resultados com os menores custos. “A eficiência sempre é relevante para a definição de políticas já que é melhor atingir qualquer política dada a um custo menor do que a um custo mais alto” (COOTER; ULLEN, 2010, p. 26).

Cabe ao Estado, portanto, avaliar os resultados das suas políticas públicas. Elas não desoneram o dever do Estado após a sua implementação. Além da decisão de qual política pública adotar e da sua proposição, as políticas públicas implicam também a sua implementação, execução e avaliação (SOUZA, 2006, p. 37).

Caso uma política pública não atinja os resultados almejados, o Estado deve alterar essa política pública ou implementar outra que possa ser mais eficiente. É imprescindível que o Estado esteja sempre atento aos resultados das suas políticas públicas e esteja propenso a alterá-las quando for necessário.

Uma das formas mais clássicas de intervenção do Estado na vida do particular é pela tributação. Ela funciona, muitas vezes, como um potente estímulo a determinados comportamentos, pois interfere diretamente no preço dos produtos e serviços (especialmente a tributação sobre o consumo), além de sua implementação ser relativamente simples.

No tocante à promoção do consumo sustentável e consciente, a tributação pode cumprir um papel importante que a educação e a conscientização não conseguem. Essa questão será tratada mais detalhadamente no próximo tópico.

3 A TRIBUTAÇÃO EXTRAFISCAL COMO INSTRUMENTO

Atualmente, os tributos são a principal fonte de financiamento do Estado. Vive-se, hoje, em um Estado Fiscal, no qual, em grande parte, o Estado não gera mais a sua riqueza. Cabe ao particular transferir uma parcela de suas riquezas ao Estado para lhe financiar (SCHOUERI, 2015, p. 29). Sendo assim, a tributação é imprescindível para a consecução dos objetivos do Estado.

Além dessa função estritamente fiscal dos tributos, há também uma função extrafiscal. Segundo Alfredo Augusto Becker, os tributos podem também ter a importante finalidade de ser “[...] um instrumento de intervenção estatal no meio social e na economia privada [...]” (BECKER, 2013, p. 629). Os tributos podem funcionar como “[...] uma forma de indução de comportamentos virtuosos ou desestimulador de comportamentos indevidos [...]” (CALIENDO, 2013, p. 1). Os tributos extrafiscais têm por objetivo “[...] influenciar na tomada de decisão dos cidadãos, direcionar os comportamentos socioeconômicos, estimulando-os ou desestimulando-os, ao torná-los, por meio da exação, mais ou menos custosos [...]” (FOLLONI, 2014, p. 205).

Dessa forma, por meio da função extrafiscal, os tributos podem estimular, induzir ou coibir determinados comportamentos, de acordo com as pretensões do Estado. Contudo, cumpre fazer

uma ressalva: “[...] a extrafiscalidade pode gerar benefícios e malefícios para a sociedade [...]” (ALMENDANHA; SIQUEIRA, 2013, p. 155). Benefícios quando os objetivos estipulados são atingidos e malefícios (que, muitas vezes, sequer foram previstos) quando a tributação desencadeia efeitos contrários aos objetivos ou prejudiciais em outros aspectos.

Em razão disso, é de suma importância que haja uma avaliação constante da tributação extrafiscal posteriormente a sua aplicação. Somente assim poderá se verificar se os objetivos da tributação estão sendo atingidos ou se houve efeitos colaterais nocivos que inviabilizariam a continuidade dessa tributação.

Uma característica peculiar da tributação sobre o consumo é a de que os contribuintes desse tipo de tributo (conhecidos popularmente como “contribuintes de direito”) são as pessoas jurídicas fornecedoras, as quais repassam o ônus econômico para os consumidores (conhecidos popularmente como “contribuintes de fato”) pela inclusão da carga tributária no preço do produto. Isto é, no final das contas, quem arca economicamente com os tributos sobre o consumo são os próprios consumidores.

Em virtude dessa característica, geralmente os tributos sobre o consumo são qualificados como tributos indiretos, pois quem arcará com a tributação não é o próprio contribuinte. Acerca da tributação indireta sobre o consumo, aduz Thomas Piketty (2014, p. 481):

Os impostos sobre o consumo compreendem, hoje em dia, a taxação sobre o valor agregado e as diversas taxas sobre a importação, as bebidas, os combustíveis, o tabaco, ou um bem ou serviço em particular. [...] Com frequência dizemos que eles são “indiretos”, no sentido de que não dependem diretamente da renda ou do capital do contribuinte individual: são pagos de forma indireta, por intermédio do preço de venda, quando fazemos compras.

Percebe-se, portanto, que os tributos sobre o consumo estarão inevitavelmente embutidos no preço do produto. Todo e qualquer consumidor ao adquirir um produto irá suportar a carga tributária que nele incidiu.

Essa característica possibilita que o Estado aumente ou diminua a carga tributária incidente sobre um determinado produto e, conseqüentemente, intervenha no seu preço final (preço pelo qual o consumidor irá adquirir o produto).

A partir da tributação extrafiscal, o Estado pode onerar um produto, desestimulando o seu consumo por considerá-lo nocivo para a sociedade, ou o Estado pode desonerar um produto (parcialmente ou integralmente), estimulando o seu consumo por considerá-lo benéfico para a sociedade.

Desse modo, a tributação extrafiscal influencia as condutas dos consumidores ao estimular um determinado comportamento e, ao mesmo tempo, dá a eles a possibilidade de escolha. Ela funciona, conforme o exposto anteriormente, como um “nudge”.

No tocante aos produtos voltados à sustentabilidade, poderia ou o Estado tributar mais aqueles produtos que são contrários à sustentabilidade ou tributar menos os produtos que são fa-

voráveis à sustentabilidade.

No contexto atual brasileiro, é mais difícil se defender o aumento da carga tributária de produtos que são contrários à sustentabilidade. Apesar de ser uma técnica possível de ser implementada (e que até pode ser indicada para algumas situações específicas), o preço de produtos voltados à sustentabilidade já tende a ser muito mais elevado.

Nesse sentido, uma oneração tributária desses produtos poderia significar a restrição de acesso pela população tanto dos produtos que são contrários à sustentabilidade, quanto dos que são favoráveis.

De acordo com pesquisa realizada pelo Instituto Akatu em 2018, uma das principais barreiras para a adoção de práticas sustentáveis é a percepção de que os produtos sustentáveis são mais caros (INSTITUTO AKATU, 2018). Apesar dessa percepção poder estar, às vezes, equivocada, não há dúvidas que os preços dos produtos influenciam significativamente a escolha dos consumidores.

Vale destacar que muitas vezes o modo de produção diferenciado, as matérias-primas utilizadas e a oferta escassa já tornam os produtos sustentáveis mais caros que os outros. A tributação não deve os encarecer ainda mais.

A partir disso, defende-se aqui uma desoneração da carga tributária dos produtos voltados à sustentabilidade, tornando-os mais atrativos para o consumo. O preço de um produto, com certeza, é uma das características que os consumidores mais levam em consideração na escolha do que consumir. Se o Estado tem o interesse que a população consuma determinado tipo de produto em detrimento de outros, cabe a ele deixá-lo mais acessível ao reduzir a sua carga tributária.

Essa desoneração da carga tributária influenciaria a conduta dos consumidores ao estimular um consumo consciente, conferindo uma espécie de recompensa para aqueles que escolhem consumir dessa forma.

Desonerando-se a carga tributária, os produtos voltados à sustentabilidade teriam condições de competir em igualdade de preço com os demais produtos. Em verdade, é defensável, inclusive, que os produtos sustentáveis sejam mais baratos que os outros.

Tornando-os mais baratos, não só possibilitaria a acessibilidade desses produtos por um maior número de pessoas, mas possibilitaria que muitas pessoas despreocupadas com a sustentabilidade optassem por esses produtos.

Caso aquelas pessoas que ouviram dos seus pais quando crianças que a preocupação com o meio ambiente era uma “bobagem” se deparassem com produtos sustentáveis mais baratos, apesar de não conseguir conscientizá-las da importância da sustentabilidade, haveria a possibilidade que a opção de consumo delas fosse modificada.

Muito embora este não ser o ideal (o ideal é que as pessoas tenham consciência que o consumo sustentável e consciente é importante), a desoneração tributária de produtos voltados à sustentabilidade atenderia ao mesmo resultado almejado.

A redução da carga tributária, portanto, poderia funcionar como um importante e eficaz estímulo a um consumo mais consciente e sustentável, especialmente para aqueles que a educação

e a conscientização não se mostraram suficientes.

Por outro lado, o Estado poderia também estimular a reutilização de resíduos por meio de incentivos fiscais. Isto é, a tributação extrafiscal pode ser um instrumento eficaz não só para o consumo, mas para o pós-consumo. Esse ponto é também de extrema importância para o consumo consciente. Não há como se falar de sustentabilidade e consumo consciente sem pensar na destinação e reutilização dos resíduos.

Vale destacar, por fim, que este artigo não busca analisar quais são os produtos voltados à sustentabilidade que devem ser desonerados. Cabe ao Estado analisar quais são esses produtos e promover o estímulo do seu consumo com base na tributação extrafiscal.

Não se está aqui a defender o consumo de um ou outro produto. Está-se a defender uma nova maneira de pensar sobre o consumo. É preciso refletir que o consumo de uma pessoa pode impactar na vida de várias pessoas, inclusive na vida de pessoas no futuro. Essa reflexão sobre o modo de consumir deve ser levada em consideração pelo Estado e pode ser, em parte, repassada aos consumidores através de incentivos fiscais.

A desoneração da carga tributária de produtos voltados à sustentabilidade tornaria muito mais atrativo aos consumidores a aquisição desses produtos e poderia funcionar como uma espécie de “porta de entrada” para a reflexão sobre o consumo. Ela possibilitaria que pessoas que nunca adquiriram esses produtos começassem a adquirir. Com a aquisição desses produtos por um maior número de pessoas, elas poderiam perceber que, além deles impactarem pouco significativamente no meio ambiente, esses produtos são tão bons quanto outros produtos (ou até melhores).

Sendo assim, apesar do fator determinante para a escolha do produto ter sido o seu preço, os consumidores, com o passar do tempo, estariam mais suscetíveis a mudar a sua forma de pensar e agir quanto ao consumo, haja vista que deixaria de existir aquele pré-conceito inicial sobre esses tipos de produtos.

Além de torná-los mais atrativos e acessíveis aos consumidores em geral, busca-se com a desoneração da carga tributária de produtos voltados à sustentabilidade torná-los uma opção mais plausível e evidente.

A tributação extrafiscal é, portanto, um instrumento que pode ser bastante eficaz na promoção do consumo sustentável e consciente. Cumpre ao Estado usá-la da melhor forma possível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vive-se hoje uma sociedade pautada pelo consumo. Contudo, apesar de corriqueira, esta atividade precisa ser, em muitos casos, repensada.

Refletir por que comprar, o que comprar, como comprar, de quem comprar, como usar e como descartar é extremamente importante. O que se consome não afetará apenas ao consumidor, mas trará efeitos a várias outras pessoas e ao meio ambiente. Consumir de forma consciente e sustentável é essencial para a subsistência do planeta.

A educação e a conscientização são mecanismos fundamentais para estimular essa reflexão pelos consumidores. Muitos programas vêm sendo implementados nesse sentido (e com sucesso). Mas e quando as pessoas são conscientizadas sobre a importância dessa reflexão e mesmo assim insistem em adotar o mesmo comportamento irrefletido inicial? Ou quando os produtos sustentáveis são caros e inacessíveis para grande parte da população?

Nesses casos, a tributação pode desempenhar um papel importante. Com a desoneração da carga tributária de produtos voltados à sustentabilidade, estimular-se-ia a escolha dos consumidores por esse tipo de produto. Mesmo aqueles que não se conscientizaram da importância da sustentabilidade podem se sentir atraídos a repensar o seu consumo quando deparados com produtos com preços mais atrativos.

Não é o objetivo desse estudo listar quais produtos devem ser desonerados ou analisar medidas que já estão sendo tomadas. O objetivo é evidenciar que a tributação extrafiscal é um importante mecanismo à disposição do Estado para se promover o consumo sustentável e consciente, o qual pode ser muito útil quando a educação e conscientização não se mostram suficientes.

REFERÊNCIAS

- ALMENDANHA, Cristina Malaski; SIQUEIRA, Felipe de Poli de. A extrafiscalidade sob a perspectiva da análise econômica do direito: o caso das embalagens PET. *In*: FOLMANN, Melissa; GONÇALVES, Oksandro Osdival (coord.). **Tributação, concorrência e desenvolvimento**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 155-168.
- BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2013.
- BRASIL. Congresso Nacional. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 126, n. 191-A, p. 1-32, 05 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 dez. 2022.
- BRASIL. Ministério da Educação. Lei nº 13.186, de 11 de novembro de 2015. Institui a Política de Educação para o Consumo Sustentável. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 152, n. 216, p. 1, 12 nov. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13186.htm. Acesso em: 13 dez. 2022.
- CALIENDO, Paulo. Limitações constitucionais ao poder de tributar com finalidade extrafiscal. **Nomos**, Florianópolis, v. 33, n. 2, 2013. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/994>. Acesso em: 11 out. 2019
- CAMARGO, Ana Luiza de Brasil. **Desenvolvimento sustentável: dimensões e desafios**. 6. ed. Campinas: Papyrus. 2012.
- COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- EFING, Antonio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**: consumo e susten-

tabilidade. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FOLLONI, André. Isonomia na tributação extrafiscal. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 10, p. 201-220, 2014.

INSTITUTO AKATU. Sobre. **Prosas**, [s. l.], 2002. Disponível em: <https://prosas.com.br/empreendedores/15310-instituto-akatu>. Acesso em: 13 dez. 2022.

INSTITUTO AKATU. **Pesquisa Akatu 2018**: panorama do consumo consciente no Brasil: desafios, barreiras e motivações. São Paulo: Akatu, 2018. Disponível em: https://akatu.org.br/wp-content/uploads/2018/11/pdf_versao_final_apresenta%03%a7%03%a3o_pesquisa.pdf. Acesso em: 12 dez. 2022.

MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-pátria**. 2. ed. Tradução Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Sobre o nosso trabalho para alcançar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil**. Brasília: Nações Unidas Brasil, c2022. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 13 dez. 2022.

PIKETTY, Thomas. **O Capital no século XXI**. Tradução Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

REPORT of the world commission on environment and development: our common future. [S. l.: s. n.: 198-?]. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2022.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SERRAGLIO, Diogo Andreola; EFING, Antônio Carlos. O direito do consumo voltado à sustentabilidade: uma análise a partir da carta encíclica Laudato Si' sobre o cuidado da casa comum. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 7, n. 1, p. 220-249, 2016.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão de literatura. **Revista Sociologia**, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 20-45, 2006.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass Robert. **Nudge**: O empurrão para a escolha certa: Apremore suas decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. Tradução Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

TORRICO, Ricardo. **Uso do gás CFC**. São Paulo: Super Interessante, 2012. Disponível em: <https://super.abril.com.br/ideias/uso-do-gas-cfc/>. Acesso em: 12 dez. 2022.

ZANIRATO, Sílvia Helena; ROTONDARO, Tatiane. Consumo, um dos dilemas da sustentabilidade. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 30, n. 88, p. 77-92, 2016. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/124268/120591>. Acesso em: 13 dez. 2022.

Como citar: EFING, Antônio Carlos; PERTUSSATTO, Erick William. A tributação extrafiscal como instrumento de proteção do consumo sustentável e consciente. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 17, n. 3, p. 49-63, dez. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n. 3 p.49. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 10/10/2020

Aceito em: 17/03/2022

POLÍTICAS PÚBLICAS E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À ÁGUA

PUBLIC POLICIES AND THE EFFECTIVENESS OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO WATER

Glaucia Maria de Araújo Ribeiro*
Nicole Rabelo Souto Maior**
Louise Oliveira Braga***

Como citar: RIBEIRO, Glaucia Maria de Araújo; MAIOR, Nicole Rabelo Souto; BRAGA, Louise Oliveira. Políticas públicas e a efetivação do direito fundamental à água. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 3, p. 64-84, dez. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n2p.64. ISSN: 1980-511X

*Prof^a Dr^a da Universidade do Estado do Amazonas (UEA/AM): Direito e PPGDA.
E-mail: gribeiro@uea.edu.br

**Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA/AM), integrante do Grupo de Estudos em Direito de Águas (GEDA), pós-graduada em Direito Público pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA/AM), advogada.
E-mail: nrsmdir@uea.edu.br

***Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA), integrante do Grupo de Pesquisa Direito Educacional Ambiental (DEA). Advogada.
E-mail: louisebraga.adv@gmail.com

Resumo: A presente pesquisa objetivou analisar a maneira pela qual o direito humano ao acesso à água potável e ao esgotamento sanitário encontra-se intrinsecamente relacionado às políticas públicas, enquanto instrumentos efetivadores de direitos fundamentais, precipuamente, os de viés prestacional, que exigem uma atuação positiva do Estado, criando as condições materiais necessárias ao exercício de tais direitos. Com isso, buscou-se discorrer a respeito das principais nuances acerca da importância do reconhecimento do direito à água e ao saneamento básico enquanto direito humano. Almejou-se, ainda, verificar a problemática tangenciada na consubstancialização dos direitos fundamentais de cunho social, por meio do implemento de políticas públicas. Por derradeiro, intencionou-se evidenciar o dever do Estado na escolha e promoção de medidas que viabilizem o direito à água potável e ao saneamento básico – enquanto direito humano fundamental e autônomo – indispensável ao conteúdo mínimo de diversos outros direitos, que dependem deste para a sua completa fruição. Concluiu-se que apesar das previsões legais, o saneamento básico no Brasil ainda é um desafio complexo. A metodologia utilizada nesta pesquisa, quanto aos meios, foi desenvolvida mediante o método dedutivo, descritivo e qualitativo, através da análise bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial. Quanto aos fins, a pesquisa foi qualitativa.

Palavras-Chave: direito humano ao acesso à água potável e ao esgotamento sanitário; direitos fundamentais; direitos sociais; políticas públicas.

Abstract: The present research aimed to analyze the way in which the human right to access to drinking water and sanitation is intrinsically related to public policies, as effective instruments of fundamental rights, mainly, those with a service bias, who demand a positive performance from the State in creating the material conditions necessary for the exercise of such rights. With this, we sought to discuss about the main nuances about the importance of recognizing the right to water and basic sanitation as a human right. It was also aimed at verifying the problematic tangential in the consubstantialization of fundamental social rights, through the implementation of public policies. Finally, it was intended to highlight the State's duty in choosing and promoting measures that make the right to drinking water and basic sanitation viable - as a fundamental and autonomous human right - indispensable to the minimum content of several other rights, which depend on it for their complete enjoyment. It is concluded that despite the legal provisions, basic sanitation in Brazil is still a complex challenge. Similar to other essential public services, deficits show the country's slowness in providing basic essential rights to life, such as access to water and the safe destination of waste and solid waste. The methodology used in this research, regarding the means, was developed through the deductive, descriptive and qualitative method, through bibliographic, doctrinal and jurisprudential analysis. As for the purposes, the research was qualitative.

Keywords: the human right to water and sanitation; fundamental rights; social rights; public policies.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar a maneira pela qual o direito humano ao acesso à água potável e ao esgotamento sanitário encontra-se intrinsecamente relacionado às políticas públicas, enquanto instrumentos efetivadores de direitos fundamentais, precipuamente, os de viés prestacional, quem exigem uma atuação positiva do Estado, criando as condições materiais necessárias ao exercício de tais direitos.

Diante disso, o questionamento trazido neste trabalho é: Qual o papel atribuído às políticas públicas, enquanto programas de ação governamental destinados ao alcance dos objetivos constitucionais estabelecidos, perante a efetivação do direito humano ao acesso à água potável e ao esgotamento sanitário?

A problemática abordada nesta pesquisa se justifica na compreensão de que as políticas públicas de acesso à água e ao saneamento reivindicam mecanismos e ações efetivas que atendam as suas múltiplas finalidades e objetivos, e garantam o acesso e a ótima utilização dos recursos hídricos enquanto patrimônio da humanidade.

Desse modo, especificamente, busca-se discorrer a respeito das principais nuances acerca da importância do reconhecimento do direito à água e ao saneamento básico enquanto direito humano.

Almeja-se, ainda, verificar a problemática tangenciada na consubstancialização dos direitos fundamentais de cunho social, por meio do implemento de políticas públicas. Por derradeiro, intenciona-se evidenciar o dever do Estado na escolha e promoção de medidas que viabilizem o direito à água potável e ao saneamento básico – enquanto direito humano fundamental e autônomo – indispensável ao conteúdo mínimo de diversos outros direitos, que dependem deste para a sua completa fruição.

Quanto à metodologia aplicada no presente trabalho, foi utilizado o método dedutivo e descritivo, pois possibilitam que o investigador chegue a conclusões formais a partir do estabelecimento de uma cadeia de raciocínio em ordem descendente, da análise do geral para o particular.

1 A ÁGUA ENQUANTO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Para que se possa ter uma melhor compreensão da importância e da amplitude conceitual do direito humano à água e ao saneamento básico, necessário se faz traçar um panorama geral acerca de suas principais abordagens.

Inicialmente, cumpre observar que a preocupação da sociedade (inter)nacional quanto ao reconhecimento do direito humano ao acesso à água potável é recente. Nesse sentido, convenções e tratados vêm garantindo o acesso à água de forma independente a determinados grupos, tal como se percebe perante a Convenção das Nações Unidas para a Eliminação de Todas as Formas

de Discriminação contra as Mulheres (*UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women – CEDAW*), assim como a Convenção das Nações Unidas para os Direitos da Criança (CRC). No entanto, - em caráter universal – o direito humano fundamental à água ainda não se encontra expressamente formalizado (AMORIM, 2015, p. 115).

Dessa forma, a não identificação do acesso à água potável enquanto direito autônomo implica na carência de meios para o fomento da gestão participativa de recursos hídricos, nas crescentes vulnerabilidades hídrica e social, e nas discrepâncias concernentes ao abastecimento de água e saneamento, bem como a falta de transparência na atuação dos gestores, representando assim, os atuais desafios à implementação do citado direito (MAIA, 2017, p. 316).

Outrossim, ainda que o *status* do direito humano à água seja evidenciado por sua ausência normativa, não vislumbrado – de forma expressa – no Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), a confirmação da água enquanto direito humano foi posta em votação na Assembleia Geral das Nações Unidas, em 28 de julho de 2010, figurando como um marco mundial perante o contexto histórico das lutas pela efetivação do acesso à água. Por meio da Resolução n. 64/292 da Organização das Nações Unidas (ONU), a água potável e o saneamento básico restaram reconhecidos enquanto direito humano, destacando a temática hídrica entre o conjunto de valores primordiais do ser humano, a partir de uma concepção de “universalidade, indivisibilidade, interdependência e inter-relação atribuída aos aludidos direitos” (LUZ; TURATTI; MAZZARINO, 2016, p. 273).

Contudo, depreende-se que a base intelectual para as compreensões acima alcançadas foi firmada por meio dos entendimentos trazidos pelo Comentário Geral (CG) n. 15/2002, do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (*Committee on Economic, Social and Cultural Rights – CESCR*), perfazendo-se a interpretação mais abrangente e impositiva do direito humano ao acesso à água potável e ao esgotamento sanitário (BULTO, 2015, p. 26-32).

Assim, o Comentário Geral n. 15/2002 foi o precursor na interpretação segundo a qual há um direito à água autônomo – independente – constante nos instrumentos de direitos humanos já pactuados e efetivos, especificamente o PIDESC. Ademais, o CG n. 15/2002 elaborou o conteúdo normativo do direito em comento sob o PIDESC, versando sobre as tipologias e a extensão das obrigações Estatais perante a concretização do direito humano a água (BULTO, 2015, p. 32).

Nessa linha, o primeiro parágrafo do CG n. 15/2002 destaca a importância da água enquanto bem público indispensável à vida:

1. El agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos. El Comité ha constatado constantemente una denegación muy generalizada del derecho al agua, tanto en los países en desarrollo como en los países desarrollados. Más de 1.000 millones de personas carecen de un suministro suficiente de agua y varios miles de millones no tienen acceso a servicios adecuados de saneamiento, lo cual constituye la principal causa de contaminación del agua y de las enfermedades relacionadas con el agua. La contaminación incesante, el continuo deterioro de los

recursos hídricos y su distribución desigual están agravando la pobreza ya existente. Los Estados Partes deben adoptar medidas eficaces para hacer efectivo el derecho al agua sin discriminación alguna, como se establece en la presente observación general (ONU, 2002, p. 1-2).

Por essa cognição, o direito humano à água é indispensável ao usufruto e gozo de vida com dignidade, bem como para a consubstancialização de muitos outros direitos: particularmente, o direito à vida, e à níveis adequados de vida, moradia, alimentação e saúde. O acesso à água e saneamento é condição *sine qua non* para o cumprimento de tais direitos. A realidade global revela que ao menos 900 milhões de pessoas não têm acesso à água potável e cerca de 2,5 bilhões (40% da população mundial) não possuem saneamento básico, de modo a ensejar enormes custos humanos, em termos sociais e econômicos (UNESCO, 2009, p. 1).

Nessa compreensão, a insuficiência quanti-qualitativa das águas repercute tanto nas presentes, quanto nas futuras gerações, vez que altera a natureza como um todo, atingindo diretamente a saúde física e mental dos seres vivos, principalmente quanto a qualidade e expectativa de vida. E assim completa Paulo Affonso Leme Machado:

A saúde dos seres humanos não existe somente numa contraposição a não ter doenças diagnosticadas no presente. Leva-se em conta o estado dos elementos da Natureza – águas, solo, ar, flora, fauna e paisagem – para se aquilatar se esses elementos estão em estado de sanidade e de seu uso advenham saúde ou doenças e incômodos para os seres humanos (MACHADO, 2013, p. 46).

Cabe destacar que, para identificar o direito humano à água enquanto constante no PIDESC, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – CESCR utilizou três abordagens interpretativas, quais sejam: a abordagem teleológica da interpretação, a abordagem derivativa, e o reconhecimento por meio do procedimento de relatoria do Estado (BULTO, 2015, p. 32-41). Quanto à abordagem teleológica, o CESCR constatou um direito à água independente no tocante às previsões – dentre outras – do Art. 11 (o direito a um nível de vida adequado) do PIDESC. Nesse sentido, o artigo prevê:

1º. Os Estados-Parte do presente acordo reconhecem o direito de todos a um padrão de vida adequado para si e sua família, **incluindo** alimentação, vestuário e moradia adequados, e à melhoria contínua das condições de vida. Os Estados-Parte realizarão os passos apropriados para assegurar a realização deste direito, reconhecendo para isto a importância crucial da cooperação internacional baseada em livre consentimento (ONU, 1966, grifo nosso).

O CESCR optou por dar ênfase à inserção da palavra *incluindo* no texto do Art. 11, de modo que - ainda que não haja menção expressa do direito à água na lista dos direitos essenciais ao

um nível adequado de vida – o termo sinaliza o fato de que o catálogo de direitos asseverados pelo Art. 11, § 1º, do PIDESC não é taxativo. Logo, a compreensão do direito à água como constante na lista de direitos garantidos se encontra em consonância ao objeto e propósito do artigo em comento, posto que o acesso a uma quantidade e qualidade de água adequada é tão substancial – ou, provavelmente ainda mais – quanto os elementos expressamente configurados como ensejadores do direito ao padrão de vida adequado, listados sob a previsão do Art. 11, § 1º (BULTO, 2015, p. 33-34). E complementa, assim, o CG n. 15/2002 ao ratificar que “el derecho al agua se encuadra claramente en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia.” (ONU, 2002, p. 2).

No que tange a abordagem da derivação, o CG n. 15/2002 utilizou o Art. 12 do PIDESC, o qual estipula, em seu § 1º, que os “Estados-Parte no presente acordo reconhecem o direito de todos de usufruir o mais alto padrão possível de saúde física e mental” (ONU, 1966). A partir do mencionado texto, o CESCR constatou a estreita relação entre o direito humano à água e outros direitos previstos expressamente no PIDESC, os quais – para a sua efetivação – demandam a concomitante observância do direito à água. Desse modo, o CESCR asseverou que “o direito humano à água deveria ser visto em conjunção com as garantias do Artigo 12, § 1º, do ICESCRs notadamente o direito ao mais alto padrão possível de saúde, os direitos à moradia e alimentação adequadas” além dos demais direitos consagrados na Lei Internacional dos Direitos Humanos (BULTO, 2015, p. 38).

Todavia, cumpre elucidar que tal compreensão exarada pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais possui a implicação negativa de proteger o direito humano à água por via reflexa, em decorrência de sua utilidade para outros direitos – carecendo, então, de existência ou proteção independente – cuja violação somente seria reivindicada a partir da violação do direito-mãe (direito à alimentação, à saúde, à vida, entre outros).

Quanto à terceira abordagem, a CESCR também se valeu de sua própria prática consistente, ao tratar sobre o direito humano à água em pelo menos 33 das 114 observações conclusivas sobre os relatórios dos Estados-Parte, assumindo o silêncio de tais Estados como um indicativo de anuência tácita de que o PIDESC contém o direito humano à água, e as correspondentes obrigações estatais. Nessa percepção, ainda que as abordagens utilizadas pelo CESCR sejam suscetíveis a críticas e ponderações – enquanto instrumentos analíticos – a utilização conjunta das três perspectivas (interpretação teleológica, abordagem derivativa e aquiescência dos Estados) fornece uma base jurídica sólida para o direito humano à água, de maneira a clarificar os deveres dos Estados participantes do PIDESC (BULTO, 2015, p. 41).

Assim sendo, o direito à água deve ser concebido enquanto direito fundamental por excelência, fomentando uma postura estatal – em conjunto com a sociedade – que possibilite a instituição dos meios necessários à garantia da água potável a todos (FLORES, 2011, p. 11). Ademais, conforme ensina Sarlet (2003, p. 84), dentre os direitos fundamentais universais e consensuais figuram o direito à água e o respeito à dignidade humana, os quais demandam que

se atribua ao Estado “o dever de garantir um mínimo essencial à sadia qualidade de vida, das presentes e futuras gerações.” (BARBOSA; OLIVEIRA, 2019, p. 115).

Nessa lógica, a percepção mais pertinente do direito humano à água deve ser a que o reconhece como direito jurídico *per se* - autônomo em si mesmo -, e não meramente um direito derivativo a ser protegido em decorrência de sua utilidade à fruição de outros direitos a este relacionados (BULTO, 2015, p. 49).

Outrossim, tal como todos os direitos humanos, o direito à água impõe três tipos de obrigações aos Estados-Partes, quais sejam: (i) *respeitar* – exigindo que os Estados-Partes se abstenham de qualquer prática ou atividade que negue ou restrinja o acesso à água potável em condições de igualdade; (ii) *proteger* – suscitando um comportamento estatal que impeça terceiros de prejudicar o uso e gozo do direito à água; e, (iii) *cumprir* – de maneira que os Estados-Partes adotem medidas positivas que possibilitem os indivíduos e comunidades a exercer o direito - promovendo informações adequadas sobre o uso higiênico da água -, e garantindo a efetivação do usufruto do direito à água àqueles indivíduos e grupos que não estejam em posição de exercer esse direito, eles próprios, com a ajuda dos meios para sua disposição (ONU, 2002, p. 9-11).

Com efeito, uma vez que a vulnerabilidade hídrica e social caminham *pari passu*, e que sem água, inúmeros outros direitos restam violados, o acesso à água e ao saneamento compõe o conteúdo mínimo do direito à dignidade humana, havendo o dever de observância quanto a qualidade – a água deve ser potável -, quantidade – o suficiente para a sobrevivência -, com ênfase ao acesso humano em caso de escassez, e gratuidade – no tocante ao mínimo necessário à sobrevivência - de modo a ser alcançada a “dignidade hídrica” (MAIA, 2017, p. 303-305).

Para mais, é o que restou assegurado perante a Declaração Universal dos Direitos da Água (1992), com a convocação da sociedade global ao desenvolvimento da consciência hídrica:

A água faz parte do patrimônio do planeta. Cada continente, cada povo, cada nação, cada região, cada cidade, cada cidadão, é plenamente responsável aos olhos de todos.

A água é a seiva de nosso planeta. Ela é condição essencial de vida de todo vegetal, animal ou ser humano. Sem ela não poderíamos conceber como são a atmosfera, o clima, a vegetação, a cultura ou a agricultura. [...]

A água não é somente herança de nossos predecessores; ela é, sobretudo, um empréstimo aos nossos sucessores. Sua proteção constitui uma necessidade vital, assim como a obrigação moral do homem para com as gerações presentes e futuras.

A água não é uma doação gratuita da natureza; ela tem um valor econômico: precisa-se saber que ela é, algumas vezes, rara e dispendiosa e que pode muito bem escassear em qualquer região do mundo.

A água não deve ser desperdiçada, nem poluída, nem envenenada. De maneira geral, sua utilização deve ser feita com consciência e discernimento para que não se chegue a uma situação de esgotamento ou de deterioração da qualidade das reservas atualmente disponíveis.

A utilização da água implica respeito à lei. Sua proteção constitui uma obrigação jurídica para todo homem ou grupo social que a utiliza. Esta questão não deve ser

ignorada nem pelo homem nem pelo Estado.

A gestão da água impõe um equilíbrio entre os imperativos de sua proteção e as necessidades de ordem econômica, sanitária e social.

O planejamento da gestão da água deve levar em conta a solidariedade e o consenso em razão de sua distribuição desigual sobre a Terra (ONU, 1992, p. 1).

Nesse contexto, Mirandola e Sampaio (2006, p. 265-266) elucidam que a água, enquanto direito fundamental, apresenta quatro dimensões essenciais: (i) *dimensão humanitária e de dignidade humana* – urgindo a criação de meios para o acesso ao mínimo essencial de água necessário à sobrevivência humana; (ii) *dimensão econômica* – remetendo à ideia de água enquanto bem natural limitado quanti-qualitativamente, o qual suscita grandes investimentos econômicos para a sua exploração; (iii) *dimensão social* – que identifica a água enquanto fator de inclusão; e, (iv) *dimensão sanitária* – que traz a noção de higidez da água enquanto questão de saúde pública (FLORES, 2011, p. 7).

Não obstante, embora o direito à água não encontre previsão expressa perante a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), uma análise interpretativa do texto constitucional, precipuamente dos arts. 1º, III, e 3º, IV, - dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos e o bem social como um dos objetivos fundamentais -, e do conteúdo do art. 225 (tutela do meio ambiente), é capaz de conduzir à compreensão segundo a qual a água faz parte do rol de direitos fundamentais, ainda que implicitamente (LUZ; TURATTI; MAZZARINO, 2016, p. 271-272).

Por essa perspectiva, uma nova cultura de cuidado com a água se faz indispensável, conduzida por três princípios norteadores: *água é um direito humano*, que não pode ser percebido tão somente por seu viés econômico; *boa governança*, a partir da corresponsabilidade entre sociedade e diversas instâncias governamentais; e, *permanência e amparo dos ecossistemas* que suportam os processos de renovação da água no planeta (MAIA, 2017, p. 323).

Ademais, de acordo com a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO, considerar a água – igualmente - como um bem cultural, implica no reconhecimento das múltiplas dimensões socioculturais do vínculo das pessoas com a água, por sua identidade, patrimônio, e senso de pertencimento (UNESCO, 2009, p. 4).

Isto posto, cumpre observar, no tópico que se segue, a forma pela qual as políticas públicas consubstancializam os direitos fundamentais - em especial - os direitos sociais, onde se insere o direito à água e ao saneamento básico, por meio do reconhecimento e implementação sistemática de normas protetivas.

2 A IMPORTÂNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É possível depreender que o Estado Social - de modo diverso à configuração do Estado Liberal - ratifica-se pela concretização de políticas, enquanto programas de ação, de modo a não

compreender a produção do direito como seu fim único (BONAVIDES, 1998, p. 518).

Desse modo, tal modelo de Estado persegue a efetivação dos direitos constitucionalmente garantidos – sobretudo, os direitos sociais – a partir de sua própria atuação, por meio de políticas públicas (CAVALHIERI; MACHADO, 2008, p. 3384). Assim, o Estado Democrático de Direito consiste em “superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize justiça social” (SILVA, 2004, p. 111).

A partir de tal percepção, infere-se que os direitos humanos tidos como de primeira geração (ou dimensão) são direitos cujo exercício pelo cidadão suscita uma conduta negativa do Estado, e, de igual modo, dos demais cidadãos. Nesse sentido, Paulo Bonavides (2000, p. 517) os identifica como “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”, enquanto garantias negativas que asseguram o indivíduo de não ser frustrado em seu gozo e fruição (ARAÚJO, 2017, p. 121).

Quanto à segunda geração, onde se encontram os direitos sociais, o Estado intervém positivamente na sociedade, criando as condições materiais necessárias ao exercício de tais direitos. No que tange os direitos de terceira geração, estes classificam-se como transgeracionais e transindividuais, vinculados à proteção do gênero humano (ARAÚJO, 2017, p. 121-122).

É notório que, ante os direitos sociais, existe uma discrepância entre a tutela que lhes é conferida na CRFB/1988 e sua efetividade. Tal descompasso é ocasionado - principalmente -pela inércia estatal e o conseqüente lapso na aplicação de políticas públicas imprescindíveis ao adequado usufruto dos direitos e garantias constitucionalmente estabelecidos (ARAÚJO, 2017, p. 128-129).

Nesse sentido, Mendes (2004, p. 6) ensina que os direitos de caráter prestacional reivindicam uma postura ativa do Poder Público, na medida em que:

[...] vinculados à concepção de que ao Estado incumbe, além da não-intervenção na esfera da liberdade pessoal dos indivíduos, garantida pelos direitos de defesa, a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos (MENDES, 2004, p. 6).

Dessa forma, ao prever direitos sociais a todos os cidadãos, de modo universal e sem distinções, a CRFB/1988 optou por compreender as políticas públicas como instrumentos postos a substancializá-los (CAVALHIERI; MACHADO, 2008, p. 3383), tendo em conta que a simples positivação constitucional dos direitos fundamentais não enseja, por si só, na aplicação material das citadas normas (CUNHA, 2011, p. 68).

Ademais, para a garantia de direitos prestacionais tais como saúde, moradia, educação, alimentação e acesso à água potável e saneamento básico, por exemplo, as políticas públicas não devem apenas salvaguardar certos bens da vida, mas - igualmente - estabelecer planos de inclusão

social, de modo a empoderar grupos socialmente excluídos, proporcionando-lhes a igualdade material necessária para exercerem com efetividade sua condição de cidadão pertencente a um espaço de argumentação (SODRÉ, 2015, p. 244).

Nesse viés, releva-se a acepção de política pública explanada por Bucci (2006, p. 39), enquanto:

[...] programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.

Por tal cognição, o sujeito ativo das políticas públicas é sempre o Estado, posto ter competência constitucional para lhes dar impulso oficial. Nessa inteligência, a elaboração, planejamento, execução e financiamento de políticas públicas realizam-se em observância aos correspondentes instrumentos normativos, sob a égide do Estado Democrático de Direito (ARAÚJO, 2017, p. 127-128).

Isto posto, Oliveira Junior (2009, p. 37) partilha do entendimento consoante o qual “não há caminhos para a humanidade concretizar a dignidade humana, que não seja o da realização dos seus direitos fundamentais através de políticas públicas que ofereçam proteção adequada e eficiente”, as quais devem ser conduzidas pelos princípios instrumentais da vedação do retrocesso, do dever de otimização, da garantia do núcleo essencial mínimo dos direitos (mínimo existencial) e da proteção às minorias.

À vista disso, a concreção dos direitos fundamentais – para além do seu conteúdo dogmático – passa pelo contexto da cidadania inclusiva e multidimensional, permitindo espaços de cooperação com o fito de reduzir as desigualdades sociais e corporificar a solidariedade (TORRES, 2001, p. 243-244). Nesse sentido, a cidadania inclusiva repercute o processo de conscientização social e a substancialização dos direitos fundamentais básicos, imprescindíveis à condição humana (OLIVEIRA JUNIOR, 2009, p. 38-39).

Outrossim, quando da escolha e implementação de políticas públicas, a Administração Pública, e, por conseguinte, o administrador:

[...] está vinculado à Constituição e à implementação das políticas públicas da ordem social (quer diretamente quer em parceria com a sociedade civil – nesse sentido atuando também como fiscalizador), estando adstrito às finalidades explicitadas na Constituição, bem como nas leis integradoras, e não cumpri-las caracteriza omissão, passível de responsabilidade. Essa obrigação de cumprir as normas constitucionais da ordem social insere-se no devido processo legal que deve ser obedecido pela Administração, na implementação das políticas públicas (FRISCHEISEN, 2000, p. 91).

Assim, o controle das políticas públicas pode ser efetuado de três formas, com o objetivo de fiscalizar o cumprimento da ordem constitucional de efetivação dos direitos fundamentais: pelos cidadãos; pela própria Administração Pública (autocontrole ou controle interno); e, por outros setores do Estado não vinculados à Administração (controles político, financeiro, jurisdicional e pelo Ministério Público) (FARO, 2013, p. 265-266).

Diante disso, o Estado assume um duplo dever perante a concretização dos direitos fundamentais. Por um lado, encontra-se jurídico-constitucionalmente comprometido com um dever de proteção dos direitos fundamentais, e, por outro, obriga-se a promover tais direitos (NOVAIS, 2010, p. 261–262). Nesse sentido, é o cumprimento estatal dos citados deveres que materializa normativamente as políticas públicas de direitos sociais (CARVALHO, 2019, p. 779).

Logo, o interesse público deve preponderar quando do planejamento e execução de políticas públicas, posto que:

Uma política é pública quando contempla os interesses públicos, isto é, da coletividade – não como fórmula justificadora do cuidado indiferenciado de interesses que merecem proteção – mas como realização desejada pela sociedade. Mas uma política pública também deve ser expressão de um processo público, no sentido de abertura à participação de todos os interessados, diretos e indiretos, para a manifestação clara e transparente das posições em jogo (BUCCI, 2002, p. 269).

Cumprir destacar, ainda no presente tópico, a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) que objetiva incluir o direito à água explicitamente no rol de direitos sociais constantes no art. 6º da CRFB/1988, o qual passaria a conter a seguinte redação:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, **o acesso à água tratada**, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.(NR) (BRASIL, 2019, p. 1, grifo nosso).

Dessa forma, a justificativa da PEC 232/2019, de autoria do Deputado Orlando Silva, fundamenta-se no fato de o art. 6º da Constituição Federal estar sendo reiteradamente modificado, no intuito de reconhecer direitos mínimos enquanto direitos sociais, elevando-os à condição de direitos com expressa previsão ante a CRFB/1988. Nessa compreensão, “assim como foi com a moradia, a alimentação e o transporte, o acesso à água não pode ser diferente, porquanto se colocam também como direitos mínimos, sem os quais a dignidade humana, assegurada pela Constituição Federal” não pode se materializar, de maneira a figurar o acesso à água, então, como direito decorrente do mínimo existencial (BRASIL, 2019, p. 1-2).

Por essa lógica, o serviço de abastecimento de água potável consiste em um serviço público essencial que suscita atuação a estatal para prestá-lo (direta ou indiretamente), e o correspondente

implemento de políticas públicas para a sua progressiva efetivação. Nesse sentido, tal serviço público consubstancia verdadeiro instrumento de concreção do direito fundamental de acesso à água (BRASIL, 2019, p. 4).

Pelo exposto, ainda que esteja em fase de apreciação, a PEC 232/2019 visa incrementar os meios pelos quais o direito à água potável possa ser exercido amplamente - por todos os seguimentos sociais - fomentando o reconhecimento expresso do citado direito fundamental, e a decorrente concepção de políticas públicas constitucionalmente amparadas e direcionadas ao seu implemento.

3 AS POLÍTICAS PÚBLICAS ENQUANTO INSTRUMENTOS EFETIVADORES DO DIREITO FUNDAMENTAL À ÁGUA

A hodierna preocupação com os Recursos Hídricos tem levado a humanidade a reconsiderar a forma como intervém e contribui para a sua iminente escassez e deterioração. Nesse sentido, torna-se inescusável qualquer motivação (tecnológica, financeira, econômica, social, etc.) tendente a permitir que a água se converta em fonte de conflitos, doenças e destruição ambiental, quando este recurso pode transformar a busca de bem-estar econômico e de satisfação de interesses em uma possibilidade de cooperação e desenvolvimento conjunto, em um sistema de regulamentação que perceba a água como um bem da humanidade (PETRELLA, 2002, p. 31).

Nesse sentido, a água não pode ser percebida como os demais recursos naturais, posto não existir qualquer outra alternativa que a substitua, de forma que “podemos viver sem a Internet, sem petróleo, até mesmo sem fundo de investimentos ou uma conta bancária. Mas – um argumento banal, embora frequentemente esquecido – não nos é possível viver sem água” (PETRELLA, 2002, p. 24). Assim, todo ser humano tem o direito, individual e coletivamente, a ter acesso à água, assim como o correspondente dever de conservá-la enquanto bem da vida insuscetível de apropriação individual privada. Logo, o sujeito primário do patrimônio comum da água é a comunidade humana mundial (PETRELLA, 2002, p. 128-129).

Por essa perspectiva, estabelecer um direito humano à água é apenas o primeiro passo para assegurar que tal direito será realizado e universalmente desfrutado. A implementação do direito à água requer não apenas recursos econômicos e técnicos, mas igualmente vontade política. Nesse sentido, o CG n. 15/2002 especifica que os Estados devem tomar medidas assertivas e concretas voltadas à plena realização do direito à água, de modo a garantir que os direitos humanos das pessoas sob a sua jurisdição sejam efetivados (UNESCO, 2009, p. 5).

Ademais, conforme elucida Mr Koïchiro Matsuura, Diretor-Geral da UNESCO, por ocasião do Dia Mundial da Água (2009), para além da necessidade de novas declarações e normas, a prioridade coetânea é a ação, de forma a mobilizar o compromisso político, as capacidades humanas e a boa vontade política necessárias para assegurar que as previsões sobre crises hídricas não se concretizem (UNESCO, 2009, p. 6).

Nessa lógica, quando do encontro internacional de especialistas em direito à água, realizado

em Paris, entre os dias 07 e 08 de julho de 2009, diversas sugestões foram apresentadas no intuito de auxiliar os tomadores de decisão em seus esforços para a implementação do direito humano à água e ao esgotamento sanitário, destacando-se: (i) o estímulo a medidas voltadas à capacitação dos indivíduos e grupos para o exercício de seus direitos; (ii) universalização do acesso aos serviços de água e saneamento; e, (iii) cooperação (inter)nacional para investimentos voltados a serviços básicos de água potável e saneamento, com ênfase nos direitos humanos (UNESCO, 2009, p. 9).

No âmbito nacional, o tratamento dado aos recursos hídricos revela o gradativo despertar pela conservação da água por parte dos legisladores, e de toda a sociedade. Nesse aspecto, o constituinte de 1988 designou um capítulo inteiro para a tratativa do meio ambiente (Capítulo VI, Título VII), o qual prevê, no art. 225, o direito de todos ao gozo de um meio ambiente ecologicamente equilibrado – nele inserido os recursos hídricos - incumbindo ao poder público e coletividade o dever de preservação (SOARES; BARBOSA, 2019, p. 448-450).

Em relação à legislação infraconstitucional, a Lei n. 9.433/1997 é a norma mais significativa concernente à proteção dos recursos hídricos, instituindo a Política Nacional de Recursos Hídricos e criando o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. Logo em seu primeiro artigo, apresenta seus fundamentos, a partir de uma nova perspectiva sobre a água, denominando-a um bem de domínio público, não sujeito a apropriação. Desse modo, é o que dispõe o Art. 1º, incisos I a VI:

Art. 1º A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos:

I - a água é um bem de domínio público;

II - a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico;

III - em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais;

IV - a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas;

V - a bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos;

VI - a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades (BRASIL, 1997).

Quanto aos seus objetivos, a Lei n. 9.433/1997, em seu art. 2º, traz a imprescindibilidade da garantia para as gerações presentes e futuras da disponibilidade de água em níveis adequados de qualidade e quantidade; o uso racional e integrado dos recursos hídricos, com o intuito de viabilizar o desenvolvimento sustentável; a prevenção e a defesa contra eventos hidrológicos naturais ou decorrentes da ação humana; e, o incentivo e promoção da captação, da preservação, e do aproveitamento de águas pluviais (BRASIL, 1997).

Dessa forma, a Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH) é uma política pública que merece destaque por suas dimensões social, ambiental e econômica, de forma a ensinar uma gestão de recursos hídricos mais equânime, descentralizada e participativa, garantindo, assim, o gozo e

usufruto do direito fundamental à água para as atuais e futuras gerações (ANA, 2017, p. 165).

Ademais, a renovação da própria PNRH e demais legislações referentes aos recursos hídricos deve ser estimulada, de modo a incrementar todo o plano legal e institucional em que se alicerça a gestão nacional de recursos hídricos. Nessa cognição, a política pública em comento:

[...] deve estar conectada à realidade e, a partir dela, tentar se antecipar na tarefa de enfrentar os problemas atuais e futuros com o intuito de garantir seu objetivo final: o acesso aos recursos hídricos em qualidade e [quantidade] para as presentes e futuras gerações. Uma política pública de sucesso deve ser dinâmica e propensa a alterações que considere necessidades, adversidades e oportunidades que surgem involuntária e inesperadamente de diversas maneiras e por diferentes causas, gerando consequências que, embora não previstas, não devem ser ignoradas (ANA, 2017, p. 169, grifo nosso).

Outrossim, é importante salientar que, embora o planeta Terra seja coberto por cerca de 70% de água, a distribuição desarmônica deste mineral faz com que diversas localidades padeçam com a sua falta. Mesmo o Brasil, que logra 13% da água doce de todo o Planeta, enfrenta a má distribuição deste bem da vida, e a conseqüente escassez em determinadas regiões (SOUZA; MORAES, 2016, p. 913).

Tal desequilíbrio da distribuição orgânica das reservas hídricas brasileiras revela que mais de 65% de toda a água doce nacional encontra-se na região Amazônica, que possui a menor densidade populacional. A região Nordeste, por sua vez, é a mais pobre e a que menos possui o recurso hídrico em questão, concentrando 30% da população brasileira e menos de 5% de água doce. As regiões Sul e Sudeste, que reúnem cerca de 60% da população, dispõem de menos de 13% da água doce brasileira (AUGUSTO *et al.*, 2012, p. 1513).

Cabe destacar que o Brasil dispõe de 12 regiões hidrográficas que enfrentam diferentes peculiaridades para manter sua disponibilidade e qualidade hídrica. Nessa linha, as bacias que compreendem a região Norte são impactadas, em grande parte, pela expansão da geração de energia elétrica. Na região Centro-Oeste, a continuidade de usufruto dos recursos hídricos é ameaçada pelo alargamento da fronteira agrícola. Já as regiões Sul e Nordeste enfrentam déficit hídrico e a região Sudeste evidencia a problemática da poluição hídrica (BRITO, 2018, p. 2).

Outrossim, o desperdício de água é outro importante fator que contribuiu para a sua escassez. A falsa ideia de que a água é um recurso natural infinito – intrinsecamente enraizada na cultura da sociedade -, faz com que a população desperdice nos mais diferentes âmbitos de aplicação deste bem natural, de maneira que:

[...] a agricultura é responsável por aproximadamente 70% do consumo de toda a água no Brasil, e também é recordista de desperdício na irrigação. É na agricultura que se concentra um dos maiores agravantes na ordem de desperdício de água tanto no Brasil quanto no mundo. Os projetos de irrigação no mundo perdem quantidades significativas de água potável, e se houvesse a redução de apenas 10% de toda a água utilizada na agricultura já seria suficiente para abastecer o dobro da população existente hoje no mundo, cerca de 7,0 bilhões de pessoas

(OLIVO; ISHIKI, 2014, p. 46).

Somado a isso estão as porcentagens de perda total da água tratada e injetada nas redes de distribuição situadas em território nacional - as quais variam em torno de 40% a 60% (REBOUÇAS, 2003, p. 342) – estimulando a perpetuação do elevado número de mais de 35 milhões de brasileiros sem acesso à água tratada no Brasil (BRITO, 2018, p. 4).

Nessa cognição, a Agência Nacional de Águas (ANA) estima que para regularizar a efetivação do direito fundamental à água e concretizar as medidas essenciais à adequada destinação do esgoto – que atualmente compromete mais de 110 mil quilômetros de rios com dejetos – seriam necessários pelo menos R\$ 150.000.000.000,00 (cento e cinquenta bilhões) em investimentos até 2035 (BRITO, 2018, p. 4). Assim, as constatações sobre a realidade da distribuição, tratamento da água e esgotamento sanitário no País atuam como verdadeiros “gatilhos para a geração ou intensificação de conflitos pelo uso da água que impactam na qualidade de vida da população, inclusive com consequências na saúde pública. Já em uma perspectiva de longo prazo, podem refletir na limitação do desenvolvimento socioeconômico do País.” (ANA, 2017, p. 165).

Dessa forma, a água do Planeta não está acabando ou diminuindo, o que ocorre é a crescente dificuldade de manutenção da potabilidade da água, em decorrência da forma com que os seres humanos utilizam os recursos hídricos existentes, ensejando numa gestão ineficiente deste recurso (SOUZA; MORAES, 2016, p. 913-914).

Por isso, conforme elucida o Relatório Conjuntura dos Recursos Hídricos no Brasil (2017), a garantia de oferta de água para o abastecimento humano e demais atividades produtivas, e a redução de riscos associados a eventos críticos, configuram objetivos que se inserem:

[...] nas dimensões abordadas no atual **conceito de segurança hídrica**. O planejamento e a implantação de infraestrutura hídrica adequada, vinculada a sistemas que operem a partir de uma gestão integrada de riscos, com foco na otimização do uso e do armazenamento da água, são medidas necessárias e que devem ser adotadas pelo setor de recursos hídricos (ANA, 2017, p. 166, grifo do autor).

Nessa inteligência, o conhecimento das medidas legais e políticas públicas adotadas pelo poder público podem estimular a cobrança - pela sociedade - do cumprimento e observância das Leis já existentes, as quais, se efetivamente concretizadas, podem em muito aperfeiçoar a preservação dos recursos hídricos no Brasil (SOUZA; MORAES, 2016, p. 914).

No que concerne, a seu turno, o gerenciamento dos recursos hídricos nacionais, a Lei n. 9.984/2000 criou a Agência Nacional de Águas (ANA), sob a forma de autarquia em regime especial, com a incumbência de implementar a Política Nacional de Recursos Hídricos e integrar o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, executando políticas públicas federais referentes a tais recursos (BRASIL, 2000). Nesse sentido, dentre as várias políticas públicas conduzidas pela entidade, em âmbito nacional, destacam-se as seguintes: (i) Programa de Despoluição de Bacias Hidrográficas (PRODES) – também conhecido como “programa de

compra de esgoto tratado”, que objetiva conceder estímulos financeiros para Prestadores de Serviço de Saneamento que investem em tratamento de esgotos; (ii) Produtor de Água – que objetiva a redução da erosão e do assoreamento dos mananciais nas áreas rurais, com previsão de apoio técnico e financeiro à execução de ações para conservação do solo e da água, bem como o pagamento de incentivos financeiros; e, (iii) Programa Nacional de Avaliação da Qualidade das Águas (PNQA) – que tem por meta oferecer à sociedade o conhecimento adequado da qualidade das águas superficiais brasileiras, com o intuito de auxiliar os tomadores de decisão na definição de políticas públicas para a recuperação da qualidade das águas, de forma a contribuir para a gestão sustentável dos recursos hídricos (SOUZA; MORAES, 2016, p. 917-918).

Nessa lógica, o adequado funcionamento da gestão dos recursos hídricos decorre de quatro “engrenagens”, quais sejam: políticas públicas, leis regulamentadoras de tais políticas, instituições e, sobretudo, participação popular, com papel essencial na conciliação, mediação e reivindicação das demais ações (TRINDADE; SCHEIBE, 2014, p. 99).

Ademais, a maior causa da “inércia” social quanto a cobrança na efetivação de políticas públicas é o desconhecimento, que pode vir a ser superado mediante processos formais e não formais de inclusão da educação ambiental no cotidiano dos diferentes segmentos da sociedade (TRINDADE; SCHEIBE, 2014, p. 110).

Por esse viés, uma conduta ativa da sociedade perante as políticas públicas de governo e na própria gestão da água é a forma mais adequada de se atingir a “consciência hídrica” necessária à garantia da “distribuição igualitária e justa dos recursos e serviços e impedir que a água seja objeto de apropriação privada ou mercadológica (FERREIRA; RAMOS; BERNARDES, 2015, p. 105).

Logo, a água como um direito humano coletivo, decorrente do próprio exercício da cidadania, deve ser garantida a todos - enquanto questão de saúde pública - em qualidade e quantidade adequadas para suprir todas as necessidades humanas fundamentais, sem distinção, de classe, sexo, cor e idade (BRITTO, 2015, p. 223).

Outrossim, a partir da constatação de que 36,1% dos domicílios ainda não possuem abastecimento e 7,2% do volume de água distribuída não são tratadas, bem como 48% dos municípios brasileiros não contam com rede de esgoto (TRINDADE; SCHEIBE, 2014, p. 111), a Lei n. 11.445/2007 (alterada pela Lei n. 14.026, de 15 de julho de 2020, que atualiza o marco legal do saneamento básico aprimorando as condições estruturais) é tida como um importante marco para a regulamentação do saneamento básico no país, norteando as ações governamentais, e reunindo as diretrizes necessárias à implantação de medidas que desenvolvam a política de saneamento nacional (SILVA; BASTOS, 2012, p. 8). Dessa forma, estabelece em seu art. 2º os princípios fundamentais dos serviços públicos de saneamento básico, dentre os quais se destacam:

- I - universalização do acesso e efetiva prestação do serviço;
- II - integralidade, compreendida como o conjunto de atividades e componentes de cada um dos diversos serviços de saneamento que propicie à população o acesso a eles em conformidade com suas necessidades e maximize a eficácia das ações e dos resultados;

III - abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos realizados de forma adequada à saúde pública, à conservação dos recursos naturais e à proteção do meio ambiente;

[...]

VI - articulação com as políticas de desenvolvimento urbano e regional, de habitação, de combate à pobreza e de sua erradicação, de proteção ambiental, de promoção da saúde, de recursos hídricos e outras de interesse social relevante, destinadas à melhoria da qualidade de vida, para as quais o saneamento básico seja fator determinante (BRASIL, 2007).

Desse modo, ainda que encontre previsão legal, o saneamento básico no Brasil ainda é um desafio complexo. Semelhantemente a outros serviços públicos essenciais, os déficits ressaltam a morosidade do País na prestação de direitos básicos essenciais à vida, como o acesso à água e ao destino seguro dos dejetos e resíduos sólidos (BORJA, 2014, p. 434).

Nesse sentido, o direito à água potável e ao saneamento básico - além de direito fundamental autônomo - integra o conteúdo mínimo de diversos outros direitos, que dependem deste para a sua completa fruição, tais como o direito à saúde e à dignidade humana (RAVAGNANI; OLIVEIRA, 2018, p. 9).

Portanto, as políticas públicas de acesso à água e ao saneamento reivindicam mecanismos e ações efetivas - que atendam as suas múltiplas finalidades e objetivos - de modo a garantir o acesso e a ótima utilização dos recursos hídricos enquanto patrimônio da humanidade.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa pôde constatar que a percepção mais coerente do direito à água identifica-o como direito jurídico *per se* - autônomo em si mesmo -, a ser protegido não apenas por sua instrumentalidade em relação aos demais direitos humanos, mas por sua identificação e relevância enquanto direito humano fundamental.

Restou evidenciado que, ante os direitos sociais, existe uma discrepância entre a tutela que lhes é conferida na CRFB/1988 e sua efetividade. Tal descompasso é ocasionado - principalmente - pelo lapso na aplicação de políticas públicas imprescindíveis ao adequado usufruto dos direitos e garantias constitucionalmente estabelecidos

Neste trabalho foi possível identificar, ainda, que o reconhecimento do direito humano à água é apenas o primeiro passo para assegurar que tal direito seja realizado e universalmente desfrutado. A implementação do acesso à água requer não apenas recursos econômicos e técnicos, mas igualmente vontade política. Nessa cognição, semelhantemente a outros serviços públicos essenciais, os déficits evidenciam a morosidade do País na prestação de direitos básicos essenciais à vida.

Por todo o exposto, conclui-se que as políticas públicas de acesso à água e ao esgotamento sanitário reivindicam mecanismos e ações efetivas - que atendam as suas múltiplas finalidades

e objetivos - de modo a garantir o acesso e a ótima utilização dos recursos hídricos enquanto patrimônio da humanidade.

REFERÊNCIAS

AMORIM, João Alberto Alves. **Direito das águas**: o regime jurídico da água doce no direito internacional e no direito brasileiro. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

ANA - AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS (Brasil). **Conjuntura dos recursos hídricos no Brasil 2017**: relatório pleno. Brasília: ANA, 2017.

ARAÚJO, Danielle Ferreira Medeiro da Silva de. Política pública, efetividade e direitos sociais. **Revista Jurídica do Curso de Direito da UESC**, Florianópolis, v. 17, p. 115-146, 2017.

AUGUSTO, Lia Giraldo da Silva; GURGEL, Idê Gomes Dantas; NETO, Henrique Fernandes Câmara; MELO, Carlos Henrique de; COSTA, André Monteiro. O contexto global e nacional frente aos desafios do acesso adequado à água para consumo humano. **Revista Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 6, p. 1511-1522, jun. 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/csc/v17n6/v17n6a15.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2020.

BARBOSA, Wouille Aguiar; OLIVEIRA, Sara Franciene de. A água como direito fundamental e inalienável: a luta contra a subversão política e econômica pela privatização desse bem comum e universal. **Revista Direito & Realidade**, Campinas, v. 7, n. 9, p. 110-125. 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros. 1998.

BORJA, Patrícia Campos. Política pública de saneamento básico: uma análise da recente experiência brasileira. **Saúde e Sociedade**, São Paulo, v. 23, n. 2, p. 432-447. 2014.

BRASIL. **Lei n. 11.445, de 05 de janeiro de 2007**. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico; cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico; altera as Leis n^{os} 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.666, de 21 de junho de 1993, e 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; e revoga a Lei n^o 6.528, de 11 de maio de 1978. Brasília, DF: Presidência da República, 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 9.433, de 08 de janeiro de 1997**. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1^o da Lei n^o 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei n^o 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19433.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 9.984, de 17 de julho de 2000.** Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, integrante do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (Singreh) e responsável pela instituição de normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico. Brasília, DF: Presidência da República, 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19984.htm. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição n. 232/2019.** Altera o Art. 6o da Constituição Federal para incluir o acesso à água tratada entre os direitos sociais. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1848603&filename=PEC+232/2019>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRITO, Débora. **A água no Brasil: da abundância à escassez.** Brasília: Agência Brasil, 2018.

BRITTO, Ana Lucia. Tarifas sociais e justiça social no acesso aos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Brasil. *In*: CASTRO, José Esteban; HELLER, Léo; MORAIS, Maria da Piedade (ed.). **O direito à água como política pública na América Latina: uma exploração teórica e empírica.** Brasília: Ipea, 2015. p. 209-225.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas.** São Paulo: Saraiva, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.** São Paulo: Saraiva, 2006. Cap. 1.

BULTO, Takele Sokoba. Muito familiar para ignorar, muito novo para reconhecer: a situação do direito humano à água em nível global. *In*: CASTRO, José Esteban; HELLER, Léo; MORAIS, Maria da Piedade (ed.). **O direito à água como política pública na América Latina: uma exploração teórica e empírica.** Brasília: Ipea, 2015. p. 25-56.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. As políticas públicas como concretização dos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 6, n. 3, p. 773-794, set./dez. 2019.

CAVALHIERI, Juliana Raquel; MACHADO, Ednilson Donisete. **Políticas públicas como instrumentos de concretização dos direitos sociais.** Brasília: CONPEDI, 2008. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/06_509.pdf. Acesso em: 30 set. 2020.

CUNHA, Bruno Santos. Direitos fundamentais: da constituição às políticas públicas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 65-82, jan./jun. 2011.

FARO, Julio Pinheiro. Políticas públicas, deveres fundamentais e concretização de direitos. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 10, n. 1, p. 250-269, 2013.

FERREIRA, Hermelinda Maria Rocha; RAMOS, Alexandre Sávio Pereira; BERNARDES, Denis Antônio de Mendonça. A política de racionamento de água na cidade do Recife, Brasil: impactos e desigualdades nos assentamentos precários. *In*: CASTRO, José Esteban; HELLER, Léo; MORAIS, Maria da Piedade (ed.). **O direito à água como política pública na América Latina: uma exploração teórica e empírica.** Brasília: Ipea, 2015. p. 83-108.

- FLORES, Karen Müller. O reconhecimento da água como direito fundamental e suas implicações. **RFD-Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 19, p. 1-14, jul./dez. 2011.
- FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas**: a responsabilidade do administrador e o ministério público. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- LUZ, Josiane Paula da; TURATTI, Luciana; MAZZARINO, Jane Marcia. Água: direito humano fundamental. **Revista Estudo e Debate**, Lajeado, v. 23, n. 2, p. 265-279, 2016.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 21. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MAIA, Ivan Luis Barbalho. O acesso à água potável como direito humano fundamental no direito brasileiro. **Revista do CEPEJ**, Salvador, v. 20, p. 301-338, jul./dez. 2017.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MIRANDOLA, Carlos Mauricio Sakata; SAMPAIO, Luiza Saito. Universalização do direito à água. In: BARRAL, Walter; PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). **Direito ambiental e desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. Políticas públicas concretizadoras dos direitos fundamentais: controle judicial do dever de progresso e da proibição de retrocesso. **Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas**, Vitória da Conquista, n. 7, p. 33-49, 2009.
- OLIVO, Andréia de Menezes; ISHIKI, Hamilton Mitsugu. Brasil frente à escassez de água. **Revista Colloquium Humanarum**, Presidente Prudente, v. 11, n. 3, p. 41-48, set./dez. 2014.
- ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR). **Observación general n. 15 (2002)**: el derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Ginebra: ONU, nov. 2002. Disponível em: <https://www.refworld.org/es/publisher,CESCR,GENERAL,,47ebcbfa2,0.html>. Acesso em: 20 set. 2020.
- ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos da Água**. Genebra: ONU, 22 mar. 1992. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-universal-dos-direitos-da-agua.html>. Acesso em: 30 set. 2020.
- ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)**. Genebra: ONU, 16 dez. 1966. Disponível em: https://brasil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/pacto_internacional.pdf. Acesso em: 25 set. 2020.
- PETRELLA, Riccardo. **O manifesto da água**: argumentos para um contrato mundial. Tradução de Vera Lúcia Mello Joscelyne. Petrópolis: Vozes, 2002.

RAVAGNANI, Christopher Abreu; OLIVEIRA, José Carlos de. A efetivação do direito humano à água potável e ao saneamento básico: um estudo de caso. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 34, n. 1, p. 1-22, jan./jun. 2018.

REBOUÇAS, Aldo da C. Água no Brasil: abundância, desperdício e escassez. **Revista Bahia Análise & Dados**, Salvador, v. 13, p. 341-345. 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, Flávia Maria da; BASTOS, Priscila Felix. **A atuação das políticas públicas na gestão e implementação do saneamento básico**. João Pessoa: UFPB, 2012. Disponível em: <http://www.geociencias.ufpb.br/leppan/gepat/files/gepat021.pdf>. Acesso em: 20 out. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOARES, Jane Arimercia Siqueira; BARBOSA, Erivaldo Moreira. Políticas públicas de acesso à água no Brasil: pensando a evolução das políticas de combate a seca no semiárido. **Revista Gestão & Sustentabilidade Ambiental**, Florianópolis, v. 8, n. 4, p. 443-467, out./dez. 2019.

SODRÉ, Jorge Irajá Louro. Direitos sociais e políticas públicas: a dificuldade de efetivação. **Revista de Direito**, Viçosa, v. 7, n. 2, p. 235-254, 2015.

SOUZA, Jocemar Santos de; MORAES, Beatriz Stoll. Análise das políticas públicas implementadas para a gestão dos recursos hídricos no Brasil. **Revista do Centro de Ciências Naturais e Exatas - UFSM**, Santa Maria, v. 38, n. 2, p. 913-919, mai./ago. 2016.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TRINDADE, Larissa de Lima; SCHEIBE, Luiz Fernando. A gestão dos recursos hídricos a partir de uma análise das políticas públicas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 4, n. 2, p. 98-116, jul./dez. 2014.

UNESCO. **Outcome of the international experts' meeting on the Right to Water**. Paris: UNESCO, 2009. Disponível em: http://www.unescoetxea.org/dokumentuak/Paris2009_right_to_water.pdf. Acesso em: 20 set. 2020.

Como citar: RIBEIRO, Gláucia Maria de Araújo; MAIOR, Nicole Rabelo Souto; BRAGA, Louise Oliveira. Políticas públicas e a efetivação do direito fundamental à água. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 3, p. 64-84, dez. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n2p.64. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 30/08/2022

Aceito em: 28/11/2022

HISTÓRICO DOS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS NO DIREITO BRASILEIRO

HISTORY OF AUTOCOMPOSITIVE METHODS IN BRAZILIAN LAW

Pedro Henrique Santos*
Ana Paula Parra Leite**

Como citar: SANTOS, Pedro Henrique; LEITE, Ana Paula Parra. Histórico dos métodos autocompositivos no direito brasileiro. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 17, n. 3, p. 85-103, dez. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n3p.85. ISSN: 1980-511X

Resumo: Os conflitos na sociedade surgiram a partir do momento em que surgiram as relações sociais entre os seres humanos. Para a resolução desses conflitos ou utiliza-se da própria força, por meio da autotutela, ou adotam-se meios heterocompositivos ou autocompositivos. Desta maneira, o problema do presente artigo é a origem dos métodos autocompositivos no direito brasileiro e sua implicação no processo civil. Para a resolução do problema, o objetivo geral do trabalho foi analisar o histórico dos métodos autocompositivos no Brasil, no âmbito do processo civil, sendo objetivos específicos analisar a atual previsão da autocomposição no processo civil e refletir sobre o estado atual da autocomposição no direito brasileiro, levando em consideração a forma como foi imposta. Para tanto, nesta pesquisa qualitativa, utilizou-se do método dedutivo, com a coleta de dados históricos na doutrina e legislação, chegando-se à conclusão de que os métodos autocompositivos no Brasil, na maneira como foram impostos legalmente, prestigiaram a mediação e a conciliação, entre os demais meios, sendo crescente sua importância no atual sistema processual, sob a égide do Código de Processo Civil de 2015.

Palavras-Chave: mediação; conciliação; código de processo civil; lei de mediação.

Abstract: Conflicts in society emerged from the moment social relations between human beings emerged. To resolve these conflicts, human beings either use their own strength, through self-protection, or heterocompositive or self-compositional means are adopted. Thus, the problem with this article is the origin of self-compositional methods in Brazilian law and its implication

*Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).
E-mail: pedrouerbi@gmail.com

**Advogada inscrita na OAB/PR 23.085; Doutora em Direito Civil pela USP; Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP; Professora Adjunta do Dpto. de Direito das Relações Sociais da UEPG.
E-mail: aparraleite@gmail.com

in civil proceedings. To solve the problem, the general objective of the work was to analyze the history of self-composition methods in Brazil, within the scope of civil proceedings, with specific objectives being to analyze the current prediction of self-composition in civil proceedings and reflect on the current state of self-composition in Brazilian law, taking into account the way it was imposed. Therefore, in this qualitative research, the deductive method was used, with the collection of historical data in the doctrine and legislation, reaching the conclusion that the self-composing methods in Brazil, in the way they were legally imposed, favored mediation and conciliation, among other means, and its importance in the current procedural system is growing, under the aegis of the Civil Procedure Code of 2015.

Keywords: mediation; conciliation; brazilian civil procedure code; mediation law.

INTRODUÇÃO

A história dos conflitos entre os homens remonta à própria história da humanidade. Mesmo enquanto viviam no estado de natureza, havia conflitos, pois os homens eram livres e iguais. Ocorre que, com a passagem do estado de natureza para a sociedade civil, não desapareceram os conflitos. O que houve foi o surgimento de um terceiro responsável por dirimir os conflitos.

Assim, a autotutela, utilizada pelos homens no estado de natureza, deu lugar aos órgãos do Estado, responsáveis pela pacificação social, por meio da solução dos conflitos entre os homens.

No entanto, um novo paradigma surge quando as partes envolvidas em um conflito renegam o Estado para a solução do litígio, buscando entre si a solução. Embora haja possibilidade excepcional de exercício da autotutela, o ser humano a abandonou quase que por completo, solucionando seus litígios por terceiro estranho ao litígio, seja por meio do Estado-Juiz (Poder Judiciário) ou por árbitro (processo arbitral), ou entre os próprios litigantes, buscando a melhor solução.

Assim, o item 1 do presente artigo faz um estudo sobre os métodos autocompositivos de resolução de conflitos, como alternativa à busca da jurisdição estatal, junto ao Poder Judiciário, para acessar a melhor solução dos litígios decorrentes da vida em sociedade. Neste item, são apresentados os métodos heterocompositivos (jurisdição estatal e arbitragem), bem como os métodos autocompositivos (negociação, mediação, arbitragem e transação por adesão).

Em seguida, o item 2 busca na história mundial o surgimento dos métodos autocompositivos, identificando no Oriente rica base histórico-cultural, influenciada pela filosofia confucionista. Também se identifica a influência dos povos africanos na resolução de conflitos com membro da comunidade, até chegar ao período contemporâneo, com incentivo de órgãos internacionais para adoção de métodos alternativos.

Assim é que se adentra, no item 3, o histórico dos métodos autocompositivos no Brasil, iniciando-se pela previsão do artigo 161 da Constituição do Império do Brasil, chegando até as atuais previsões constitucionais e processuais, que culminam no último item da pesquisa (item 4), qual seja, o atual tratamento no Direito brasileiro.

Nesse sentido, destacam-se a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) e, indubitavelmente, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), instituído pela Lei nº 13.105/2015, como os principais marcos da atualidade para o tratamento dos métodos autocompositivos de resolução de conflitos no país.

1 MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Para John Locke, o ser humano, anteriormente ao estabelecimento da sociedade civil, no estado de natureza, gozava de plena liberdade e igualdade (LOCKE, 1998, p. 381-383). Adyr Netto (2007, p. 77) explica que, no estado anterior à sociedade civil: “Como não há um poder concentrado

nem uma jurisdição definida que possa dar poder a um indivíduo sobre os outros, este estado sem sujeição e nem subordinação, pressupõe a perfeita liberdade e igualdade.”

Já para Thomas Hobbes (2006, p. 15), o estado de natureza, anterior à sociedade civil, “nada mais é que uma guerra de todos contra todos, e nesta guerra, todos os homens têm direitos iguais sobre todas as coisas.”

Ambos os contratualistas citados revelam algo em comum: no estado de natureza não havia jurisdição, sendo a justiça exercida pelos próprios homens, no limite de suas percepções sobre liberdade e igualdade.

É apenas com a instituição da sociedade civil, a partir do momento em que o ser humano passou do estado de natureza para viver em sociedade, que se pode afirmar que uma das consequências foi o estabelecimento de uma instância capaz de resolver os conflitos advindos da convivência social.

Não que não houvesse atritos/conflitos no estado de natureza: é que no estado da sociedade civil elege-se um terceiro para apaziguar esses conflitos.

A respeito do contrato social e a delegação do poder para a formação da sociedade política, assim explica Adyr Netto (2007, p. 87):

O homem cria o governo civil ou a sociedade política quando através do pacto social, entra num consenso e delega poderes para um terceiro, para que ele possa instituído de uma coação legítima, garantir a sua segurança e as suas propriedades. Então, o homem substitui a sua liberdade “irrestrita” e seu poder de empregar a própria força para defender-se a este novo poder, ou seja, para Estado, que poderá dar solução adequada, justa e imparcial para decidir as eventuais diferenças que o convívio em sociedade venha produzir.

Nesse sentido é que surge o Estado como promotor da Justiça e, em última análise, como o responsável pela solução dos conflitos na sociedade civil.

Atualmente, no Brasil, é o Poder Judiciário – um dos poderes do Estado Democrático de Direito – o responsável pela resolução de litígios. De fato, Eugenio Zaffaroni indica três funções do Poder Judiciário: decidir os conflitos, controlar a constitucionalidade das leis e realizar seu autogoverno (ZAFFARONI, 1995, p. 55), sendo a primeira função apontada o centro de análise do presente artigo: a resolução dos conflitos entre particulares.

Roberto Portugal Bacellar aponta que o Estado detém do monopólio da jurisdição para afastar a autotutela:

A ideia de monopólio do Estado surgiu exatamente para limitar o poder do mais forte, evitando abusos e a aplicação generalizada daquilo que se denominava autotutela pelo exercício de uma forma de aplicação de justiça privada. A importância do monopólio jurisdicional é fato incontestável e assegura aos cidadãos a tranquilidade de não precisar se armar para a luta ou fazer valer seus direitos por meio do exercício da força. Cabe, portanto, ao Poder Judiciário compor os conflitos, mantendo a convivência pacífica entre as pessoas que não precisam medir forças, como faziam em tempos passados (BACELLAR, 2012,

p. 18-19).

O monopólio estatal, no entanto, pode ser mitigado. Aliás, há concepções desestatizadas da jurisdição (GONÇALVES, 2020, p. 19). Com efeito, há na doutrina o que se convencionou chamar de Resolução Alternativa de Disputas (Alternative Dispute Resolution – ADR), Métodos Alternativos de Solução e Conflitos (MASCS) e Resolução Alternativa de Conflitos (RAC) (BACELLAR, 2012, p. 37). Para o autor:

Consagrou-se a utilização da sigla ADR a indicar resolução alternativa de disputas (Alternative Dispute Resolution) como a que emprega a negociação, a mediação e a arbitragem fora do âmbito do sistema oficial de resolução de disputas. As soluções alternativas consistem naquelas que, por intermédio de um portfólio de métodos, formas, processos e técnicas, são aplicadas fora do âmbito do Poder Judiciário. Também é de uso corrente a sigla Masc a indicar Meios ou Métodos Alternativos de Solução de Conflitos com concepção semelhante compreendida como a que utiliza a negociação, a mediação e a arbitragem com soluções extrajudiciais (métodos a serem aplicados para soluções que ocorrem fora do Poder Judiciário) (BACELLAR, 2012, p. 37).

Veja-se a marca distintiva apontada, qual seja, a solução do conflito sem a intervenção do Poder Judiciário.

Assim, para a solução dos conflitos, Diogo Assumpção Rezende de Almeida aponta três métodos, sendo eles: autocompositivos, impositivos e mistos/híbridos (ALMEIDA, 2011, p. 186).

Sobre os métodos de solução de conflitos na forma da heterocomposição são assim definidos pelo autor:

Métodos adversariais, na forma heterocompositiva, são aqueles em que as soluções independem da vontade dos litigantes e são tomadas por um terceiro a partir da colheita de informações, produção de provas e da análise dos argumentos materializados nos pedidos, contestações, impugnações, agravos, embargos por eles apresentados. Em outras palavras, são aqueles métodos em que as soluções são encontradas por um terceiro imparcial (juiz ou árbitro) que decide a questão em substituição dos envolvidos. As questões são resolvidas nos limites em que são apresentadas, e o terceiro substitui a vontade das partes e decide conforme estabelecido pela lei ou pela convenção arbitral (BACELLAR, 2012, p. 39).

Já os métodos autocompositivos, explica Bacellar:

Métodos consensuais, na forma autocompositiva, são aqueles em que não há decisão por terceiros e as soluções são encontradas pelos próprios envolvidos – se necessário com auxílio de um terceiro facilitador imparcial que nada decide e só estimula a manifestação por meio de indagações criativas, a fim de que os próprios interessados encontrem suas respostas. O método consensual não admite produção de provas, não há decisão por terceiros, e os interessados são ouvidos em seus interesses sem que haja ato formal de contestação ou impugnação (BACELLAR, 2012, p. 38-39).

Segundo Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme (2016, p. 9), “como expoentes principais da heterocomposição tem-se a jurisdição comum, que se dá por meio da distribuição da justiça pelo Estado, e a arbitragem [...]”

Da autocomposição, por sua vez, os principais métodos são: negociação, conciliação, mediação e transação por adesão (NUNES, 2016, p. 39-40), sendo esses métodos o foco do presente artigo.

A conciliação pode ser definida como um conjunto de técnicas empregadas pela pessoa do conciliador a fim de se obter a solução do conflito, considerando as ponderações das partes envolvidas e as alternativas, sem impor compulsoriamente a sua sugestão.

Para Bacellar, a conciliação pode ser definida:

[...] como um processo técnico (não intuitivo), desenvolvido pelo método consensual, na forma autocompositiva, em que terceiro imparcial, após ouvir as partes, orienta-as, auxilia, com perguntas, propostas e sugestões a encontrar soluções (a partir da lide) que possam atender aos seus interesses e as materializa em um acordo que conduz à extinção do processo judicial. O foco e a finalidade da conciliação é o alcance de um acordo que possa ensejar a extinção do processo, e para isso foca-se no objeto da controvérsia materializado na lide processual. (BACELLAR, 2018, p. 86).

Por sua vez, a mediação, definida nos termos do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 13.140/2015, é “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.” (BRASIL, 2015b).

De acordo com o §2º do art. 2º da Lei nº 13.140/2015, segundo o qual “Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação” (BRASIL, 2015b), é correto afirmar que a mediação é sempre voluntária. Todavia, na conciliação, a participação dos contendores pode ser obrigatória, pois o art. 334 do CPC/15 determina que o juiz designe audiência.

Pode-se dizer que quando os contendores entram em um consenso, a mediação e a conciliação atingiram o seu resultado, que é a transação.

Como princípios basilares e comuns da conciliação e da mediação, tem-se, de acordo com o art. 2º da Lei nº 13.140/2015 e art. 166 do CPC, a independência e a imparcialidade dos conciliadores e mediadores, que não devem se envolver com qualquer das partes, tampouco ter qualquer interesse ou vínculos com elas; a oralidade, em razão da qual não há registros ou gravações dos atos praticados durante o procedimento; a autonomia da vontade das partes, sendo que o acordo somente será realizado se as partes assim quiserem e que nenhuma delas é obrigada a permanecer em procedimento de composição; o princípio da decisão informada, segundo o qual as partes deverão estar conscientes dos seus direitos e da realidade fática que estão enfrentando quando forem realizar a autocomposição; e o princípio da confidencialidade, dispondo que o que for dito na audiência de conciliação/mediação não poderá ser divulgado a terceiros, e nem mesmo

utilizado na instrução probatório, caso não exitosa a autocomposição. Ademais, há os princípios da oralidade, da informalidade e da decisão informada, conforme parte final do artigo 166, caput da Lei nº 13.140/2015.

Por um lado, tem-se que a mediação e a conciliação são mais debatidas no direito brasileiro, enquanto a negociação e a transação por adesão não são tão teorizadas e utilizadas. Contudo, tratando-se de métodos autocompositivos, serão identificadas.

A negociação trata-se de processo primário de Resolução Alternativa de Conflitos (RAC), caracterizada pela não intervenção de terceiros: são as próprias partes que negociam, barganham, de acordo com seus interesses, com o objetivo de chegar a um resultado justo, satisfatório para as partes (emocional) e encorajador a novo negócio (processual) (KEPPEN; MARTINS, 2009, p. 80-81). Sua mais importante marca distintiva em relação aos demais métodos é a ausência de “terceiro agindo de modo a dirimir a controvérsia” (GUILHERME, 2016, p. 19).

Por fim, a transação por adesão é assim definida por Antonio Nunes (2016, p. 40) como “solução autocompositiva por meio de concessões mútuas, prevista para a solução de conflitos com a Administração Pública.” É prevista nos artigos 35 a 40 da Lei nº 13.140/2015, aplicável na Administração Pública Federal, por intermédio da Advocacia Geral da União (AGU).

Deste modo, apresentado o que se entende por método autocompositivos de solução de conflitos, e suas espécies, passa-se ao histórico desses métodos no mundo para, em seguida, analisar-se sua aplicação no Brasil.

2 HISTÓRICO NO DIREITO COMPARADO

A utilização dos métodos autocompositivos de resolução de conflitos no mundo todo é de longa data.

Sob a perspectiva do direito penal, Howard Zehr demonstra que o modelo retributivo de Justiça, tão presente na sociedade, não é o único existente. Ao apresentar a Justiça Restaurativa, o autor explica que, geralmente, a interpretação da história se dá de maneira que os métodos mais modernos são os melhores, mais progressistas, o que não é verdade. Nas palavras do autor:

Interpretar a história como progresso é uma falácia comum. Vemos os desenvolvimentos mais recentes como melhorias quase que inevitáveis em relação ao passado. Mas o presente não está fatalmente ligado ao passado, nem representa sempre um progresso em relação a este (ZEHR, 2008, p. 103).

Essas considerações são importantes para a contextualização dos métodos autocompositivos, já que seu desuso até recentemente não significa que, necessariamente, seu abandono histórico no Ocidente se deu por ser pior que o modelo Retributivo de Justiça.

Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme, ao tratar sobre os meios extrajudiciais de solução de conflitos, relata o surgimento das técnicas autocompositivas em períodos mais

longínquos:

A utilização de institutos que modulam os MESC's já é efetuada em outras localidades há um largo período. Inclusive a mediação, por exemplo, ainda que por vias um pouco distintas das atuais, já era usada e a consagrada obra de Sun Tzu, A arte da guerra, documentou-a (GUILHERME, 2016, p. 9-10).

Jay Folberg e Alison Taylor (1996, p. 21) também remontam aos tempos da China Antiga, destacando a influência do Confucionismo, cuja filosofia dá à resolução de desavenças por meio da mediação, com a persuasão moral e acordos, melhor alternativa do que por intermédio da coerção por terceiros.

Os autores apontam que, até hoje, na República da China, há grande prestígio da mediação:

La mediación a gran escala se sigue ejerciendo en la actualidad en la República Popular de China a través de la institución de los Comités Populares de Conciliación. Incluso en el sistema legal chino se concede una importancia considerable a la autodeterminación y a la mediación en la resolución de todo tipo de desavenencia (FOLBERG; TAYLOR, 1996, p. 21).

Ao lado dos chineses, é apontado que no Japão a conciliação é tão forte que há poucos advogados, já que, na tradição japonesa, a conciliação e a mediação estão presentes historicamente na lei e nos costumes (FOLBERG; TAYLOR, 1996, p. 21-22).

Assim como os autores acima, Antonio Carlos Ozório Nunes destaca a importância filosofia oriental na resolução de conflitos:

A antiga filosofia oriental talvez nos ajude a entender as razões que levam as sociedades orientais a darem grande valor para as formas autocompositivas de conflitos nas quais as próprias pessoas, pelo exercício do diálogo, constroem as soluções para seus problemas e o fazem por meio de reuniões comunitárias, comitês de conciliação, assembleias, sessões de mediação e reuniões restaurativas, tornando as culturas locais espaços privilegiados para dialogar, compartilhar as diferenças, reaproximar a razão e a emoção, o erro e o perdão, integrar tristeza e a alegria, construir a união e restaurar relações (NUNES, 2016, p. 32).

Afora as sociedades orientais, Jay Folberg e Alison Taylor apontam na África importante base para os métodos autocompositivos: no surgimento de desavenças, era convocada uma assembleia para deliberar sobre o conflito, na forma de círculos (com familiares e membros da comunidade envolvidos), que dariam a solução ao caso em concreto, sem a presença de juízes/árbitros, nem mesmo de sanções. Contudo, mais recentemente, com a diminuição dos membros da família, e sua concentração isolada nas cidades, os autores apontam a redução da resolução de conflitos em comunidades familiares, buscando-se mais mecanismos formais para aquele fim (FOLBERG; TAYLOR, 1996, p. 22).

Sobre outro aspecto, Fernanda Tartuce (2018, p. 194) aponta a existência de técnicas de

mediação nas religiões judaicas, cristãs, islâmicas, hinduístas, budistas, confucionistas e indígenas.

Folberg e Taylor (1996) também destacam o papel das religiões, em especial a Igreja Católica, no uso de sacerdotes como mediadores, bem como faziam os rabinos, na religião judaica. Os autores apontam as influências dessas religiões no desenvolvimento de mediação e arbitragem nos Estados Unidos da América (EUA), aliadas à imigração chinesa, culminando na resolução de conflitos entre patrões e empregados, como início da utilização de técnicas alternativas para resolução de conflitos, culminando em uma série de atos no país, no século XX, que fortaleceram tais técnicas (FOLBERG; TAYLOR, 1996, p. 23).

De igual maneira, nos EUA, Fernanda Tartuce menciona a importância dos estrangeiros nos EUA:

Muitos grupos de colonos enfatizaram a manutenção da paz, tendo contribuído para tal promoção a proximidade dos povoados e a necessária junção de esforços para sobreviver diante da Coroa. A prioridade cultural do consenso comunitário em detrimento do individualismo e da beligerância formou a base da mediação (TARTUCE, 2018, p. 196).

Por fim, Fernanda Tartuce aponta outras culturas que utilizam de métodos alternativos à jurisdição:

A resolução informal e consensual de conflitos não se restringiu ao Oriente, podendo também ser encontrada em diversas outras culturas, como as de pescadores escandinavos, tribos africanas e em kibutzim israelitas; o elemento comum a todas é o primado da paz e da harmonia em detrimento do conflito, da litigância e da vitória (TARTUCE, 2018, p. 194).

Veja-se que a autora revela a importância da harmonia entre as partes, o que se coaduna com o novo paradigma da Justiça na Espanha do século XXI, conforme apontado por Helena Soletto, com a utilização do “multidoor courthouse”, com formas diferenciadas de resolução de conflitos, ao lado da jurisdição (SOLETO MUÑOZ, 2013, p. 33).

Aliás, sobre o desenvolvimento da mediação na Europa, Fernanda Tartuce observa seu histórico britânico e facilidade de disseminação nos países de língua inglesa:

Ao lado dos Estados Unidos, a mediação desenvolveu-se na Grã-Bretanha impulsionada pelo movimento “Parents Forever”, que focava a composição de conflitos entre pais e mães separados e ensejou a fundação do primeiro serviço de mediação, em 1978, na cidade de Bristol, pela assistente social Lisa Parkinson; como se tratava de projeto universitário que contou com estudantes de variadas localidades, logo a prática da mediação expandiu-se por toda a Inglaterra. Pela facilidade do idioma inglês, rapidamente a mediação desenvolveu-se também na Austrália e no Canadá (TARTUCE, 2018, p. 199).

Já na América Latina, aponta-se a década de 90 como estopim da introdução dos métodos autocompositivos no grupo de países:

Na América Latina, o desenvolvimento de “meios alternativos de solução de conflitos” ganhou atenção na década de 1990. Documento técnico editado pelo Banco Mundial em 1996 exortou a descentralização na administração da justiça com a adoção de políticas de mediação e justiça restaurativa (recomendação igualmente preconizada pelo Conselho Econômico e Social Nações Unidas, na Resolução n. 1.999/1996, para que os Estados contemplassem procedimentos alternativos ao sistema judicial tradicional). Além disso, na década de 1990 uma série de conferências sobre o tema passou a ser realizada em diferentes localidades da América Latina com vistas a sensibilizar os gestores de conflitos; as iniciativas, definitivamente, surtiram efeitos (TARTUCE, 2018, p. 199-200).

A citada Resolução nº 1.999/1996 mostra-se importante marco normativo internacional, aliado ao Documento Técnico nº 319/1996, do Banco Mundial, tratando a respeito do “Setor Judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma”, em que há destaque aos chamados Mecanismos Alternativos de Resolução de Conflitos:

O acesso à justiça pode ser reforçado através de mecanismos alternativos de resolução de conflitos (MARC). A morosidade, ineficiência e corrupção tem estimulado os litigantes a evitar completamente o sistema judiciário formal, optando pela resolução de conflitos extra-judicial. MARC podem proporcionar as partes métodos alternativos de resolução amigável de conflitos, distante da morosidade do sistema formal. Ao mesmo tempo, os MARC ampliam o acesso a grande parcela da população (DAKOLIAS, 1996, p. 38-39).

Posto esse breve histórico mundial, passa-se ao histórico dos métodos autocompositivos no Direito brasileiro.

3 HISTÓRICO NO BRASIL

No item acima consta que a história dos métodos autocompositivos na América Latina tem destaque na década de 1990, principalmente por influência de documentos emitidos pelo Banco Mundial e pela Organização das Nações Unidas, por meio do Conselho Econômico e Social (sigla ECOSOC, em inglês).

Entretanto, a história desses métodos, em especial a conciliação, é de tempos mais remotos (TARTUCE, 2018, p. 200-201).

Com efeito, a Constituição de 1824, importantíssimo documento legislativo no Direito brasileiro, marcando o início da vivência democrática no país:

[...] apesar da outorga que destinou ao país sua primeira carta constitucional, esta experiência duradoura de 67 anos (de 1824 a 1891) se caracterizou pela implantação de uma pioneira, embora incipiente, vivência democrática da Nação brasileira, no contexto do continente sul-americano, com dimensões continentais e unidades de crença e idioma (ARAÚJO, 2016, p. 122).

Embora tenha sido outorgada pelo Imperador Dom Pedro I, traz a previsão de independência do então chamado “Poder Judicial”, no Título 6º da Constituição do Império brasileiro. Os artigos 161 e 162 assim previam:

Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum.

Art. 162. Para este fim haverá juizes de Paz, os quaes serão electivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegem os Vereadores das Camaras. Suas attribuições, e Districtos serão regulados por Lei (BRASIL, 1824).

Esses dois artigos da Constituição do Império são importantes para marcar a previsão legal da chamada “reconciliação”. Alçada ao nível constitucional, até porque inexistentes códigos de processos à época, a redação do artigo 161 não imprime precisão terminológica à previsão de tentativa de reconciliação, previamente à propositura de processo judicial. Entende-se, portanto, que seja a previsão genérica de conciliação/mediação como condição de ação judicial, nas cortes e tribunais do Império.

Eram os juízes de paz, daquela época, os responsáveis pelas tentativas de conciliação, nos processos cíveis, conforme aponta Fábio Konder Comparato (2015, p. 10).

Nenhuma outra Constituição brasileira (1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969, 1988) previu algo semelhante aos artigos 161 e 162 da Constituição de 1824, qual seja, a obrigação de tentativa de conciliação previamente à proposição de ação judicial.

O que houve posteriormente foi a previsão constitucional de possibilidade da conciliação nas causas trabalhistas, conforme se observa dos seguintes dispositivos das Constituições de 1934 (art. 122), 1946 (arts. 122 e 123), 1967 (arts. 133 e 134) e 1969 (arts. 141 e 142). Aliado aos dispositivos constitucionais, Fernanda Tartuce aponta a primazia da área trabalhista na edição de regras esparsas sobre mediação (TARTUCE, 2018, p. 200).

Necessário pontuar, ainda, que a Constituição de 1937 é conhecida como a “constituição polaca”, responsável pela implantação do “Estado Novo”, outorgada e marcando o fim da Constituição de 1934, que foi responsável pelo estabelecimento do estado social brasileiro (ARAÚJO, 2016, p. 125). Foi na Constituição de 1937 que se previu em seu artigo 18, “d”, no sistema federativo, a possibilidade de os Estados legislarem a respeito de “organizações públicas, com o fim de conciliação extrajudiciária dos litígios ou sua decisão arbitral.” (BRASIL, 1937).

Já com a Constituição Federal de 1988, importante menção se fez à conciliação no instituído sistema dos Juizados Especiais e na Justiça de Paz, em seu artigo 98, I e II.

Este apanhado histórico constitucional revela, por um lado, a diminuição do papel da conciliação como condição da ação, no sistema de 1824, e, por outro lado, sua ampliação de aplicação à Justiça do Trabalho, Juizados Especiais e Justiça de Paz.

Já no sistema infraconstitucional, o direito processual civil brasileiro seguiu, enquanto colônia, às Ordenações do Reino (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas). O primeiro Código

de Processo Civil brasileiro pode ser considerado o Regulamento nº 737 do Império do Brasil (THEODORO JUNIOR, 2018, p. 56).

Em seguida, após fracassadas tentativas de códigos estaduais de processo, foi instituído pelo Decreto-Lei nº 1.608/1939 o primeiro código de processo civil nacional. Nele, a única previsão de “reconciliação” não remete, propriamente, aos métodos autocompositivos: seus artigos 644 e 646, que tratam sobre o desquite por mútuo consentimento, referem-se à reconciliação do casal, mais no sentido de desistência da ação de desquite.

Posteriormente, com a Lei nº 5.869/1973 foi instituído o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73). Tal código ampliou, sobremaneira, a previsão da conciliação.

Primeiramente, conforme consta no artigo 125, IV do CPC/73, compete ao juiz tentar conciliar as partes a qualquer tempo (BRASIL, 1973). Tal dispositivo foi incluído no Código pela Lei nº 8.952/1994 e encontra correspondência no artigo 139, V do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15). Neste código, porém, maior precisão terminológica foi adotada, fazendo constar como poder do juiz “promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais.” (BRASIL, 2015a).

Voltando ao CPC/73, importante mencionar a existência do Procedimento Sumário, em que se previa, para as causas previstas no artigo 275 do Código, a designação de audiência de conciliação, de modo semelhante com o procedimento adotado pelos Juizados Especiais Cíveis. No Procedimento Sumário do CPC/73, a audiência de conciliação era conduzida pelo juiz, podendo ser auxiliado por conciliador, e, se obtida a conciliação, esta seria reduzida a termo e homologada por sentença, conforme artigo 277, §1º (BRASIL, 1973). Caso não houvesse acordo, o réu deveria oferecer, na própria audiência, contestação, seguindo à fase de instrução processual, conforme o artigo 278 (BRASIL, 1973).

Segundo Humberto Theodoro Júnior (2018, p. 787), tal procedimento assimila-se ao processo civil francês, “para estimular a composição negocial dos litígios, que além de mais econômica era quase sempre melhor do que a imposta pela sentença.”

Ademais, no capítulo do CPC/73 que tratava sobre a audiência de instrução e julgamento, após o saneamento do processo, estava previsto que “antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo”, conforme artigo 448 (BRASIL, 1973).

Por fim, o CPC/73 previa a possibilidade de designação de audiência de conciliação no caso de interposição de embargos do devedor, nos processos de execução – artigo 740 (BRASIL, 1973).

Feito esse breve histórico dos métodos autocompositivos no Brasil, no direito constitucional e processual civil, passa-se à análise das previsões legais dos métodos autocompositivos na atualidade brasileira.

4 MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS NA ATUALIDADE

Conforme aponta Nunes, vários países, incluindo o Brasil, estão dando atenção cada vez maior aos métodos autocompositivos de resolução de conflitos:

Apesar da falta de tradição, as mais variadas formas autocompositivas, milenares nas sociedades orientais e populações tradicionais, começaram a reaparecer com força na sociedade ocidental, sobretudo a partir da segunda metade do século passado, e hoje é uma realidade muito significativa em diversos países, cada vez mais incentivadas até por organismos internacionais, em razão das dificuldades do Estado em cuidar da prestação jurisdicional, para dar a cada um aquilo que é seu e conferir harmonia nas relações sociais (NUNES, 2016, p. 32).

A adoção desses métodos, para o autor, é um meio para diminuir o volume de causas levadas ao Estado, por vezes, ineficiente.

Nesse sentido, para além dos já citados Resolução nº 1.999/1996 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas e Documento Técnico nº 319/1996 do Banco Mundial, podem ser citados 3 importantes marcos internos para os métodos autocompositivos na atualidade brasileira: a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) e o CPC/15.

A Resolução nº 125/2010 do CNJ instituiu no Brasil a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, sendo paradigma da questão no país:

O momento de quebra de paradigmas das inovações legislativas que ampliaram o sistema multiportas, colocados à disposição do cidadão para a resolução dos conflitos por meios que lhes sejam mais adequados, iniciou-se com a Res. CNJ 125/2010 (NUNES, 2016, p. 35).

Com efeito, a referida resolução foi importante para a mudança das formas de resolução de conflitos no direito brasileiro.

Apesar de, como já visto, a história dos métodos autocompositivos ser de longa data, o monopólio da jurisdição como método tradicional de resolução de conflitos está perdendo forças, graças ao incentivo à utilização de meios ditos alternativos.

Tal resolução, pioneira, foi alterada posteriormente pela Resolução nº 326/2020 do CNJ, fazendo constar no parágrafo único do artigo primeiro:

Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Código de Processo Civil de 2015, combinado com o art. 27 da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei de Mediação), antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão (CNJ, 2010).

A resolução prevê que os Tribunais do país devem oferecer outros métodos de soluções de controvérsias, alternativos à jurisdição, priorizando os meios consensuais, em especial a mediação e a conciliação.

Sobre a conciliação e a mediação, já diferenciadas no item 2 deste artigo, a Lei nº 13.140/2015 é referencial desta, sendo apontada como resposta à crescente judicialização vivenciada após a promulgação da Constituição Federal de 1988:

[...] A Lei 13.140, de 26.06.2015 representou o marco legal para a mediação no Brasil, “como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública” (LM 1º caput). [...] Justifica-se. A partir dos anos noventa tivemos uma explosão de processos judiciais no país, muitos ajuizados como reflexos da Constituição-cidadã de 1988 (NUNES, 2016, p. 36).

O autor apresenta, ainda, que, em que pese a vigência da Lei nº 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais), no Brasil não se abandonou a “tradição romana de gladiadores em busca da contenda e o perfil burocrático dos formalismos complexos” (NUNES, 2016, p. 36), contrários aos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade dos Juizados Especiais.

Assim é que, para o autor, a substituição da cultura do litígio pela cultura do diálogo e do acordo é importante para maior efetividade e acesso a Justiça (NUNES, 2016, p. 37).

Nesse sentido é que o Código de Processo Civil de 2015 inova ao trazer mais arraigado a cultura do acordo. Humberto Theodoro Júnior (2018, p. 63), ao comentar a respeito das inovações do CPC/15, aponta que a prática da justiça coexistencial consubstanciada na mediação, conciliação e juízo arbitral corresponde a norma fundamental do novo código.

Aliás, como poder do juiz, está no artigo 139, V do CPC/15 que incumbe ao magistrado “promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais.” (BRASIL, 2015a).

Ademais, o CPC/15 prevê 3 tipos de audiência no procedimento comum: I) audiência de conciliação ou de mediação; II) audiência de saneamento e III) audiência de instrução e julgamento (THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 822), sendo a primeira a que interessa ao presente artigo, assim definida por Humberto Theodoro Júnior:

A audiência preliminar de conciliação ou de mediação é ato integrante do procedimento comum, só não sendo observado nas causas em que a autocomposição não for admissível nos termos da lei. Assim, ainda que o autor manifeste, expressamente na petição inicial, desinteresse pela autocomposição, o juiz a despachará designando dia e hora para sua realização. Esse ato conciliatório somente não será realizado se o réu aderir ao desinteresse do autor em petição posterior à citação e anterior à audiência. O autor, portanto, não tem o poder de, isoladamente, impedir ou evitar a audiência. Sem a adesão do réu, a sessão ocorrerá necessariamente. Da mesma forma, o demandado também não tem poder de impedi-la pela só manifestação individual de desinteresse. Nem uma

nem outra parte têm possibilidade de, sozinha, escapar da audiência preliminar (THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 822).

Vê-se que o CPC/15 acentuou a exigência de tentativa de solução do conflito pelo meio autocompositivo, a ponto de não se realizar a audiência de conciliação e mediação quando não permitida por lei, ou quando ambas as partes manifestarem desinteresse, nos termos do artigo 334 do CPC/15:

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.

§ 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

§ 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.

§ 3º A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.

§ 4º A audiência não será realizada:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II - quando não se admitir a autocomposição.

§ 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

§ 6º Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.

§ 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.

§ 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.

§ 9º As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos.

§ 10. A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir.

§ 11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença.

§ 12. A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte (BRASIL, 2015a).

Tal disposição guarda muito semelhança com o já mencionado artigo 161 da Constituição de 1824, que apenas permitia o acesso à jurisdição se provado que houve tentativa prévia de conciliação.

Ademais, maior número de dispositivos do CPC/15 prevê hipóteses de autocomposição

e seu estímulo. Veja-se o artigo 154, VI e parágrafo único do CPC/15: dispõe que o Oficial de Justiça, no cumprimento dos mandados judiciais, deve certificar se houve proposta de acordo pela parte, devendo a parte contrária ser intimada acerca de eventual proposta. Além disso, a criação dos centros judiciários de solução consensual de conflitos (artigo 165 e seguintes do CPC/15) é importante ao especializar a mediação e a conciliação, em centros próprios para essa finalidade, com a devida formação de conciliadores e mediadores judiciais.

Por fim, a importância da autocomposição elevou à condição de título executivo judicial, com todas suas implicações, as decisões que homologam as autocomposições judiciais e extrajudiciais (artigo 515, II e II do CPC/15), permitindo, inclusive, a realização de acordo que envolva sujeito estranho ao processo, e mesmo versando sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo, conforme artigo 515, §2º do CPC/15 (BRASIL, 2015a).

Assim, atualmente, no Brasil, os métodos autocompositivos gozam de grande prestígio, especialmente a conciliação e a mediação. E tal foi possível graças à paulatina inserção desses métodos na legislação processual, até o CPC/15, “para estimular a composição negocial dos litígios, que além de mais econômica era quase sempre melhor do que a imposta pela sentença.” (THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 787).

CONCLUSÃO

No decorrer da pesquisa identificaram-se duas formas de solução dos conflitos gerados na sociedade: os meios heterocompositivos e autocompositivos. Aqueles são marcados pela presença de um terceiro, com a função de dirimir o conflito entre as partes, como ocorre na tradicional jurisdição, bem como na arbitragem. Já os meios autocompositivos são marcados pela atuação das partes com a finalidade de atingirem uma solução da controvérsia, podendo serem assistidas por terceiros como mediadores, conciliadores e, até mesmo, no Brasil, pela Advocacia Geral da União (AGU), no caso da transação por adesão.

Aliás, os métodos autocompositivos no Brasil foram identificados como sendo: I) transação por adesão; II) negociação; III) mediação e IV) conciliação. Dentre essas possibilidades, maior destaque se dá, na doutrina e na legislação, aos últimos dois.

Assim é que se identifica a resposta ao problema da pesquisa: a forma como foram introduzidos os métodos autocompositivos de resolução de conflitos no Brasil deu maior destaque à conciliação e à mediação, na medida em que foram essas as denominações que prevaleceram quando da edição do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15).

Em que pese na Lei 13.140/2015 haja previsão da transação por adesão, trata-se de fenômeno mais isolado, possível apenas em conflitos que envolvam a Administração Pública Federal Direta, suas Autarquias e Fundações.

Ademais, no artigo 334 do CPC/15, é possível identificar um retorno à previsão do artigo 161 da Constituição do Império do Brasil (Constituição de 1824), exigindo das partes, ao menos,

a tentativa de conciliação. A diferença é que, na época do Império, a tentativa de conciliação era condição para a propositura de ação judicial, enquanto no atual sistema processual, a tentativa de conciliação, em que pese possa ser feita extrajudicialmente, será realizada após a propositura da ação, a não ser nos casos proibidos por Lei, ou havendo manifestação de desinteresse na realização da audiência de conciliação/mediação por ambas as partes.

Além disso, o CPC/15 manteve como poder do juiz a promoção da conciliação das partes, a qualquer tempo do processo, fazendo constar ainda que a decisão que homologa autocomposição, judicial ou extrajudicial, é considerada título executivo judicial, destacando a executoriedade dos acordos firmados entre as partes, sendo a jurisdição utilizada para formação do título executivo (por meio da homologação), sendo o mérito da causa deduzido e resolvido pelas próprias partes em conflito.

Desta forma, identificou-se no direito brasileiro crescente importância aos métodos autocompositivos de resolução de conflitos. A história revelou-se antiga na adoção desses meios, mesmo com hiato no Ocidente, apegado à tradição romana de litigância, mas disposta à adoção de métodos alternativos, e disso são testemunhas, no Brasil, as Leis nº 13.105/2015 e 13.140/2015.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. **Revista de Processo**, Brasília, v. 6, n. 1, p. 93-116, set. 2011.

ARAÚJO, Francisco Régis Frota. A experiência constitucional brasileira e a democracia: as constituições históricas, ou seja, da Carta Imperial de 1824 à Constituição Cidadã de 1988. In: Linhares EA, Segundo HBM, organizadores. **Democracia e Direitos Fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides**. São Paulo: Atlas, 2016.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.

DAKOLIAS, Maria. O setor judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma. Washington: Banco Mundial, 1996. (**Documento Técnico nº 319**).

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução nº 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. Brasília, DF: CNJ, 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156>. Acesso em: 5 jan. 2021.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 22 jan. 2021.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/

Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 22 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 22 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília, DF: Presidência da República, 2015b. Disponível em: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 22 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impresao.htm. Acesso em: 22 jan. 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. O poder judiciário no Brasil. **Caderno IHUideias**, São Leopoldo, ano 13, n. 222, p. 10, 2015.

FOLBERG, Jay; TAYLOR, Alison. **Mediación**: resolución de conflictos sin litigio. México: Limusa, 1996.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria geral da jurisdição**. Salvador: Juspodivm, 2020.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de. **Manual dos MESCS**: meios extrajudiciais de solução de conflitos. Barueri: Manole, 2016.

HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

KEPPEN, Luiz Fernando Tomasi; MARTINS, Nadia B. **Introdução à resolução alternativa de conflitos**. Curitiba: JM, 2009.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

NETTO, Adyr Garcia Ferreira. Do estado de natureza ao governo civil em John Locke. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 2, n. 2, p. 75-90, ago. 2007. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11457/10193>. Acesso em: 3 jan. 2021.

NUNES, Antônio Carlos Ozório. **Manual de mediação**: guia prático da autocomposição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

SOLETO MUÑOZ, Helena. **Mediación y resolución de conflictos**: técnicas y ámbitos. Espanha: Editora Tecnos, 2013.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Poder judiciário**: crise, acertos e desacertos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**. São Paulo: Palas Athena, 2008.

Como citar: SANTOS, Pedro Henrique; LEITE, Ana Paula Parra. Histórico dos métodos autocompositivos no direito brasileiro. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 3, p. 85-103, dez. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n3p.85. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 23/02/2022

Aceito em: 28/11/2022

O DISTANCIAMENTO ENTRE O JUDICIÁRIO E A SOCIEDADE: A NECESSIDADE DE UMA REVOLUÇÃO DEMOCRÁTICA DE ACESSO À JUSTIÇA

DISTANCE BETWEEN THE JUDICIARY AND
SOCIETY: THE NEED FOR A DEMOCRATIC
REVOLUTION OF ACCESS TO JUSTICE

Ariel Sousa Santos*

Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza**

*Graduando em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT, Aracaju (SE-BR). Integrante do Grupo de Pesquisa Direito Público, Educação Jurídica e Direitos Humanos na Contemporaneidade. E-mail: ariels187@gmail.com

**Professora Titular de Graduação e Pós-graduação da Universidade Tiradentes, Aracaju (SE-BR). Pós-Doutoranda em Direito pela Mediterranea International Centre for Human Rights Research dell'Università Mediterranea di Reggio Calabria (Itália). Pós-Doutora em Direito e Doutora em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia-UFBA. Doutora em Educação e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Sergipe - UFS. Especialista em Combate à corrupção: prevenção e repressão aos desvios de recursos públicos pela Faculdade Estácio CERS. Especialista em Direito do Estado e Especialista em Direito Municipal pela UNIDERP. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Tiradentes - UNIT. Especialista em Auditoria Contábil pela Universidade Federal de Sergipe - UFS. Líder do Grupo de Pesquisa em Direito Público, Educação Jurídica e Direitos Humanos - DPEJDH/UNIT/CNPq. Conferencista. Autora de artigos e Livros Jurídicos (23 obras - 3 individuais e 20 coletivas). Diretora Técnica do Tribunal de Contas de Estado de Sergipe. Advogada, contadora, jornalista. Master Coaching e Mentoring Advice Humanizado. Membro da Academia Sergipana de Educação, da Academia Sergipana de Letras, da Academia Sergipana de Ciências Contábeis, da Academia Itabaianense de Letras e do Instituto Histórico e Geográfico de Sergipe. Membro da Associação Sergipana de Imprensa. Recebeu a comenda do mérito trabalhista em 2007. Foi a primeira Mulher Diretora-Geral do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe. Lecionou como professora substituta na Universidade Federal de Sergipe, durante dois anos. E-mail: patncss@gmail.com

Comocitar: SANTOS, Ariel Sousa; DESOUSA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral. O distanciamento entre o judiciário e a sociedade: a necessidade de uma revolução democrática de acesso à justiça. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 17, n. 3, p. 104-126, dez. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n3p. 104. ISSN: 1980-511X

Resumo: Em um Estado Democrático de Direito, a assistência jurídica integral e gratuita é um direito que deve ser assegurado a todos, como dispõe o Art. 5, inciso LXXIV, da Constituição Federativa do Brasil de 1988. Todavia, o distanciamento entre a sociedade e o Poder Judiciário intensifica os índices de desigualdade social e ocasiona um desrespeito aos direitos humanos e aos direitos fundamentais. Desse modo, esta pesquisa justifica-se em razão do seu caráter social e da sua abrangência nacional, visto que a problemática de acesso à Justiça está presente em todo o território brasileiro e atinge, em especial, a população hipossuficiente economicamente. Em vista disso, a presente pesquisa se proponha a analisar a necessidade de uma Revolução Democrática de Acesso à Justiça no Brasil. Outrossim, no que concerne à metodologia empregada, a natureza de pesquisa é básica, os objetivos da pesquisa são descritivos-explicativos e o procedimento técnico empregado é bibliográfico. À guisa de conclusão, uma Revolução Democrática de Acesso à Justiça poderá ser promovida acabando ou reduzindo a excessiva burocratização e a morosidade sistêmica, fortalecendo as instituições públicas de prestação jurisdicional, como a Defensoria Pública, e promovendo o acesso ao direito à assistência jurídica integral e gratuita.

Palavras-chave: assistência jurídica integral e gratuita; burocratização; morosidade sistêmica; poder judiciário; revolução democrática de acesso à justiça.

Abstract: In a Democratic State of Law, full and free legal assistance is a right that must be guaranteed to all, as provided in Art. 5, item LXXIV, of the Federative Constitution of Brazil of 1988. However, the distance between society and the Judiciary intensifies the rates of social inequality and causes a disrespect for human rights and fundamental rights. Thus, this research is justified because of its social character and its national scope, since the problem of access to justice is present throughout the Brazilian territory and affects, in particular, the economically disadvantaged population. In view of this, the present research proposes to analyze the need for a Democratic Revolution of Access to Justice in Brazil. Furthermore, with regard to the methodology used, the nature of the research is basic, the research objectives are descriptive-explanatory and the technical procedure employed is bibliographic. By way of conclusion, a Democratic Revolution of Access to Justice can be promoted by ending or reducing excessive bureaucratization and systemic slowness, strengthening public institutions of jurisdictional provision, such as the Public Defender's Office, and promoting access to the right to full and free..

Keywords: bureaucratization; comprehensive and free legal assistance; democratic revolution of access to justice judicial power; systemic morosity.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho mostrará que uma Revolução Democrática de Acesso à Justiça aproximará a sociedade e o Poder Judiciário, pois se terá a efetivação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, e a consequente redução das desigualdades sociais. Para isso, é imprescindível acabar ou reduzir a excessiva burocratização e morosidade sistêmica no Poder Judiciário, que, dentre outros fatores, o afasta da sociedade; fortalecer as instituições públicas que buscam a prestação jurisdicional adequada, como a Defensoria Pública; e promover o acesso pleno e efetivo ao direito e serviço à assistência jurídica integral e gratuita.

Dito isso, é indispensável apresentar a motivação desta pesquisa, ou seja, mostrar a sua importância e a razão pela qual este assunto merece atenção (BOAVENTURA, 2007). Nessa conjuntura, este tema foi escolhido por ser uma problemática de caráter social e de abrangência nacional, visto que afeta a população de todo o Brasil, especialmente os indivíduos economicamente vulneráveis, ou seja, aqueles que têm dificuldades no acesso à Justiça.

Com isso, questiona-se: de que forma pode ser promovida uma Revolução Democrática de Acesso à Justiça, de modo que aproxime a sociedade e o Poder Judiciário e efetive o direito à assistência jurídica integral e gratuita?

Ademais, no que concerne ao objetivo geral do presente trabalho, analisar-se-á como o “fenômeno” do distanciamento entre o Poder Judiciário e a sociedade pode ser enfrentado por meio de uma Revolução Democrática de Acesso à Justiça. No que diz respeito aos objetivos específicos, buscar-se-á apresentar a relação entre o Poder Judiciário e o acesso à assistência jurídica integral; averiguar-se-á os diferentes conceitos e percepções acerca da Justiça diante dos direitos humanos e dos direitos fundamentais; e, por derradeiro, comprovar-se-á a necessidade de uma Revolução Democrática de Acesso à Justiça pelo Poder Judiciário.

Nesse toar, quanto à metodologia científica, empregou-se a natureza da pesquisa básica, objetivando gerar conhecimentos novos dentro de campos específicos. Quanto a forma de abordagem do problema é qualitativa, ou seja, haverá a interpretação dos fenômenos e a atribuição de significados. Em relação aos objetivos da pesquisa, serão descritivos-explicativos, visto que descreverão características do objeto em estudo e identificarão os fatores que colaboram para a ocorrência de determinados fenômenos. Por fim, sobre o procedimento técnico empregado, a pesquisa será bibliográfica, já que será elaborada a partir de material publicado.

1 O PODER JUDICIÁRIO E O DIREITO À ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA

Em primeiro momento, explanar-se-á acerca da assistência jurídica integral e gratuita, direito assegurado pelo constituinte originário no Art. 5, inciso LXXIV, da Constituição Federal de 1988, cabendo, a seguir, fazer uma distinção entre a justiça gratuita, a assistência judiciária e a

assistência jurídica integral e gratuita.

O Art. 5, inciso LXXIV, da Magna Carta de 1988 assevera que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a todos a prestação, pelo Estado, da assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (BRASIL, 2007).

Em linhas gerais, a justiça gratuita é a dispensa de antecipação das despesas do processo e a inexigibilidade das verbas de sucumbência. Já a assistência judiciária é o patrocínio gratuito da causa por advogado (MATHEUS, 2017), é, portanto, um serviço público organizado oferecido pelo Estado, e que pode também ser exercido por entidades não-estatais (MARCACINI, 2001). Quanto ao significado e abrangência do serviço e direito de assistência jurídica integral e gratuita pode ser considerada como uma esfera que defende, individual e coletivamente, em sede judicial e extrajudicial, os direitos e as garantias dos grupos mais vulneráveis da sociedade, exigindo do Estado a atuação positiva na efetivação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais sonogados (MATHEUS, 2017).

Nesse passo, cumpre delimitar que, ao analisar a necessidade de uma Revolução Democrática de Acesso à Justiça, a presente pesquisa tratará especificadamente a respeito da assistência jurídica integral e gratuita, pois o legislador constituinte determinou no Art. 5, inciso LXXIV, da Carta Maior de 1988, que o Estado garanta a assistência jurídica integral e gratuita a quem necessitar, e para ter acesso a esse tipo de serviço essencial o cidadão deve comprovar insuficiência de recursos (NUNES, 2004). Assim, a assistência jurídica integral e gratuita é um direito que deve ser oferecido pelo Estado de forma integral e de qualidade para aqueles indivíduos que são economicamente hipossuficientes, comprometendo-se com a dignidade da pessoa humana, da cidadania plena e da inclusão social (BELINATI, 2014).

Nesse passo, diferentemente da assistência judiciária, prevista no texto constitucional anterior, a assistência jurídica integral e gratuita é mais abrangente, já que abarca a consultoria e atividade jurídica extrajudicial em geral. Agora, o Estado deve promover a assistência legal, prestando informações e orientações jurídicas às pessoas hipossuficientes economicamente, as quais são o público alvo da Revolução Democrática de Acesso à Justiça, pois possuem pouca suficiência ou carência de recursos financeiros para custear as despesas concernentes ao acesso à Justiça. Assim sendo, diante do novo texto constitucional de 1988, passou a ser obrigação do Estado propor ações e defender todos aqueles que se encontram em comprovada situação de vulnerabilidade econômica nas ações em face deles propostas (NERY JÚNIOR, 1996).

Desse modo, vislumbra-se que os termos justiça gratuita, assistência judiciária e assistência jurídica integral e gratuita diferem-se entre si, uma vez que a justiça gratuita é a dispensa de antecipação das despesas do processo e a inexigibilidade das verbas de sucumbência, a assistência judiciária é o patrocínio gratuito da causa por advogado, já a assistência jurídica integral e gratuita é um serviço que defende os direitos e as garantias individuais e coletivas da população hipossuficiente economicamente. A assistência jurídica integral e gratuita, dentro de Estado Democrático de Direito, deve ser assegurada para todos, pois promove a proteção da dignidade da pessoa humana e redução das desigualdades sociais.

Nessa conjuntura, destaca-se que de acordo com a coleta de dados realizada pelo Banco Mundial (*World Bank*) em 2020, o Brasil é um dos países mais desiguais do mundo quando se trata da distribuição de renda entre seus habitantes (WORLD BANK, 2020). Em 2018, este país já ocupava o 156º lugar entre os países com mais desigualdades. Outra forma de desigualdade é a relacionada ao rendimento médio habitual mensal do trabalho. A desigualdade presente na economia torna-se evidente quando o rendimento do trabalho é analisado segundo o recorte por posição na ocupação. Em 2019, o valor mais elevado foi observado na categoria Empregador (R\$ 6.076), e o mais baixo em Trabalhadores domésticos sem carteira (R\$ 755). Os demais Trabalhadores domésticos (R\$ 1.266), os Empregados sem carteira (R\$ 1.511) e os Trabalhadores por conta própria (R\$ 1.660) foram as outras três categorias que tiveram rendimentos médios abaixo da média (IBGE, 2020). Ademais, em relação a desigualdade econômica entre os sexos, em 2019, enquanto o nível de ocupação dos homens foi 65,5%, o das mulheres foi 46,1% (IBGE, 2020).

Em face dos dados apresentados vislumbra-se que a desigualdade é uma realidade marcante em todo o Brasil, e que é parte de uma sociedade fundada na divisão de classes, onde há restrições de oportunidades às minorias (LOPEZ, 2020).

Outrossim, é primoroso fazer uma explanação acerca do Poder Judiciário como um instrumento de combate às desigualdades sociais que promove o acesso ao direito à Justiça, pois impõe limites ao poder absoluto do Estado, impede a concentração de poder político e, ao fazer cumprir a lei na resolução de prováveis conflitos sociais, assegura a proteção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, garantias inerentes à pessoa humana.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 determinou a criação do Poder Executivo, do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. Ainda, o Art. 6 deste mesmo diploma legal estabeleceu que deveria haver uma independência e uma harmonia entre os mencionados poderes (BRASIL, 1891). Neste mesmo sentido, a Constituição Federal de 1988, em seu Art. 2, dispõe acerca da tripartição dos poderes ao prever que são pertencentes à União e aos Estados, e que são independentes e harmônicos entre si (BRASIL, 2007).

No Brasil, dentro de um modelo de sistema constitucional, o Poder Judiciário é um dos poderes do Estado. Este modelo de sistema foi criado para limitar o poder absoluto e para garantir que os direitos sociais sejam cumpridos e respeitados integralmente, evitando-se a concentração de poder político em poucas mãos. É nesta ótica do Estado Democrático de Direito e neste modelo de organização do Estado que se insere a atuação do Poder Judiciário (RIGHETTI; ALAPANIAN, 2006).

Em um Estado Democrático de Direito, a cidadania e a garantia de direitos e garantias estão relacionadas à posição do indivíduo na sociedade. No período áureo do liberalismo, entre 1800 e 1914, a tutela legal dos direitos individuais era pertencente unicamente aos proprietários. Neste período o Poder Judiciário tinha como função primordial preservar a propriedade privada, conferir e assegurar a eficácia aos direitos humanos e aos direitos fundamentais individuais e coletivos, garantir as liberdades políticas e afirmar o império da lei, protegendo os cidadãos contra

os abusos de poder do Estado (FARIA, 2001).

Entre os **séculos** XIX e XX ocorreu o enfraquecimento das bases materiais de sustentação dos argumentos liberais. Com isso, as elites político-econômicas começaram a reconhecer os limites do mercado a partir da vivência da crise de 1929/1933. Em todo o globo foram adotadas políticas de Seguridade Social, com contribuições de trabalhadores e patrões. Nos países capitalistas esse modelo de Estado desenvolveu-se a partir da reconstrução econômica e social do capitalismo com geração de emprego, renda e formas de bem estar (RIGHETTI; ALAPANIAN, 2006).

No período em que o modelo de Estado de Bem Estar Social vigorou, houve a ampliação dos direitos sociais e do acesso popular à assistência jurídica integral. Em decorrência disto, ampliou-se as funções do Estado e do Poder Judiciário. Poder Judiciário, inclusive, passou a atuar como um instrumento de efetivação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, e de enfrentamento das desigualdades sociais (RIGHETTI; ALAPANIAN, 2006); todavia, ele ainda prioriza os aspectos lógicos, formais, racionais e normativos de inspiração liberal (CAMPILONGO, 1998).

A crise dos anos 70 do século XX mostrou as consequências negativas do capitalismo. Com isso, as políticas estatais defendidas pelo Estado de Bem Estar Social, deixaram de ser viáveis. Ocorreu o encolhimento do Estado e a redução de investimentos em serviços sociais (RIGHETTI; ALAPANIAN, 2006). Os três poderes, então, promoveram cortes drásticos em suas políticas públicas, fugindo das suas obrigações sociais (FARIA, 1998). Deste jeito, as políticas neoliberais foram vistas como uma saída para a crise do capitalismo na contemporaneidade (RIGHETTI; ALAPANIAN, 2006).

Nessa conjuntura, o precário sistema de proteção social público **não é suficiente para** responder às manifestações da pobreza e da exclusão social, pois, se de um lado a distância entre os excluídos e incluídos se intensifica cada vez mais, do outro essa distância nunca foi tão pequena, visto que os incluídos estão ameaçados de perder os direitos adquiridos ao longo das décadas (WANDERLEY, 1997).

Neste contexto, as violações aos direitos fundamentais e aos direitos humanos se tornaram objeto de intervenção do Poder Judiciário, o qual busca garantir à população a assistência jurídica integral e gratuita.

Sendo assim, sob um enfoque técnico, é imprescindível explanar acerca das diferenças conceituais entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, e, com isso, apresentar os motivos pelos quais o presente trabalho entendeu por bem diferenciá-los, apresentando considerações pertinentes a respeito.

De um lado, os direitos humanos buscam atingir a conciliação entre os direitos do indivíduo e os da sociedade e assegurar um espaço legítimo para a democracia, podendo, ainda, serem definidos como um conjunto de direitos e de garantias, cuja finalidade principal é o respeito a sua dignidade, com proteção ao poder do Estado (SILVA, 2009) e a garantia das condições mínimas ao bem estar e ao desenvolvimento pleno dos seres humanos (ALVES; FERNANDES; GOLDIM, 2017). Os direitos humanos, desse modo, **são** inerentes a qualidade de homem de seus titulares, sendo um conjunto de direitos essencial para uma vida digna pautada na liberdade, igualdade e

dignidade (RAMOS, 2020).

Do outro lado, os direitos fundamentais são disposições declaratórias que imprimem e instituem a existência legal aos direitos reconhecidos (MORAES, 2007). São os direitos do homem jurídico-institucionalizadamente garantidos, e que estão objetivamente vigentes em uma ordem jurídica concreta, reconhecendo, no plano jurídico, a existência de uma prerrogativa fundamental do cidadão (PIOVESAN, 2007). Eles nascem com o indivíduo, preexistindo a todas as instituições políticas e sociais, não podendo ser retirados ou restringidos pelas instituições governamentais, as quais devem protegê-los e assegurá-los (SILVA, 2009), já que são fundamentados nos atributos da pessoa humana (FERREIRA FILHO, 2005).

Dito isso, os direitos humanos e os direitos fundamentais distinguem-se entre si, pois os direitos fundamentais, os quais estão positivados no ordenamento jurídico, são um arcabouço de direitos e de garantias cuja observância assegura a preservação da dignidade humana. Os direitos humanos, por outro lado, são declarações que institucionalizam a existência legal aos direitos reconhecidos, pertencendo à pessoa humana apenas pelo fato de ter nascido, estando previstos em documentos internacionais. Nessa perspectiva, o motivo pelo qual foi feita esta diferenciação é que a presente pesquisa entende que o acesso a assistência jurídica integral e gratuita, assegurada pela Carta Maior de 1988 e pela Convenção Americana de Direitos Humanos, pode ser considerado como um direito fundamental e, também, como um direito humano, malgrado, como dito, sejam termos que se diferenciam entre si.

O acesso à assistência jurídica integral e gratuita tem figurado nos catálogos de direitos fundamentais, assim reconhecido pela Constituição Federal de 1988, em seu Art. 5, inciso LXXIV (PAROSKI, 2008). Ademais, o acesso à assistência jurídica integral e gratuita tem um caráter de direito humano, pois é um direito que está previsto no Art. 8, 1, da Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969), o qual foi incorporado no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992 (BRASIL, 1992). O acesso à assistência jurídica integral e gratuita, desse modo, pode ser apontado como um direito humano e fundamental que deve ser assegurado pelo Estado para que haja uma Revolução Democrática de Acesso à Justiça.

Outrossim, viu-se, ao analisar-se a justiça gratuita, a assistência judiciária e a assistência jurídica integral e gratuita, que este termo se mostra distinto e mais amplo do que aqueles, tendo em vista que a assistência jurídica integral e gratuita está assegurada na atual Constituição Federal de 1988, como sendo uma ferramenta legal que deve ser promovida e fomentada pelo Estado para que se tenha uma defesa efetiva dos direitos e das garantias sociais. Nesse sentido, observou-se que o Poder Judiciário é um instrumento de combate aos problemas sociais que assegura o acesso a assistência jurídica integral e gratuita, direito pertencente à todos.

Destarte, dentro de um Estado Democrático de Direitos uma das funções do Poder Judiciário é efetivar e assegurar os direitos humanos e os direitos fundamentais, evitando possíveis violações e combatendo as desigualdades sociais. A sua plena observância, por conseguinte, reflete positivamente no acesso justo e igualitário ao direito à assistência jurídica integral e gratuita.

No entanto, o Poder Judiciário é limitado a aspectos lógicos, formais, racionais e normativo que prejudicam a democratização da Justiça. Com isso, a seguir serão analisados os conceitos de Justiça, e será averiguado se os direitos humanos e os direitos fundamentais se encontra disponível para todos, de forma igualitária.

2 A JUSTIÇA FRENTE AOS DIREITOS HUMANOS E AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ENTRAVES AO ACESSO À ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA

Dentro de uma visão utilitarista, a Justiça é concretizada através da efetivação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, o que pode ser feito por meio da disponibilização dos serviços públicos prestados pelo Poder Judiciário.

Em uma perspectiva distributiva ou igualitária, por outro lado, tem-se com a Justiça uma pré-compreensão desse fenômeno que remete ao que é justo. Há uma correlação entre o justo e o tratamento igualitário. A igualdade se estabelece no âmbito de uma relação entre duas coisas, propriedades ou pessoas; em segundo lugar, essa relação é orientada por uma ideia de semelhança. De fato, homens e mulheres ostentam compleições físicas distintas, mas isso não afasta a necessidade de reconhecê-los como iguais para fins de percepção de um mesmo salário, quando desempenham a mesma função, por exemplo (CUNHA, 2013). Desse modo, a Justiça remete à aplicação das mesmas normas e regras a um certo grupo de pessoas que fazem parte daquele grupamento real (HELLER, 1998).

Aristóteles apresentava múltiplas perspectivas da Justiça, dentre elas a distributiva, estabelecendo um meio termo na distribuição dos bens entre as pessoas, de conformidade com um critério preestabelecido. Noutras palavras, as coisas devem ser distribuídas igualmente entre as pessoas, guardando uma proporção determinada por algum critério referencial (CUNHA, 2013). Assim, o justo, no sentido da Justiça distributiva, deve ser um “termo médio” (o justo se constitui como o meio termo entre o demasiado e o muito pouco), “algo igual” (é a igualdade entre duas coisas) e “algo relativo” (enquanto relação, é justo para as referidas pessoas) (WÖLFEL, 2010, p. 105).

Nesse sentido, para que se tenha uma sociedade justa e igualitária deve haver uma cooperação entre os indivíduos livres e iguais. Para John Rawls, a Justiça como equidade deve ser entendida como uma perspectiva política de Justiça e que somente é possível ser vista em uma sociedade cooperativa, onde os cidadãos, além de serem livres e iguais, estão dispostos a cooperarem entre si de forma recíproca (RAWLS, 1985), para que seja possível transformar a sociedade mais justa e equânime (RAWLS, 1993).

Com isso, dentro de uma perspectiva distributiva ou igualitária, na qual se procura trabalhar a Justiça a partir da diretriz da equidade, amparado em valores de relevância social, infere-se que a Justiça pressupõe um tratamento igualitário entre as pessoas, as quais devem cooperar entre si para assegurarem uma pacificação social de modo justo.

A ideia de Justiça é uma das mais antigas da tradição ocidental, remontando-se à Grécia Antiga, é um tema difuso e pouco assimilado no debate hodierno (RIBEIRO, 2017). Assim, conceitua-se a Justiça como um estado ideal de interação social em que há um equilíbrio razoável e imparcial entre os interesses pessoais e coletivos entre os indivíduos que compõem um grupo social (LUMER, 2005).

Dessa forma, infere-se que a Justiça possui conceitos abstratos que variam de acordo com o contexto social, com a época e com as interpretações que são dadas pelos estudiosos, sendo necessário, por conseguinte, analisar as diferentes definições acerca da Justiça que foram construídas durante a Grécia Antiga, a Idade Média e a Idade Moderna.

Aristóteles conceituava a Justiça como o tratamento idêntico entre os iguais, e desigual entre aqueles que se encontravam em condições distintas. Para esse filósofo da Grécia Antiga, há precisão no conceito de Justiça, sendo muitas vezes definido de acordo com o entendimento subjetivo de cada um do que é ser injusto, ou seja, há uma maior facilidade em identificar uma situação injusta do que uma justa (ARISTÓTELES, 2011).

Com uma percepção distinta, para Platão, somente haverá Justiça quando houver uma harmonia social. Em outras palavras, o indivíduo é considerado justo quando há uma observância e respeito às leis. Para o filósofo e matemático, o conceito de Justiça engloba aspectos coletivos e individuais, visto que diz respeito a uma condição de harmonia necessária diante de um conflito envolvendo uma única pessoa ou uma comunidade (A REPÚBLICA..., 2000).

Outrossim, partindo para os pensamentos construídos durante a Idade Média, para São Tomás de Aquino, adepto da Teoria do Direito Natural, a Justiça é a vontade em dar a cada um o que é seu (*suum cuique tribuere*), classificando-a como comutativa, distributiva e legal, conforme aplicada entre os semelhantes, do soberano para os súbditos e destes para com aquele, respectivamente (AQUINO, 2001).

Para Hans Kelsen, defensor do positivismo jurídico, a justiça é uma ideia irracional, mas necessária para a ação dos homens. Com isso, é um julgamento subjetivo de valor impossível de ser analisado objetiva e cientificamente (KELSEN, 1986).

Por derradeiro, a percepção de Justiça que mais se adequa aos interesses coletivos é a definida por Immanuel Kant, pois, para ele, a Justiça obriga a preservar os direitos humanos e os direitos fundamentais, os quais devem estar disponíveis para todos, independentemente de onde vivam ou do grau de conhecimento que eles têm deles (SANDEL, 2013). A Declaração dos Direitos Humanos, inclusive, estabelece que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da Justiça e da paz no mundo, tendo em vista que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos (ONU, 1948).

Nesse diapasão, diante dos conceitos apresentados observou-se que a definição de Justiça pode ser vista de formas distintas. Dito isso, frisa-se que as ideias apresentadas e argumentos sustentados no presente trabalho se adequam ao entendimento de Immanuel Kant, o qual associa a Justiça à necessidade de proteção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, que devem

estar disponíveis para todos, já que são direitos inerentes à pessoa humana que devem ser garantidos a todos indistintamente.

Desta maneira, a disponibilização dos direitos humanos e dos direitos fundamentais sem distinções é a mais singela forma de efetivação e democratização da Justiça. Todavia, assevera-se que há um distanciamento entre a sociedade e o Poder Judiciário, o que dificulta ou impossibilita o acesso pleno e efetivo do direito ao acesso à Justiça. A respeito disso, de antemão, frisa-se que o “fenômeno” do distanciamento da sociedade e do Poder Judiciário é multifatorial, ou seja, decorre de outros fatores além da morosidade sistêmica e da burocratização do Poder Judiciário. No entanto, as outras razões, além das destacadas, não serão objetos de estudo na presente pesquisa.

Como dito, há um afastamento entre os indivíduos que fazem parte da sociedade e o Poder Judiciário, que tem como um dos fatores o solipsismo presente no Poder Judiciário. A neoescolástica, movimento filosófico, conceitua o solipsismo como uma forma de idealismo decorrente do egoísmo pragmático, que insurge pós proposição cartesiana “*cogito, ergo sum*”. Solipsismo é atribuído por Max Stirner como uma reação contra Hegel e sua acentuação do universal (SOLIPSISMO, 1969, p. 391). O solipsismo reduz toda a realidade ao sujeito pensante, ou seja, só existem o “eu” e suas sensações, sendo os outros entes (seres humanos e objetos), meros participantes da única mente pensante, sem existência própria (BLACKBURN, 1997, p. 367). O solipsismo judicial, portanto, é forma de decidir que contraria o modelo constitucional de processo, visto que há uma radicalização do “eu” e a expansão da subjetividade na interpretação da lei (MADEIRA, 2020, p. 195).

Desse modo, os direitos humanos e os direitos fundamentais, em muitos casos, não são ofertados para todos de forma igualitária, pois as sociedades contemporâneas estão tornando-se cada vez mais desiguais, e as suas desigualdades vêm assumindo novas facetas e dimensões (SANTOS, 2011). Assim, o acesso à assistência jurídica integral e gratuita, direito humano e fundamental inerente à pessoa humana, muitas vezes não se encontra à disposição de todos, visto que aqueles mais vulneráveis socialmente, especialmente os hipossuficientes economicamente, muitas vezes, não têm o seu acesso pleno e efetivo em razão do distanciamento entre o Poder Judiciário e a sociedade.

Outro ponto a se frisar é que, cada vez mais, há nos Estados democráticos sociedades fascizantes (SANTOS, 2011). O fascismo social é um sistema que dispensa a democracia, é o poder exercido no âmbito da sociedade que concede à parte mais forte a prerrogativa de veto sobre a vida do outro e decide o modo de existência daqueles considerados mais fracos (SANTOS, 2007).

Além do fascismo social, os indicadores gritantes de desigualdade e de exclusão social continuam a aumentar. O Brasil é marcado pela crescente exclusão dos menos favorecidos economicamente e pela concentração de privilégios nos setores mais ricos da sociedade (CAMPELLO; GENTILI, 2017). A Oxfam Brasil (2017), em seu relatório “A distância que nos une – um retrato das desigualdades brasileiras”, evidencia a elevada concentração de renda e riqueza no Brasil, ao mostrar que apenas seis pessoas possuem riqueza equivalente ao patrimônio dos 100

milhões de brasileiros mais pobres, e os 5% mais ricos detém a mesma renda que os demais 95% (OXFAM BRASIL, 2017).

Na maior parte do século XX, nos países latino-americanos, o aprimoramento do Poder Judiciário não figurou como tema importante da agenda política, cabendo ao juiz aplicar a letra da lei sem atentar-se à peculiaridade do caso concreto (SUTIL, 2000). Em vista disso, a construção do Estado latino-americano ocupou-se mais com o crescimento e aperfeiçoamento do Poder Executivo, procurando convertê-lo em uma parte do aparato burocrático do Estado, ou seja, um órgão controlado pelo poder político, uma instituição sem poderes para deter a expansão do Estado e seus instrumentos reguladores (SUTIL, 2000).

A burocratização e morosidade do Poder Judiciário, o seu distanciamento para com a sociedade e o advento do neoliberalismo intensificaram as debilidades e as mazelas sociais, visto que aumentaram as desigualdades sociais, a vulnerabilidade, a insegurança e a incerteza na vida das classes populares. Nesta nova fase, destaca-se em relação ao Poder Judiciário o campo contra-hegemônico, que é aquele em que os cidadãos que tomaram consciência de que os processos de mudança constitucional lhes deram direitos e que, por isso, veem no direito e nos tribunais um instrumento de reivindicação de seus direitos, pois visualiza-se todos os dias a exclusão social, a precarização do trabalho e a violência, que é, para Boaventura de Sousa Santos, o chamado “fascismo social” (SANTOS, 2011, p. 21).

Atrrelado ao fascismo social, se tem a chamada “procura suprimida”, que é uma área da sociologia das ausências, isto é, algo que é ativamente construído, mas não existente. A procura de direitos da grande maioria dos cidadãos das classes populares é a chamada procura suprimida (SANTOS, 2011, pp. 23-24). Os indivíduos que não se identificam como integrantes da sociedade que possuem direitos e deveres, não levam ao Judiciário as suas demandas (FREITAS, 2018). Contudo, por meio da procura suprimida haverá uma transformação do sistema judiciário e jurídico tão grande que poderá ser chamada de Revolução Democrática de Acesso à Justiça (SANTOS, 2011).

É necessário, portanto, uma concepção contra-hegemônica de direitos humanos e de direitos fundamentais, que pratique a sua indivisibilidade, que permita a coexistência entre direitos individuais e coletivos, que se pautem tanto pela igualdade quanto pelo reconhecimento da diferença. O direito, portanto, deve ser um instrumento hegemônico de alienação das partes e despolitização dos conflitos, ou seja, uma ferramenta contra-hegemônica apropriada de baixo para cima como estratégia de luta. Assim sendo, propõe-se a criação de uma cultura jurídica que aproxime a sociedade e o Poder Judiciário. Desse jeito, uma reforma judicial é essencial, devendo-se ter uma refundação democrática da Justiça por meio de uma formulação de um horizonte de mudanças que apreenda o âmbito jurídico e judicial (SANTOS, 2011).

Diante do exposto, compreendeu-se, diante de um aspecto utilitarista, que a Justiça pode ser concretizada através da efetivação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais feita pela atuação do Poder Judiciário. Sob outra vertente, dentro de uma perspectiva distributiva, a Justiça é trabalhada a partir da diretriz da equidade, e está amparada em valores de relevância social,

estabelecendo a necessidade de cooperação entre as pessoas para alcançarem uma pacificação social de modo justo.

Para Aristóteles a Justiça é um tratamento que pode ser igualitário ou não, mas sempre proporcional. Já para Platão é uma harmonia social e respeito à legislação. Aquino, por sua vez, a conceituou como o desejo voluntário de dar a cada um o que é seu. Para Kelsen, é uma ideia irracional, mas necessária. Frente a estes conceitos, a definição de Justiça que mais se coaduna com os objetivos dessa pesquisa é a apresentada por Immanuel Kant, o qual entende que para se ter Justiça os direitos humanos e os direitos fundamentais devem ser assegurados para todos indistintamente, especialmente no que se refere ao acesso ao direito à assistência jurídica integral e gratuita.

Contudo, como observado anteriormente, o distanciamento entre a sociedade e o Poder Judiciário afeta negativamente o acesso ao direito à assistência jurídica integral e gratuita, isso ocorre em razão do solipsismo judicial presente no Poder Judiciário, que pode ser definido como uma espécie de egoísmo pragmático do sujeito pensante, que se materializada pela subjetividade na interpretação da lei.

Além disso, viu-se que os direitos humanos e os direitos fundamentais não estão disponíveis para todos, como de forma utópica preceitua os textos legais, pois a desigualdade social é uma realidade acentuada no Brasil, já que este país tem como traço marcante o fascismo social, que é um sistema que dispensa a democracia. Nessa vertente, vislumbrou-se, em relação ao Poder Judiciário, o campo contra-hegemônico, em que os cidadãos passaram a ter consciência que detêm direitos e a verem o direito e os órgãos judiciais como um instrumento de reivindicação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Entretanto, passou a ter uma procura suprimida, isto é, os cidadãos das classes populares procuram os seus direitos, mas não levam ao Poder Judiciário os seus anseios.

Em conclusão, a Justiça é plena e eficaz quando há o respeito e a observância aos direitos humanos e aos direitos fundamentais de todos os cidadãos, sem distinções de quaisquer fatores que promovam as diversas formas de desigualdades. No entanto, como se verá, o acesso pleno e eficaz à Justiça é comprometido em razão do distanciamento entre o Poder Judiciário e a sociedade. Nesse viés, é imperioso ressaltar que existem outras razões para explicar o distanciamento entre o Judiciário e a sociedade, visto que este “fenômeno” é multifatorial, mas tem como alicerce, em especial, a morosidade sistêmica e a burocratização do Poder Judiciário.

3 O PODER JUDICIÁRIO E A NECESSIDADE DE UMA REVOLUÇÃO DEMOCRÁTICA DE ACESSO À JUSTIÇA

Uma Revolução Democrática de Acesso à Justiça é imprescindível para aproximar a sociedade e o Poder Judiciário, e efetivar os direitos humanos e os direitos fundamentais, especialmente no que concerne ao acesso à assistência jurídica integral e gratuita.

Para que a sociedade e o Poder Judiciário estejam mais próximos é preciso que haja

uma Revolução Democrática de Acesso à Justiça, adotando medidas que estejam voltadas para os interesses e as necessidades da coletividade e que estejam pautadas no respeito aos direitos humanos e aos direitos fundamentais, para que haja uma redução das desigualdades sociais e a ampliação da democracia.

O distanciamento entre a sociedade e o Poder Judiciário intensifica os diferentes tipos de desigualdades. Portanto, para que se tenha uma aproximação entre eles deve haver uma redução da burocratização e da morosidade sistêmica na resolução de conflitos. Assim sendo, diante de um conflito que envolva o desrespeito a direitos e garantias fundamentais, como, à título de exemplo, ao Art. 7 da Magna Carta de 1988, que proíbe a diferença de salários por sexo, cor, idade ou estado civil (BRASIL, 2007), ou ao Art. 5 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que garante salários iguais, sem distinção de sexo, para trabalhos de igual valor (BRASIL, 1943), não deve haver, ou deve-se reduzir, a morosidade sistêmica e a burocratização no judiciário, pois intensifica a desigualdade social entre os cidadãos, ante a impossibilidade de usufruir do direito a uma Justiça plena e efetiva.

Com isso, uma Revolução Democrática de Acesso à Justiça se faz necessária, mas, só faz verdadeiramente sentido no âmbito de uma revolução mais ampla que inclua a democratização do Estado e da sociedade (SANTOS, 2011).

Dito isso, deve ser promovida uma Revolução Democrática de Acesso à Justiça, que pode ser feita acabando ou diminuindo com a burocratização e com a morosidade sistêmica no Poder Judiciário; fortalecendo instituições que buscam a prestação jurisdicional adequada, como a Defensoria Pública; e, por derradeiro, promovendo o acesso efetivo à assistência jurídica integral e gratuita. Com isso, poderá haver uma aproximação entre a sociedade e o Poder Judiciário e a efetivação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

Como já mencionado, a democratização do acesso à justiça e a disponibilização integral dos direitos humanos e dos direitos fundamentais são comprometidas pela morosidade sistêmica e pelo excesso de burocracia, que são algumas das razões que explicam o distanciamento entre o Poder Judiciário e a sociedade.

O Poder Judiciário brasileiro enfrenta problemas prejudiciais à plena efetivação do acesso ao direito à assistência jurídica integral e gratuita, que são a morosidade sistêmica decorrente do excesso de processos. Dentre vários fatores que influenciam na dificuldade ao acesso ao serviço e direito em comento, tem-se o progressivo aumento na carga de processos, que traz como resultado a morosidade do judiciário na conclusão dos processos (CARVALHO, 2022).

Além disso, outras causas que acarretam a morosidade no andamento jurisdicional podem ser agrupadas nos seguintes motivos: os motivos institucionais, que derivam de uma ideia conservadora, e de extrema caráter personalíssimo, que resultam em uma parada destemida dos meios e alternativas de tornar a operação de fato realizada; os fatores de ordem meramente técnica, que decorrem da falta de “consideração” da sentença do juízo a quo (de primeiro grau), e da ampla possibilidade da recorribilidade das decisões proferidas; os motivos de ordem subjetiva, decorrentes de uma falta de preparo técnico dos magistrados e descumprimento de prazos

processuais; por fim, os motivos da falta de material, que referem-se à precariedade de prédios e instalações do Poder Judiciário, as condições de trabalho dos servidores, e as más estruturas dos tribunais (TUCCI, 2021, p. 99).

Nesse viés, cabe apontar que a morosidade sistêmica é prejudicial tanto para as partes interessadas na lide, quanto para a qualidade no funcionamento dos tribunais, pois viola os interesses individuais inseridos no âmbito da relação jurídica processual e gera efeitos perniciosos no desenvolvimento social e econômico de uma nação (GOMES, 2022).

O que se observa é a incapacidade do sistema de Justiça de proporcionar à parte aquilo que ela tem direito, já que o indivíduo busca o acesso à Justiça, mas não é atendido em razão da morosidade processual observada pelos atrasos inúteis e desnecessários ao funcionamento do sistema de Justiça (FERRAZ, 2010).

A realidade é que o Poder Judiciário passa por problemas de estruturação que permite que processos perdem mais tempo do que deveriam. O acesso pleno e eficaz à Justiça é um direito humano e fundamental inerente à pessoa humana. Ocorre que, essa atravancada de direitos, conjuntamente com o direito de ação, acarretaram o aumento exorbitante na demanda judiciária. No Brasil, a morosidade predomina nos processos judiciais, os quais demoram anos para serem finalizados, o que prejudica o próprio acesso à Justiça, visto que a demanda acaba por não satisfazer a pretensão, prejudicando a relação jurídica e ocasionando o perecimento do direito material discutido (BEZERRA; CUNHA, 2018).

Além disso, a democratização do acesso à justiça e a disponibilização integral dos direitos humanos e dos direitos fundamentais são comprometidas pelo excesso de burocracia. A atual estrutura do Judiciário não consegue ser eficaz ou efetiva com a excessiva burocracia que o caracteriza, pois não supre as necessidades e anseios da sociedade. A inobservância da necessidade de eficiência e celeridade processual pela máquina estatal, e a presença do excesso de burocracia acaba distanciando a população do acesso aos seus direitos fundamentais e aos direitos humanos (BEZERRA; CUNHA, 2018). A administração pautada pela burocracia exacerbada é lenta, onerosa, autorreferida, e pouco ou nada orientada para o atendimento das demandas dos cidadãos (PEREIRA, 1996). Desse modo, o excesso de burocracia gera efeitos nefastos ao jurisdicionado e não traduz o conceito de justiça cidadã (GOMES, 2022).

Assim, a burocratização e a morosidade sistêmica são entraves para o bom funcionamento e desempenho das funções essenciais do Poder Judiciário, visto que impedem a plena efetivação dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, e o consequente acesso ao direito e serviço de assistência jurídica integral e gratuita. Posto isto, se torna imprescindível propor soluções que busquem acabar ou reduzir a morosidade sistêmica e a burocratização na esfera judiciária, promovendo uma Revolução Democrática de Acesso à Justiça.

Sendo assim, primeiramente é conveniente destacar que o longo tempo de espera e as rigorosas regras e procedimentos administrativos e jurídicos preestabelecidas repercutem negativamente no indivíduo que busca a Justiça para resolver o seu problema. A morosidade sistêmica e a burocratização presente no Poder Judiciário geram na população um sentimento de

desconfiança na eficácia da Justiça.

Neste sentido, para que a satisfação do indivíduo seja atingida, o Poder Judiciário deve adotar métodos eficazes e menos burocráticos para que não ocorram retardamentos ou etapas protelatórias, bem como dificuldade de acesso aos serviços judiciais (GOMES, 2022), isso porque o Judiciário deve ser encarado como uma entidade pública que deve prezar pela assistência e preocupação pelos serviços prestados (BEZERRA; CUNHA, 2018).

Dessa maneira, para garantir a ordem jurídica justa e a democratização do acesso à Justiça, o Poder Judiciário deve assegurar aos jurisdicionados não apenas a eficiência da solução dos conflitos, mas também um resultado mais célere e menos burocrático (GOMES, 2022). Segundo os ensinamentos de Boaventura de Sousa Santos, a democratização da administração da justiça é fundamental, mas, para isso, deve-se haver menos burocratização e morosidade no Judiciário (SANTOS, 1986).

Com isso, cabe ao Estado identificar dinâmicas que cumpram com o disposto no texto constitucional e documentos internacionais no que diz respeito ao acesso ao direito à Justiça. Assim, tem-se como possível solução a informalização do acesso à Justiça, reapetrechamento dos órgãos do Poder Judiciário com recursos humanos e infraestruturas, automatização, novas tecnologias de comunicação e informação, criação de tribunais especiais para a pequena litigação de massa e reformas processuais. Estas são medidas que podem assegurar o acesso efetivo e integral aos serviços da Justiça e diminuir o acervo processual e, por conseguinte, reduzir a morosidade judiciária e a burocratização excessiva (GOMES, 2022).

Ademais, para que se observe uma Revolução Democrática de Acesso à Justiça deve haver um fortalecimento das instituições do Estado que buscam a prestação jurisdicional adequada, como, por exemplo, a Defensoria Pública. Dos elementos indicadores da ampliação do acesso à Justiça, é possível apontar a constituição das defensorias públicas no Brasil a partir da década de 1950 (MOTTA; RUEDIGER; RICCIO, 2006).

A Defensoria Pública está amparada pela Constituição da República Federativa de 1988, em seu Art. 134, que dispõe que a Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do supracitado inciso LXXIV, do Art. 5º, do destacado diploma legal (BRASIL, 2007).

Malgrado esteja previsto no texto constitucional a importância dos seus serviços públicos, segundo pesquisa realizada pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP), em 2013, a Defensoria Pública está presente em apenas 28% das comarcas brasileiras, restando incontroversa a precariedade de acesso aos seus serviços (ANADEP, 2013), fato que evidencia a dificuldade das prestações assistenciais do referido órgão público. À título de exemplificação, se comparada às demais instituições presentes no Espírito Santo, o histórico de marginalização da Defensoria Pública já se inicia com a sua precária infraestrutura interna (CAETANO; ROSA, 2016). Além disso, dados referentes a ANADEP, datados de 2013, evidenciaram que os estados

contam com 11.835 magistrados, 9.963 membros do Ministério Público e 5.054 defensores públicos (ANADEP, 2013), restando demonstrado a debilidade da Defensoria Pública enquanto órgão público, sobretudo se comparada ao Ministério Público e à Magistratura (CAETANO; ROSA, 2016).

O direito de acesso à justiça integral e gratuita é um direito civil e político, alçado à categoria de direito humano e fundamental já que é inerente à pessoa humana. Sendo assim, devem ser exigidas do Estado prestações positivas no sentido da implementação e aprimoramento de órgãos públicos de defesa técnica qualificados para o desempenho exclusivo, efetivo e específico deste direito. A Defensoria Pública, por meio dos seus serviços públicos especializados, e em prol do princípio da dignidade da pessoa humana, tem sido responsável pela redução da pobreza, já que a promoção de assistência jurídica integral e gratuita tem aumentado o acesso da população aos direitos humanos e aos direitos fundamentais, como, por exemplo, a saúde, a educação, a habitação, dentre outros serviços públicos responsáveis pela consecução do mínimo existencial (SILVA, 2013).

A Defensoria Pública é uma fisionomia de um novo modelo jurídico social ou de uma forma constitucionalista social adentrado pela Magna Carta de 1988, sendo capaz de elevar e criar sentido à um Estado Democrático de Direito, impondo-se pelo acesso à justiça integral e gratuita, tendo em vista que por ela, os indivíduos mais desfavorecidos socialmente e economicamente terão de forma igualitária o acesso ao direito à Justiça, com maior designo de igualdade e com grande relevância na participação social, amparado pela ordem democrática brasileira (CARVALHO, 2022).

Outrossim, para que haja uma Revolução Democrática de Acesso à Justiça deve ser promovido o acesso efetivo à assistência jurídica integral e gratuita. Para isso, deve o sistema processual possuir meios aptos de solução de controvérsias. Com efeito, para o aperfeiçoamento da tutela jurisdicional deve haver uma boa organização judiciária, na qual o operador do direito, auxiliado pela técnica, ocupe o centro de todas as preocupações. Daí a necessidade de se mudar o quadro atual, sobretudo em razão das deficiências da organização judiciária brasileira, que ainda se veste com o figurino do antigo direito luso-brasileiro. Assim, além do aprimoramento da técnica processual, adequando-a à realidade substancial, outras providências são imprescindíveis, como a destinação ao Poder Judiciário de percentual razoável do orçamento estatal, a fim de que ele possa suprir as suas necessidades (OLIVEIRA; FERRARETTO, 2004).

Cabe ao Poder Judiciário, porém, lutar para que as verbas a que tem direito lhe sejam repassadas com regularidade pelo Poder Executivo, aplicando-as no atendimento das necessidades do serviço, imprimindo a este a efetividade e a qualidade exigidas pela sociedade (OLIVEIRA; FERRARETTO, 2004). Contudo, há no Judiciário uma danosa instabilidade de recursos pela má organização e distribuição de verbas orçamentárias encaminhadas. Nesse viés, uma reforma estrutural do Poder Judiciário mostra-se primordial, com fim na redução de despesas e controle dos gastos efetuados (CARVALHO, 2022).

Ainda, é primoroso destacar o número irrisório de juízes em um país de dimensões

continentais como o Brasil, na proporção média de 1 (um) juiz para cada 25.000 (vinte e cinco mil) jurisdicionados. Não é raro as Varas Federais contarem com mais de 20.000 (vinte mil) processos em curso, sendo alarmantes os números concernentes ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça (TEIXEIRA, 1996). De fato, para resolver o problema de acesso à Justiça aumentar o número de servidores e magistrados é uma medida válida. Contudo, para que haja uma Revolução Democrática de Acesso à Justiça é imprescindível que se tenha também uma desburocratização de acesso aos serviços do Judiciário e a redução da morosidade dos seus ritos processuais (CARVALHO, 2022).

Frente ao exposto, com uma Revolução Democrática de Acesso à Justiça haverá uma aproximação entre a sociedade e o Poder Judiciário, e a consequente efetivação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais e consequente atenuação das desigualdades sociais, o que poderá ser feito acabando ou diminuindo a burocratização e a morosidade sistêmica no Poder Judiciário; fortalecendo instituições que buscam a prestação jurisdicional adequada, como a Defensoria Pública; e promovendo o acesso efetivo à assistência jurídica integral e gratuita. Estas são medidas necessárias ao levar em consideração a dificuldade de efetivação do acesso ao direito à assistência jurídica integral e gratuita ocasionada pelo distanciamento entre a sociedade e o Poder Judiciário, pois são soluções que podem promover a famigerada Revolução Democrática de Acesso à Justiça.

CONCLUSÃO

O distanciamento entre a sociedade e o Poder Judiciário fomenta a desigualdade social e viola os direitos humanos e os direitos fundamentais. Em vista disso, é necessária uma Revolução Democrática de Acesso à Justiça.

No presente trabalho foi visto que a justiça gratuita, a assistência judiciária e a assistência jurídica integral e gratuita não são sinônimos, diferenciando-se entre si. A assistência jurídica integral e gratuita é mais ampla do que a justiça gratuita, a assistência judiciária, tendo em vista que aquela está assegurada na atual Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, o Poder Judiciário pode ser encarado como um instrumento de combate aos problemas sociais e que assegura o direito em comento.

Nesse interim, foi feito um paralelo do acesso ao direito à assistência jurídica integral e gratuita à efetivação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, isso porque a plena observância destes pressupõe o acesso ao direito de acesso à Justiça. Nesse sentido, dentro de um Estado Democrático de Direitos o Poder Judiciário deve proteger os direitos humanos e os direitos fundamentais, impedindo a sua violação e combatendo os fatores que promovem as diferentes formas de desigualdade social.

Outrossim, foi feita uma análise dos diferentes conceitos de Justiça. Diante um aspecto utilitarista, afirmou-se que a Justiça pode ser concretizada pela efetivação dos direitos humanos e

dos direitos fundamentais. Sob outra vertente, dentro de uma perspectiva distributiva, concluiu-se que a Justiça é trabalhada a partir da diretriz da equidade e valores de relevância social, sendo necessária, contudo, a cooperação popular para atingir uma pacificação social de modo justo.

Foi visto, ainda, as definições de Justiça apresentadas por estudiosos como Aristóteles, Platão, São Tomás de Aquino e Hans Kelsen. Todavia, adotou-se que o conceito de Justiça apresentado por Immanuel Kant, pois os seus ideais de Justiça se enquadram aos objetivos deste trabalho, já que, para ele, há Justiça quando os direitos humanos e os direitos fundamentais são assegurados para todos os cidadãos, independentemente de qualquer condição.

Contudo, asseverou-se que o distanciamento entre a sociedade e o Poder Judiciário impossibilita o pleno e eficaz acesso ao direito à assistência jurídica integral e gratuita, pois há no Poder Judiciário um solipsismo judicial, ou seja, o egoísmo pragmático do sujeito pensante, que se materializada pela subjetividade na interpretação da lei.

Além disso, foi necessário observar os diferentes conceitos de direitos humanos e de direitos fundamentais, percebendo-se que o acesso a assistência jurídica integral e gratuita pode ser caracterizado como um direito humano e fundamental, ainda que sejam termos que se diferenciam entre si. Por meio desse esclarecimento, foi pontuado que o acesso à assistência jurídica integral e gratuita, assegurado pela Constituição Federal de 1988 e pela Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), é um direito que deve ser assegurado pelo Estado para que, de fato, haja uma Revolução Democrática de Acesso à Justiça.

Entretanto, constatou-se que direitos humanos e os direitos fundamentais não estão disponíveis para todos, pois a desigualdade é acentuada no Brasil, já que este país tem como traço marcante o fascismo social, que é um sistema que diverge dos princípios democráticos. Assim, em relação ao Poder Judiciário, o campo contra-hegemônico, em que os cidadãos passaram a ter consciência que detém direitos e a verem o direito e os órgãos judiciais como um instrumento de reivindicação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Contudo, passou a ter uma procura suprimida, isto é, os cidadãos das classes populares procuram os seus direitos, mas não levam ao Poder Judiciário as suas pretensões.

Dito isso, percebeu-se que o acesso à Justiça é considerado pleno e eficaz quando os direitos humanos e aos direitos fundamentais são disponibilizados para todos, o que é dificultado ou impossibilitado pelo distanciamento entre o Poder Judiciário e a sociedade decorrente da morosidade sistêmica e da burocratização do Poder Judiciário.

Destarte, com uma Revolução Democrática de Acesso à Justiça haverá uma reaproximação entre a sociedade e o Poder Judiciário, o que poderá ser feito adotando as seguintes medidas: diminuindo a burocratização e a morosidade sistêmica no Poder Judiciário; fortalecendo instituições que buscam a prestação jurisdicional adequada, como a Defensoria Pública; e promovendo o acesso efetivo à assistência jurídica integral e gratuita. Com isso, se terá a efetivação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais e atenuação das desigualdades sociais, já que o acesso ao direito à assistência jurídica integral e gratuita estará à disposição de todos os cidadãos.

REFERÊNCIAS

- A REPÚBLICA: Platão. São Paulo: Martin Claret, 2000. (Coleção a Obra-Prima de Cada Autor).
- ALVES, Rainer Grigolo de Oliveira; FERNANDES, Marcia Santana; GOLDIM, José Roberto. Autonomia, autodeterminação e incapacidade civil: uma análise sob a perspectiva da bioética e dos direitos humanos. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 18, n. 3, p. 215-242, 2017. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1128>. Acesso em: 14 out. 2022.
- ANADEP - ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS. **Mapa da defensoria pública no Brasil**. Brasília, DF: Edição dos Autores, 2013.
- AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. São Paulo: Loyola, 2001.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2011. Livro V.
- BELINATI, Roberlei José Resende. **Da defensoria pública do Distrito Federal e dos territórios: análise do critério para o deferimento da assistência jurídica integral e gratuita**. 2014. Monografia (Especialização em Direito) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/6128>. Acesso em: 14 out. 2022.
- BEZERRA, Eudes Vitor; CUNHA, Danielle Milani. A influência da sociedade hipermoderna e a duração razoável do processo: morosidade, um problema de estruturação. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, n. 55, p. 136-149, 2018. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/12113>. Acesso em: 14 out. 2022.
- BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 1997.
- BOAVENTURA, Edivaldo Machado. **Como ordenar as ideias**. 9. ed. São Paulo: Ática, 2007.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (de 24 de fevereiro de 1891). Rio de Janeiro: Presidência da República, 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm. Acesso em: 26 dez. 2020.
- BRASIL. **Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 7 nov. 2022.
- BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Lex: Coletânea de Legislação**, São Paulo, v. 7, 1943.
- CAETANO, Ana Júlia; ROSA, André. A Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo e os percalços na efetivação do Acesso à Justiça. In: SEMANA CIENTÍFICA DO DIREITO UFES: GRADUAÇÃO E PÓS-GRADUAÇÃO, 3., 2016, Vitória. **Anais [...]**. Vitória: Universidade Federal do Espírito Santo, 2016.

CAMPELLO, Tereza; GENTILI, Pablo. As múltiplas faces da desigualdade. *In*: CAMPELLO, Tereza (coord.). **Faces da desigualdade no Brasil: um olhar sobre os que ficam para trás**. Buenos Aires: FLACSO, 2017. p. 10-15, 2017. DOI: <https://doi.org/10.2307/j.ctvtwx2vg.3>

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do judiciário: um enquadramento teórico. *In*: FARIA, Jose Eduardo. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

CARVALHO, Luiz Augusto Muniz de. **Acesso à justiça: assistência jurídica gratuita e integral**. 2022. Monografia (Trabalho de Curso I de Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2022. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/4004>. Acesso em: 14 out. 2022.

CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. Justiça e equidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 50, n. 198, p. 7-31, 2013. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/198/ril_v50_n198_p7. Acesso em: 14 out. 2022.

FARIA, José Eduardo. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros editores, 1998.

FARIA, José Eduardo. O poder judiciário nos universos jurídico e social: esboço para uma discussão comparada. **Revista Serviço Social e Sociedade**, São Paulo, n. 67, 2001.

FERRAZ, Leslie Sherida. **Acesso à justiça: uma análise dos juizados especiais cíveis no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. Saraiva Educação SA, 2005.

FREITAS, Janaina. Para uma revolução democrática da Justiça. De Boaventura de Sousa Santos. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, Recife, v. 5, n. 3, set./dez. 2018. <http://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/208/172>

GOMES, Luciane Mara Correa. A eficácia do acesso à justiça por meio da análise estatística dos juizados especiais cíveis do estado do Rio de Janeiro. **Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça**, Florianópolis, v. 7, n. 2, p. 71-87, 2022.

HELLER, Agnes. **Além da justiça**. Tradução de Savannah Hartmann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

IBGE. Coordenação de População e Indicadores Sociais. **Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira: 2020**. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101760>. Acesso em: 26 dez. 2020.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1986.

LOPEZ, Felix. rePertórios soBre as razões da desigualdade no Brasil. **Boletim de Análise Político-Institucional**, Brasília, n. 23, 2020. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10172/1/200806_bapi%2023_artigo_5.pdf. Acesso em: 3 fev. 2020.

- LUMER, Christoph. **Filosofia da enciclopédia**. Meiner: Hamburg, 2005.
- MADEIRA, Dhenis Cruz. O que é solipsismo judicial? **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 22, n. 126, p. 191-210, 2020.
- MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Aspectos fundamentais do marco civil da internet**. São Paulo: Lelivros, 2001
- MATHEUS, Ana Carolina Couto. A busca pela efetivação de direitos fundamentais por meio da prestação de assistência jurídica integral a gratuita por municípios. **Ponto de Vista Jurídico**, Caçador, v. 6, n. 2, 2017. Disponível em: <https://45.238.172.12/index.php/juridico/article/view/1273>. Acesso em: 10 out. 2022.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MOTTA, Luiz Eduardo Pereira; RUEDIGER, Marco Aurélio; RICCIO, Vicente. O acesso à Justiça como objeto de política pública: o caso da defensoria pública do Rio de Janeiro. **Cadernos EBAPE. BR**, Rio de Janeiro, v. 4, p. 01-13, 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cebape/a/Tjxh4Dr3kHWSmkwxvHfqjYG/?lang=pt&format=html>. Acesso em: 14 out. 2022.
- NERY JÚNIOR., Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- NUNES, Rizzatto. A assistência judiciária e a assistência jurídica: uma confusão a ser solvida. **Revista do Curso de Direito**, São Paulo, v. 4, n. 4, p. 228-236, 2004. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/523>. Acesso em: 14 out. 2022.
- OLIVEIRA, OLIVEIRA, Samuel Antônio Merbach de; FERRARETTO, Jose Jair. Acesso à justiça. **Revista da Faculdade de Direito Padre Anchieta**, Jundiaí, v. 8, 2004.
- ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Geneva: ONU, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 12 dez. 2020.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”). Bogotá: OEA, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 7 nov. 2022.
- OXFAM BRASIL. **A distância que nos une**: um retrato das desigualdades brasileiras. São Paulo: Oxfam Brasil, 2017.
- PAROSKI, Mauro Vasni. **Direitos fundamentais e acesso à justiça da Constituição**. São Paulo: LTr, 2008.
- PEREIRA, Luiz Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista Serviço do Serviço Público**, Brasília, v. 120, 1996. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/702/550>. Acesso em: 14 out. 2022.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2020.

RAWLS, John. Justice as fairness: political not metaphysical. **Philosophy and Public Affairs**, Baltimore, v. 14, n. 3, p. 223-251, 1985.

RAWLS, John. **Political liberalism**. New York: Columbia University Press 1993.

RIBEIRO, Wagner Costa. Justiça espacial e justiça socioambiental: uma primeira aproximação. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 31, n. 89, p. 147-165, 2017. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142017000100147&script=sci_arttext. Acesso em: 3 fev. 2020.

RIGHETTI, Carmen Sílvia; ALAPANIAN, Silvia. O poder judiciário e as demandas sociais. **Serviço Social em Revista**, Londrina, v. 6, n. 2, jan./jun. 2006. Disponível em: http://www.uel.br/revistas/ssrevista/c-v8n2_carmen.htm. Acesso em: 26 dez. 2020.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 12. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 21, p. 11-37, 1986.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. **Novos Estudos**, São Paulo, n. 79, p. 71-94, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SILVA, Michelle Valéria Macedo et al. Direitos humanos. Acesso à justiça. Defensoria pública. Pobreza. Exclusão social. **Revista da Defensoria Pública da União**, Brasília, n. 6, 2013. Disponível em: <https://revistadadpu.dpu.def.br/article/view/137>. Acesso em: 14 out. 2022.

SILVA, Virgílio Afonso de. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Disponível em: <https://www3.usf.edu.br/galeria/getImage/252/6892347672477816.pdf>. Acesso em: 14 out. 2022.

SOLIPSISMO. In: SANTELER, Josef *et al.* **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Editora Helder, 1969, p. 391.

SUTIL, Jorge Correa. Reformas judiciárias na América Latina: boas notícias para os não privilegiados. In: O'DONNEL, Guillermo *et al.* (org.). **Democracia, violência e injustiça: o não-estado de direito na América Latina**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). **Garantias Constitucionais do Processo Civil**. São Paulo. 1999. Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988

WANDERLEY, Mariângela Belfiore. Refletindo sobre a noção de exclusão. **Revista Serviço**

Social e Sociedade, São Paulo, n. 55, 1997.

WÖLFEL, Ursula. **A ética a Nicômaco de Aristóteles**. São Paulo: Loyola, 2010.

WORLD BANK. **Indicadores de desenvolvimento mundial**. Washington, DC: World Bank, 2020. Disponível em: <http://wdi.worldbank.org/table>. Acesso em: 26 dez. 2020.

Como citar: SANTOS, Ariel Sousa; DE SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral. O distanciamento entre o judiciário e a sociedade: a necessidade de uma revolução democrática de acesso à justiça. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 3, p. 104-126, dez. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n3p. 104. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 30/08/ 2022

Aceito em: 28/11/2022

**CONTRATOS DE CONCESSÃO DE TRANSPORTE
COLETIVO RODOVIÁRIO NA PANDEMIA:
CONSENSUALIDADE NA MANUTENÇÃO DO
EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO**

COLLECTIVE BUS TRANSPORT CONCESSION
CONTRACTS IN THE PANDEMIC: CONSENSUALITY
IN MAINTAINING OF THE ECONOMIC-FINANCIAL
BALANCE

Marcela Casanova Viana Arena*

Ândreo da Silva Almeida**

Itiberê de Oliveira Castellano Rodrigues***

*Mestre em Direitos Sociais no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas. Juíza do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

E-mail: marcelacva@gmail.com

**Mestre em Direitos Sociais pela Universidade Federal de Pelotas. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pelotas. Advogado.

E-mail: andreodsalmeyda@gmail.com

***Doutor em Direito Público pela Universidade de Münster, Alemanha. Professor na área de Direito do Estado na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas – UFPEL

E-mail: itibere.rodrigues@hotmail.com

Como citar: Arena, Marcela Casanova; ALMEIDA, Ândreo da Silva; RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. Contratos de concessão de transporte coletivo rodoviário na pandemia: consensualidade na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 3, p. 127-150, dez. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n3p. 127. ISSN: 1980-511X

Resumo: Os contratos de transporte coletivo rodoviário foram impactados pelo isolamento social decorrente da pandemia de covid19. Nesse contexto, este artigo tem como objetivo analisar os métodos adequados de solução de conflitos para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de transporte coletivo, atentando para a possibilidade da opção da consensualidade pela Administração Pública como forma de resolver seus litígios. Além de examinar os métodos adequados de solução de conflitos aplicáveis nas demandas sobre concessão de serviço público, o estudo também aborda a importância do contrato de concessão para o aprimoramento do setor de infraestrutura no Brasil, bem como os principais elementos que compõem a garantia do equilíbrio econômico-financeiro. Para tanto, é utilizado o método de abordagem dedutivo, com as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, a partir de um propósito exploratório do tema.

Palavras-chave: concessão de serviço público; transporte coletivo rodoviário; equilíbrio econômico-financeiro; métodos consensuais; pandemia covid19.

Abstract: Collective bus transport contracts were impacted

by the social isolation resulting from covid19 pandemic. In this context, this article aims to analyze the appropriate methods of conflict resolution to maintain the economic-financial balance of public transport concession contracts, attentive to the possibility of consensual option by the Public Administration as a way to resolving their disputes. In addition to examining the appropriate methods of conflict resolution applicable to the demands on public service concession, the study also addresses the importance of the concession contract for the improvement of the infrastructure sector in Brazil, as well as the main elements that make up the guarantee of balance economic-financial. Therefore, the deductive method approach is used, with bibliographic and documentary research techniques, based on an exploratory purpose of the theme.

Keywords: public service concession; collective bus transport; economic-financial balance; consensual methods; covid19 pandemic.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto a análise da garantia do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão regidos pela Lei n.º 8.987 (BRASIL, 1995a), sendo realizada uma investigação específica acerca dos impactos da pandemia de COVID-19 nas concessões de transporte coletivo rodoviário e, como problema central dessa investigação, a possibilidade de recomposição da equação econômico-financeira desses contratos através da utilização de métodos adequados de solução de litígios, em especial os chamados meios alternativos de resolução.

Para tanto, inicia-se o trabalho demonstrando o suporte conferido pela Constituição Federal de 1988 para que os serviços públicos sejam prestados por particulares, destacando a distinção entre titularidade do serviço e a titularidade da prestação do serviço que caracteriza a delegação dos serviços públicos. Ademais, busca-se evidenciar a importância que esse contrato administrativo desempenhou para que o Brasil implementasse melhorias no setor de infraestrutura. Na sequência aborda-se a garantia do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos com foco na classificação doutrinária acerca da alocação dos riscos nesse tipo de contrato. Assim, apresenta-se a classificação quanto à álea ordinária e extraordinária nos contratos administrativos, bem como os requisitos para que o particular possa pleitear a recomposição da equação econômico-financeira do pacto.

No terceiro capítulo apresenta-se um estudo referente ao impacto que a pandemia de COVID-19 gerou no setor de transporte coletivo, tendo em vista os prejuízos advindos da abrupta queda na demanda, despesas extraordinárias com a intensificação das medidas de higiene nos veículos, limitação na capacidade de passageiros, entre outros fatores que abalaram o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão. Em arremate, com a intenção de contribuir para a superação dos impasses gerados nos contratos de concessão pela crise advinda com a pandemia, analisaremos a viabilidade de aplicação dos métodos adequados de solução de litígios no âmbito das concessões, mormente do *dispute board*, examinando a compatibilidade dos referidos métodos com o princípio da indisponibilidade do interesse público.

Assim, a partir de uma metodologia orientada pelo método de abordagem dedutivo, pelas técnicas de pesquisa documental e bibliográfica, almeja-se realizar um estudo descritivo, de nítido caráter exploratório, acerca dos reflexos da pandemia de COVID-19 no equilíbrio econômico-financeiro das concessões de transporte coletivo e a possibilidade da recomposição ser alcançada por meio de métodos alternativos de solução de litígios.

1 A CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E A COLABORAÇÃO PARA O SETOR DE INFRAESTRUTURA DO ESTADO BRASILEIRO

A Constituição Federal (BRASIL, 1988), no seu título VII, intitulado “da ordem econômica

e financeira”, consagrou no artigo 175, *caput*, a incumbência do Poder Público para os serviços públicos, cuja prestação pode ser efetivada diretamente ou mediante concessão ou permissão, observada a obrigatoriedade de licitação. Com essa regra, o legislador constituinte assegurou a distinção entre a titularidade para o serviço público (incumbência) e a titularidade para a prestação desse serviço.

Assim, nada obstante a Constituição ou as leis ordinárias ponham a cargo do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) a titularidade de determinados serviços públicos, colocando o ente estatal como o detentor da “senhoria” sobre eles (“incumbência”), isso não significa que a “prestação” do referido serviço deva ser executada pelo próprio Estado, já que a atribuição de titularidade, em regra, apenas impõe que o titular do serviço o discipline essa prestação. Desse modo, a entidade federativa titular para o serviço poderá estipular um regramento que preveja a prestação por si mesma, por entidade de sua administração indireta, ou ainda por entidades estranhas ao seu aparelho administrativo, nos termos e condições por ela fixadas (MELLO, 2017, p. 87).

Isso significa que, de acordo com a terminologia utilizada pela Constituição de 1988 (art. 21, XI e XII c/c art. 175, *caput*), o ente titular do serviço público, quando o interesse público não aconselhar a sua prestação direta, poderá conferir “autorização”, “permissão” ou “concessão” para que o serviço seja prestado por terceiros e, em alguns casos, por outras pessoas de direito público interno ou da Administração Pública indireta delas, inclusive por meio de gestão associada (art. 241)¹.

No caso da concessão, que é a principal modalidade de delegação de serviços públicos, o Poder Público se desobriga da prestação do serviço público de que é detentor da titularidade, outorgando essa prestação a um terceiro contratado. Assim, a titularidade dessa prestação é transferida a um agente privado, denominado de concessionário, que será remunerado, via de regra (cf. art. 11, Lei nº 8.987/95), pelas tarifas que os usuários do serviço público pagarão pela sua efetiva fruição, de sorte que o Estado transfere à iniciativa privada o mero exercício, mantendo o serviço a sua titularidade estatal excludente da iniciativa privada, como determina o art. 175 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) ao dispor que “incumbe ao Poder Público [...] a prestação de serviços públicos.” (ARAGÃO, 2013b, p. 784).

A distinção entre a titularidade do serviço e a titularidade da prestação se torna relevante, sobretudo, para justificar os fortes poderes que o Estado exerce sobre a execução do serviço público objeto de delegação, já que, por exemplo, sob certas condições pode nele intervir (artigos 32 a 34, Lei nº 8.987/95) e mesmo retomá-lo a qualquer tempo (art. 37, Lei nº 8.987/95), bastando que o concessionário deixe de cumprir as obrigações contratuais ou haja interesse público em que o serviço volte a ser executado pela Administração (AZEVEDO; ALENCAR, 1998, p. 23).

No Brasil a tendência pelo emprego de capitais privados para a exploração de atividades de interesse coletivo se torna significativa na segunda metade do século XIX, quando a expansão

¹ Sobre o regime jurídico da prestação propriamente dita dos serviços concedidos, cf. v.g. Aragão (2017), Andrade (2015), Guimarães (2014), Motta (2011), Moreira (2010), Monteiro (2010), Justen Filho (2003), Gonçalves (1999) e Azevedo e Alencar (1998).

das cidades e a demanda popular exigiam a implementação de melhorias nos serviços públicos, porém a Administração Pública não dispunha de condições próprias para executar tais avanços.

Assim, nascem os primeiros contratos de obras públicas prevendo a colaboração entre a Administração e os particulares, onde o empresário, a par do encargo da realização da obra, é autorizado a explorá-la por determinado período, como forma de amortizar e remunerar o capital investido, o que posteriormente se consolidaria no sistema de concessões de serviço público de formação contratual típica, cuja inspiração foi retirada do modelo francês da época (TÁCITO, 1997, p. 722).²

As concessões de serviços públicos, no fim do século XIX e início do século XX, foram essenciais para o desenvolvimento do Brasil, sobretudo como forma de viabilizar o desenvolvimento industrial e o crescimento econômico do país com os investimentos realizados pela iniciativa privada. Os contratos de concessão permitiram a criação e expansão da rede de estradas de ferro, de portos, de energia elétrica e do transporte coletivo. Todavia, a partir da década de 1930, com o surgimento do “Estado Social” no Brasil, as concessões sofreram significativas alterações, tendo em vista que o Poder Público passou a outorgar os serviços públicos a entes da Administração indireta ou descentralizada e não ao setor privado, uma vez que a tônica do momento era incentivar a nacionalização através da expansão do Estado para setores pouco explorados pela iniciativa privada³, sem prejuízo daqueles onde se considerava que as empresas privadas não estavam prestando os serviços a contento (como foi o caso da paulatina federalização e estatização do setor elétrico). A participação efetiva de particulares na prestação de serviços públicos retornaria somente na década de 1990 por ocasião da Reforma do Estado, que levou a um desmonte do Estado prestador, produtor, interventor e protecionista em prol de uma atuação estatal voltada para a regulação da atividade econômica, na qual a privatização foi um importante remédio utilizado pela reforma neoliberal da época (GROTTI, [2020]).

O setor de transporte coletivo não foi exceção nesse processo de reforma do Estado, pois, assim como outros setores de infraestrutura, também foi objeto de privatizações acompanhadas da regulação estatal. Fatores como o alto custo de implantação e de operação de trens e metrô, o ambiente propício à competição entre os diferentes modos de transporte (ônibus, vans, metrô) e o peso dos custos fixos na composição de custos operacionais no serviço de transporte de passageiros, incentivaram que, durante a segunda metade da década de 1990, muitos projetos de privatização de transportes urbanos fossem iniciados (CAVALCANTI, 2002).

Contudo, após alguns anos de execução do serviço público de transporte por empresas privadas, alguns investidores tiveram suas expectativas frustradas, visto que muitas concessões

² Dentre os primeiros exemplos pátrios tem-se a Carta de Lei, de 29.08.1828, que dispunha que “*As obras, que tiverem por objecto promover a navegação dos rios, abrir canaes, ou construir estradas, pontes, calçadas, ou aqueductos, poderão ser desempenhadas por empresarios nacionaes, ou estrangeiros, associados em companhias, ou sobre si*”, mediante concessões, ficando o concessionário autorizado a cobrar taxas de uso e de passagem para se recobrar dos investimentos feitos. E mais adiante o Decreto nº 1.746, de 13.10.1869, que instituiu a concessão de portos, para melhoria dos portos já existentes e construção de novos portos pela iniciativa privada.

³ “Até 1930 os órgãos paraestatais não iam além de 17, elevando-se a 70 na década dos anos 50 para atingir a cifra de 582 nos últimos anos de período em que se expandia a participação estatal visando o desenvolvimento econômico e à ocupação de setores em que se revelava ineficaz ou ausente a iniciativa privada. Este foi o estímulo da presença estatal na siderurgia e na petroquímica, a par do monopólio estatal nos setores de petróleo e de telecomunicações.” (TÁCITO, 1997, p. 727)

não atingiram os níveis desejados de demanda. A consequência foi a acumulação de um déficit operacional consistente na diferença entre a despesa operacional e a receita arrecada pelas concessionárias. Por tais motivos, as empresas concessionárias passaram a postular a revisão contratual sob o fundamento de que o pacto apresentava desequilíbrio econômico-financeiro que tornara insustentável a continuidade da prestação do serviço pelo agente privado (CAVALCANTI, 2002).

Note-se que, ainda mais grave do que no início dos anos 2000, o momento atual, marcado que foi pela redução da demanda no serviço de transporte de passageiros em decorrência da pandemia de COVID-19, tem levado as concessionárias a vindicarem pela revisão contratual, a fim de garantir o equilíbrio econômico-financeiro da concessão e, por consequência, viabilizar a manutenção da prestação do serviço durante esse período que foi sensivelmente excepcional.

2 A GARANTIA DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO E A ALOCAÇÃO DOS RISCOS NO CONTRATO DE CONCESSÃO

O equilíbrio econômico-financeiro no contrato de concessão é a relação de igualdade, de equivalência, entre as obrigações assumidas pelo contratado (concessionário) e a remuneração que lhe corresponderá pelo desempenho de tais obrigações, conforme ajustado inicialmente pelas partes quando da contratação (MELLO, 2012, p. 253). Em que pese os contratos de concessão apresentem prazos de duração extensos, pretende-se que a igualdade estipulada no momento inicial da contratação deva ser observada durante todo o período do vínculo contratual, sendo, portanto, uma garantia tanto do contratado como do Poder Público e dos usuários dos serviços públicos delegados.

A garantia do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão é norma de extrema relevância para a segurança e manutenção dos pactos e, por consequência, para a prestação dos serviços públicos pelos agentes privados, de modo que é considerado como verdadeiro “artigo de fé”. Conforme consignou Francis-Paul Benoît, caso tal garantia não fosse assegurada, provavelmente o Poder Público não encontraria contratantes, tendo em vista os poderes exorbitantes e unilaterais reconhecidos à parte governamental nos contratos administrativos (apud MELLO, 2012, p. 253).

A natureza jurídica de ato misto ou complexo das concessões justifica a existência de proteção ao equilíbrio econômico-financeiro, uma vez que a concessão é regida por duas categorias básicas e distintas de normas. A concessão não se esgota no termo de contrato de concessão (i.e., seu articulado e seus anexos), ela vai além desse termo instrumental. Na concepção francesa (Caso *Compagnie générale française des tramways*, Conselho de Estado, 21.03.1910: “dupla natureza da concessão, regulamentar e contratual”), desenvolvida depois sobretudo por Léon Duguit, e por fim recepcionada no Brasil (cf. v.g. STF, in MS 17957, j. 1967: “ato complexo, ato meio-regulamentar, meio-contratual”) a concessão é uma forma de delegação de caráter “misto” ou um ato de caráter

“complexo”: uma parte dela está efetivamente formalizada no termo de contrato (a “meia-parte contratual”), mas a outra parte do regramento da concessão deriva diretamente das normas legais e regulamentares relativas ao modo de prestação do serviço concedido (“meia-parte regulamentar” ou “meia-parte estatutária”).

Esse caráter dúplice da concessão também está pressuposto no art. 29, VI c/c art. 31, IV, Lei nº 8.987 (BRASIL, 1995a), quando se fala nas “disposições regulamentares do serviço” ou “normas do serviço”, por um lado, e, por outro lado, nas “cláusulas contratuais da concessão” (i.e., aquelas constantes no termo de contrato). Na mesma linha está o art. 31, I, nº 8.987/95, que fala nas “normas técnicas aplicáveis” (à concessão) e no “contrato” (rectius: termo de contrato).

As normas sobre o modo e a forma de prestação dos serviços encontram-se nas leis, decretos ou no próprio termo de contrato, buscando sempre melhor atender ao interesse público. Considerando que os objetivos dos serviços públicos são dinâmicos - v.g. atualidade, eficiência etc, cf. art. 6º, Lei nº 8.987 (BRASIL, 1995a) -, essas normas de serviço são alteráveis unilateralmente com base no *jus variandi* do Poder Concedente (alteração da lei, alteração do decreto, alteração unilateral do contrato). Do outro lado, estão as cláusulas contratuais, econômicas e financeiras, as quais correspondem justamente à remuneração do concessionário pelos encargos assumidos, sendo estipuladas com base na autonomia da vontade das partes e, portanto, consideradas intangíveis pelos poderes exorbitantes do Poder Concedente (ARAGÃO, 2013b, p. 806-807), e portanto não submissas ao *jus variandi*. Uma alteração aqui pressupõe acordo de vontades entre Poder Concedente e concessionário. Isso posto, conclui-se que cada concessão de serviço público tem “elementos modificáveis e imodificáveis” (ARAGÃO, 2017, p. 477).

Assim, quando do travamento da relação entre concessionário e Poder Público, consequência do acolhimento da proposta apresentada pelo concorrente no certame licitatório, cria-se uma equação entre a plêiade de direitos do concessionário (mormente a percepção de uma renda) e o conjunto de encargos que está assumindo na relação, sendo esta conhecida como a “equação econômico-financeira” do contrato de concessão, devendo esta equivalência perdurar da pactuação inicial até o termo final do contrato. Esse é o sentido do art. 10, Lei nº 8.987/95: “Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro”.

Maurício Portugal Ribeiro (2011), ao tratar do tema, assevera que a matriz de riscos do contrato de concessão tem o condão de estipular as responsabilidades de cada uma das partes contratantes, de modo que fixa os encargos e benefícios de cada parte e, desse modo, em conjunto com os indicadores de serviços e o sistema de pagamentos constituem a “equação econômico-financeira” do contrato. A manutenção no tempo dessa equação, ou seja, o seu cumprimento permanente, torna salutar a previsão de um sistema de equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos. Por conseguinte, tem-se que as disposições contratuais acerca da remuneração do concessionário estão imunes ao poder de modificação unilateral da Administração Pública, porquanto estão acobertadas pela garantia do equilíbrio econômico-financeiro que assegura a manutenção da equação definida quando do início da relação contratual.

É possível afirmar que a garantia do equilíbrio econômico-financeiro é uma decorrência do princípio da boa-fé, o qual encontra aplicação no âmbito dos contratos administrativos. O mote é evitar que qualquer das partes contratantes obtenha vantagem indevida à custa da outra, devendo receberem exatamente aquilo que foi convencionado quando do ajuste inicial do contrato – as partes não devem ser favorecidas com vantagens além daquelas que consentiram outorgar e que consideraram suficientes para travar a relação e alcançar a satisfação dos respectivos escopos (MELLO, 2012, p. 255).

O equilíbrio econômico-financeiro, dessarte, é uma garantia de mão dupla, pois opera nos dois sentidos, seja em favor do concessionário privado como em favor da Administração concedente. Não obstante, há que se registrar que a sua aplicação apresenta maiores entraves quando funciona em favor do concessionário, pois não é incomum o Poder Concedente apresentar resistência quanto à aplicação da regra quando lhe é desfavorável, motivo pelo qual muitas questões sobre essa matéria desembocam no Poder Judiciário⁴.

A complexidade da garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão é corolário de um mundo não estável, de uma economia repleta de surpresas, onde o desafio da Administração Pública e de seus contratantes é manter a equação econômica do contrato frente às oscilações econômicas apresentadas durante o período de vigência da avença, como ocorre atualmente com as alterações econômicas advindas da crise sanitária de COVID-19, que inexoravelmente afetaram também as concessões de serviços públicos.

Ciente de tal complexidade, o direito positivo brasileiro tutela a garantia ao equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão de serviços públicos desde que a própria noção de serviço público à francesa foi recepcionada no direito administrativo brasileiro, ainda na

4 No âmbito do Supremo Tribunal Federal, os julgados são parcos, posto que em relação a litígios individuais e concretos envolvendo o equilíbrio econômico-financeiro das concessões (e permissões) de transportes, “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que não é cabível pela via do recurso extraordinário a análise de quebra do equilíbrio econômico-financeiro de um contrato de concessão de serviço de transporte público urbano, pois tal expediente demandaria o revolvimento de matéria fática-probatória e da legislação infraconstitucional aplicável à espécie”, em especial das leis locais. (RE 568857 AgR, voto do min. Relator Gilmar Mendes, j. 14.10.2014. Cf. tb. v.g. ARE 1388793 AgR; ARE 1271465 AgR; RE 1117488 ED-AgR; RE 483379 AgR; RE 422049 AgR; AI 665871 AgR; AI 774915 AgR; RE 388606 AgR; AI 822349 AgR; ARE 1070735 AgR; RE 625526 AgR; ARE 1297453 AgR; ARE 1285318 AgR-segundo; AI 820073 AgR-segundo; ARE 640528 AgR; RE 192235 AgR). A temática tende então a chegar ao Supremo Tribunal Federal sob a forma do controle abstrato de constitucionalidade de atos normativos que envolvem o regramento do equilíbrio econômico-financeiro de concessões de transporte (v.g. ARE 1343233 AgR; ADI 5991; ADI 2649; ADI 1052; ARE 929591 AgR; RE 568857; ADI 3225; RE 940662 AgR; ARE 960607 AgR). Existe um precedente envolvendo litígio individual e concreto de concessão de transporte aéreo com mérito do caso julgado pelo STF pela via do recurso extremo (RE 571969 – caso VARIG). Outro precedente envolve o equilíbrio econômico-financeiro de contrato de obra pública (RE-AgRg 902910). Do mesmo modo, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça a jurisprudência pressupõe que o litígio envolva em princípio as hipóteses do art. 105, III, CF 1988 (cf. v.g. AREsp 1437276 AgInt; AREsp 1320094 AgInt; REsp 1493382 AgInt; REsp 1708181; AREsp 996443 AgInt; REsp 1288075; AREsp 627069 AgRg; REsp 1549345; AREsp 678140 AgRg; REsp 1092188 AgRg; REsp 982909; REsp 948990 AgRg; REsp 437620 AgRg; REsp 362938), havendo ainda um precedente sobre suspensão de medida liminar concedida em face da pandemia da Covid-19 (SLS 2696 AgInt). Caso contrário, o litígio tende a ser decidido nas instâncias inferiores dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça (o que potencializa uma fragmentação de entendimentos sobre o efetivo funcionamento do equilíbrio econômico-financeiro, porque também se parte de uma potencial diversidade de regimes nos direitos estaduais, distrital e municipais). Sobre equilíbrio econômico-financeiro de concessões (e permissões) de transportes no STJ, cf. v.g. REsp 1248237; REsp 1595018; REsp 1549406; AREsp 392006 AgRg; REsp 762093; REsp 1108628 AgRg-EDcl; REsp 1054390; REsp 890796; REsp 651927; REsp 628806; REsp 406712; REsp 739987; REsp 821008; REsp 756511; REsp 443796; RMS 14865; REsp 400007; REsp 410367; REsp 341575; RMS 13084; REsp 403905; REsp 120113. Sobre equilíbrio econômico-financeiro de concessão de terminais rodoviários, cf. v.g. REsp 1599065.

primeira metade do século XX⁵.

Em que pese a corrente majoritária da doutrina administrativista defenda que a proteção ao equilíbrio econômico-financeiro possua envergadura constitucional, sendo a referida proteção extraída da “tira” contida no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), segundo a qual serão “mantidas as condições efetivas da proposta” quando do pagamento das obrigações contratuais pela Administração Pública, comungamos de entendimento diverso. Uma análise guiada pelo elemento histórico-genético (Anais da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988) leva a afirmar que o legislador constituinte optou por não consagrar no texto constitucional o instituto do equilíbrio econômico-financeiro (teoria do silêncio eloquente). Os Constituintes de 1988 tomaram como posição expressa a desconstitucionalização de tal garantia, uma vez que ela constava expressamente no art. 167, II, da Constituição de 1967/1969 (e cujo texto foi sucedido pelo atual art. 175, CF 1988). A intenção expressa do Constituinte foi considerar a matéria do equilíbrio econômico-financeiro como infraconstitucional e deixar seu integral regramento apenas e tão somente para a legislação ordinária (no âmbito da “justa remuneração do capital”), sobretudo para permitir as eventuais atualizações e aperfeiçoamentos desse regramento pela maioria simples no Legislativo – foram nada menos do que 36 casos de recusa da inscrição do princípio do equilíbrio econômico-financeiro no anteprojeto de Constituição durante os trabalhos constituintes (LOUREIRO; RODRIGUES, 2020; RODRIGUES; LOUREIRO, 2021).

Divergindo assim da corrente majoritária, Gustavo Loureiro e Itiberê Rodrigues (2020) e Itiberê Rodrigues e Gustavo Loureiro, 2021) lecionam que a “tira” constante do art. 37, XXI, da Constituição Federal nada tem a ver com a preservação do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos. O objetivo do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal é lançar providências moralizadoras em contratos em que a Administração Pública figure como devedora (contratos de colaboração), evitando que tire proveito sobre o contratado através da suspensão ou atraso de pagamentos, parcelamento de pagamentos sem previsão contratual ou legal, realização de pagamentos em atraso sem atualização monetária em período de inflação elevada, etc. Em síntese, o dispositivo constitucional nada dispôs sobre o equilíbrio econômico-financeiro, tratando, sim, da obrigação da Administração contratante respeitar o *pacta sunt servanda*, que nos contratos de colaboração significa realizar o pagamento do preço originariamente ajustado quando da apresentação da proposta pelo contratado.

Por via de consequência, é indubitável a existência da proteção ao equilíbrio econômico-financeiro no âmbito das concessões de serviço público no direito brasileiro, mas ela possui status infraconstitucional, e não constitucional como assevera (equivocadamente) uma parte da nossa doutrina. Assim, é antes de mais nada a Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos, Lei n.º 8.987 (BRASIL, 1995a), no seu Capítulo IV, atinente à política tarifária, que tratou de tutelar o

5 Por exemplo, na década de 1930 (forte na jurisprudência e doutrina francesas), ao abrir tópico para discussão sobre a teoria da imprevisão (e o equilíbrio da concessão), afirmava José Mattos de Vasconcellos (1937, p. 153, 155) que “o poder concedente não tem interesse na ruína do concessionário, a qual será fatalmente determinada pela continuidade dos prejuízos certos e inexoráveis”. E exemplificava depois com caso concreto de seu reconhecimento e aplicação pelo Poder Concedente federal: “Há bem pouco, o Governo brasileiro pleiteou perante o Poder Legislativo um empréstimo de muitos milhares de contos á Leopoldina Railway, para solver sérias dificuldades financeiras decorrentes de algumas linhas deficitárias, por ela exploradas”.

equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão de serviços públicos (sem prejuízo de regramentos específicos no chamado “direito setorial”, i.e., das leis que regram serviços públicos em espécie, tais como a lei de serviços de energia elétrica, lei de telecomunicações, lei de ferrovias etc).

O §2º do artigo 9º da Lei nº 8.987 (BRASIL, 1995a) autoriza a inserção de mecanismos de revisão das tarifas nos contratos de concessão com o desiderato de manter o equilíbrio econômico-financeiro. Além disso, o §3º do art. 9º prevê a revisão da tarifa, para mais ou para menos, quando ocorrer criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais que impactem no valor da tarifa cobrada pelo concessionário. Já em caso de “alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro”, o §4º do art. 9º obriga o Poder Concedente a restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

Note-se, contudo, que apesar de o direito positivo brasileiro assegurar em âmbito infraconstitucional o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos (direito geral e direito setorial), percebe-se que tal regramento não é suficiente para extirpar questionamentos acerca de quais fatos e alterações são suscetíveis de ensejar a readequação do contrato para manter o equilíbrio, motivo pelo qual essa tarefa vem sendo desempenhada com forte apoio de construções doutrinárias e, sobretudo, mediante a inserção de regramento acerca do reequilíbrio econômico-financeiro no próprio termo do contrato para estipular como que essa garantia se efetivará.

Conforme demonstrado acima, o ordenamento jurídico não protege a equação econômico-financeira somente nos casos de alteração unilateral do contrato pelo Poder Concedente, mas também diante de fatos imprevisíveis em geral. Nessa linha, a doutrina clássica sempre defendeu que a álea ordinária ou empresarial, que é o risco a que está sujeito todo o empreendedor da iniciativa privada, não enseja o direito à recomposição da equação, sendo o reequilíbrio do contrato assegurado somente diante de álea extraordinária, seja ela administrativa, isto é, oriunda do Estado (alteração contratual unilateral, fato do príncipe e fato da administração) ou econômica (circunstâncias externas ao contrato e às partes) (ARAGÃO, 2013a, 2017).

A álea ordinária (ou empresarial) está relacionada a eventos previsíveis derivados da própria inserção do agente econômico no mercado, fazendo com que tais eventos estejam circunscritos dentro de um risco normal a qualquer negócio, podendo, inclusive, serem antevistos pelos particulares. Exatamente por serem previsíveis tais eventos não geram direito à recomposição da equação econômico-financeira do contrato (ARAGÃO, 2017, p. 482). Diversamente ocorre com a álea extraordinária que abrange eventos imprevisíveis ou de consequências incalculáveis que afetam a realidade na qual se insere o contrato, pois estes não poderiam ser antevistos pelo particular no momento da apresentação da sua proposta no processo licitatório, razão pela qual, diante da ocorrência de tais eventos extraordinários, medidas necessárias para a recomposição da equação econômico-financeira do contrato deverão ser adotadas. Ademais, a álea extraordinária pode ser classificada em álea administrativa da alteração unilateral do contrato; álea administrativa do fato da administração; álea administrativa do fato do príncipe e álea econômica (ARAGÃO, 2017, p. 482-485).

A álea administrativa da alteração unilateral do contrato decorre da prerrogativa do Poder Concedente modificar as cláusulas da avença com base no seu poder exorbitante, que, no caso das concessões, pode ser aplicada em todas as cláusulas regulamentares do contrato. Contudo, é importante diferenciar o poder de alteração unilateral da concessão (*jus variandi*) do poder de direção e fiscalização, pois no segundo o Poder Concedente apenas emite ordens à concessionária quanto ao cumprimento de disposições contratuais que já estavam previstas originariamente e, por consequência, não tem o condão de gerar a recomposição da concessão (ARAGÃO, 2013a; 2017).

Outra espécie de álea extraordinária é a álea administrativa por fato da Administração que é a ação ou omissão da Administração Pública contratante que atinge diretamente a concessão em execução. Trata-se de um ato específico (e não geral) que afeta o contrato de concessão, sendo tal ato considerado um inadimplemento por parte do Poder Concedente, podendo ensejar a responsabilização da Administração ou a rescisão do pacto (ARAGÃO, 2013a, 2017). Um exemplo de fato da Administração que representa álea extraordinária é quando o Poder Concedente não entrega ou não realiza a desapropriação do local em que a obra necessária à prestação do serviço deve ser executada, causando assim prejuízo não previsto pela concessionária quando do momento da contratação.

A doutrina também reconhece a álea administrativa por fato do príncipe, consubstanciada em uma determinação geral e imprevisível, jurídica ou material, emanada da própria Administração contratante. A determinação, por ser em caráter geral, acaba por atingir de forma reflexa a equação econômico-financeira do contrato de concessão (ARAGÃO, 2013a, 2017). Importante ressaltar que a determinação para ser enquadrada como fato do príncipe deve afetar substancialmente o contrato e, além disso, deve ter sido emitida pela mesma entidade contratante.

Inúmeros casos são considerados fato do príncipe, como, por exemplo, variações tributárias provocadas pelo ente titular do serviço concedido, art. 9º, §3º, Lei n.º 8.987 (BRASIL, 1995a); o congelamento das tarifas das concessionárias federais determinado pelo governo federal; extinção do serviço público concedido em razão da sua liberalização.

A quarta e última espécie de álea extraordinária é a álea econômica, também conhecida como Teoria da Imprevisão. A álea econômica é todo acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que desequilibra consideravelmente a equação econômico-financeira, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa a uma das partes (ARAGÃO, 2017, p. 484).

De destacar que, no caso da Teoria da Imprevisão, o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro decorre de fatos totalmente alheios à Administração. Uma crise econômica, a título de exemplo, pode produzir uma extraordinária elevação de preço de determinados insumos; uma greve pode inviabilizar a fabricação de determinados produtos retirando-os do mercado ou alterando seus preços; uma crise internacional poderá provocar elevação extraordinária dos preços dos combustíveis. São acontecimentos que não guardam qualquer relação com o agir da Administração, porém afetam significativamente o equilíbrio econômico-financeiro da concessão (JUSTEN FILHO, 2014, p. 1016).

A aplicação da Teoria da Imprevisão nas concessões se justifica no argumento de que, se, por um lado, a ocorrência de fatos imprevisíveis não é capaz de eximir o concessionário do cumprimento de suas obrigações, por outro lado, não seria justo que tal agente respondesse sozinho para que um contrato do interesse de toda a coletividade continuasse a ser executado (ARAGÃO, 2013a).

A propósito, contextualizando tal matéria com o cenário atual marcado pelas oscilações econômicas advindas da pandemia de COVID-19, percebe-se que a crise atual desperta debate sobre o enquadramento da quebra da equação econômico-financeira em paradigmas próprios do regime jurídico da concessão, tais como a força maior, caso fortuito e fato do príncipe. Nesse cenário de prejuízos, a Advocacia Geral da União (AGU), através do parecer n.º 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU, reconheceu a COVID-19 como fato extraordinário e imprevisível, responsável por afetar às contratações e onerar excessivamente as concessionárias, motivo pelo qual autoriza o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias, portos e aeroportos para compensar as perdas, devendo o Poder Concedente analisar caso a caso para constatar a forma de alocação de riscos nos respectivos contratos de concessão, bem como se houve impacto significativo na equação econômica do contrato.

Verificada a natureza dos eventos que ensejam o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro da avença, é possível sintetizar os pressupostos para que o particular pleiteie a recomposição da equação econômica da concessão: (a) ocorrência de evento desestabilizador da equação posterior ao momento da formação da equação econômico-financeira, ou seja, após a apresentação da proposta no processo licitatório; (b) o evento deve gerar a impossibilidade, inviabilidade econômica ou dificuldade de proporções relevantes para a execução do objeto do contrato; (c) o evento deve ser imprevisível ou se previsível as suas consequências devem ser impossíveis de serem mensuradas com base no conhecimento técnico existente e; (d) não deve existir conduta culposa por parte do particular, já que para pleitear a recomposição o particular não pode ter colaborado para a ocorrência do evento desestabilizador da equação (NESTER, 2008, p. 5).

Como já se viu, a garantia do equilíbrio econômico-financeiro da concessão demonstra que a mutabilidade dos contratos administrativos está limitada às cláusulas regulamentares, visto que em relação às cláusulas financeiras deve-se observar a intangibilidade, inclusive sendo assegurado o reequilíbrio da equação econômica do contrato para manter a equivalência original entre os direitos e encargos assumidos pelo concessionário.

Aliás, caso tal garantia não fosse assegurada ao particular, o risco que ele assumiria ao contratar com a Administração Pública seria deveras demasiado, inviabilizando a apresentação de propostas condizentes com os preços de mercado, dado que a proposta naturalmente buscaria cobrir, além dos riscos normais da atividade empresarial desenvolvida, eventuais prejuízos advindos da álea extraordinária a que o agente privado estaria exposto.

Por isso, tem-se que é mais vantajoso convidar os interessados a apresentar a menor proposta possível, passível de execução se não se verificar qualquer evento prejudicial ou oneroso

posterior, e, concomitantemente, resguardar o particular de que, havendo evento imprevisível que afete o equilíbrio do contrato, o acréscimo de encargos será suportado pela Administração. Dessa forma, em vez de suportar sempre o custo de eventos meramente potenciais (eventos ligados à álea extraordinária), a Administração somente será onerada quando eles efetivamente ocorrerem (JUSTEN FILHO, 2014, p. 1013).

Destarte, o equilíbrio econômico-financeiro da concessão antes de ser uma garantia das expectativas de rentabilidade do concessionário, é um instrumento de redução dos custos da Administração Pública nas transações de delegação de serviços públicos, o que colabora para uma prestação adequada do serviço público objeto de concessão, porquanto viabiliza a sua continuidade em situações adversas e favorece a modicidade das tarifas.

De todo modo, vale também frisar que, já em vista dos regimes setoriais (que instituem revisões tarifárias periódicas ordinárias) e da práxis dessa mesma sistemática em termos de contratos de concessão de serviços públicos, a figura do equilíbrio econômico-financeiro não mais pode ser assumida *prima facie* como uma espécie de “fotografia dos pratos equilibrados da balança” ao início da concessão e que deva ser mantida assim e invariável até a sua extinção.

No seu lugar, portanto, cabe muito mais falar de equilíbrios econômico-financeiros periódicos e transitórios, mutantes ao longo do contrato, (re)ajustados entre o Poder Concedente e o concessionário com base em critérios pré-definidos, e que vão se sucedendo no tempo e durante o período de vigência da concessão – é o chamado “equilíbrio dinâmico” da concessão⁶.

3 CONTRATO DE TRANSPORTE COLETIVO EM TEMPOS DE PANDEMIA

A concessão do transporte público coletivo rodoviário tem previsão constitucional, conforme art. 30, V da Constituição Federal (BRASIL, 1988), o qual prevê que compete aos Municípios organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial, o qual deve atentar ao princípio constitucional do serviço adequado, previsto no art. 175 do mesmo diploma. Ao lado disso, vigora também a competência federal para os serviços públicos de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (art. 21, XII, “d”). Implicitamente, pela cláusula da competência residual do art. 25, §1º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), os Estados possuem a competência para os serviços públicos de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros.

Nesse contexto, de início devem ser identificadas as leis e regulamentos de cada entidade federativa no âmbito dos seus serviços, e depois identificados os respectivos contratos de concessão de transporte coletivo rodoviário de passageiros, para que ali se analise como a temática do (re)

6 Aragão (2017), p. 487 e segs. Cf. tb. Guimarães (2014), p. 331 e segs. (“dimensão dinâmica” do equilíbrio econômico-financeiro); Moreira (2010), p. 400 e segs. (“alterações circunstanciais”, “dinamicidade da equação econômico-financeira” e “capacidade de aprendizagem dos contratos” de concessão); Justen Filho (2003), p. 397 e segs.

equilíbrio econômico-financeiro do contrato respectivo deve operar em cada caso. A rigor, o ponto de partida é o termo de contrato, por se tratar de *lex specialis*. Somente depois vêm as normas administrativas, e no seu topo os regulamentos executivos, e por fim as leis setoriais da entidade federativa. O presente artigo aborda o tema a partir da perspectiva geral e mais ampla do regramento genérico posto na Lei nº 8.987 (BRASIL, 1995a).

O isolamento social e as medidas de distanciamento no período de pandemia impactaram diversos setores da economia, repercutindo no serviço de transporte coletivo. Nesse contexto, muitas pessoas passaram a trabalhar em *home office*, outras desempregadas, as atividades de lazer e socialização estão restritas, com repercussão na redução da demanda pelo transporte coletivo, ainda que por um lapso temporal transitório, mas de durabilidade incerta (DE VOS, 2020, p.2). Aliada à queda de demanda da população pelo transporte coletivo, somou-se a necessidade de intensificação das medidas de higiene nos veículos, incremento nos equipamentos de proteção individual, aumento do número de veículos em circulação para reduzir a lotação, a qual ficou também limitada (LIMA; CARVALHO; FIGUEIREDO, 2020, p. 995).

Tais fatores ocasionados pela pandemia de COVID-19 impactaram a perspectiva financeira das concessionárias, de forma que pode ser necessário o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão.

Nesse sentido, por exemplo, a Associação Nacional das Empresas de Transportes Urbanos (NTU) divulgou relatório com impacto da redução de frota e de demanda de passageiros nas capitais do país no primeiro mês de isolamento social, o que, por certo, prolongou-se durante o ano de 2020, e vem desde lá tentando retomada lenta e gradual, de acordo com as medidas de distanciamento social controladas por cada Estado. Os dados mostram a abrupta queda da demanda pelo serviço, o que gera, por consequência, impactos na arrecadação e na saúde financeira das concessionárias, as quais dependem da tarifa do usuário para sua manutenção.

Figura 1 - Relatório Covid19 e o Transporte Público por Ônibus



Fonte: NUT - Associação Nacional das Empresas de Transporte Urbano, (2020)

Ao falar em perspectiva financeira das concessionárias, é importante destacar que a delegação da prestação do serviço público, feita pelo poder concedente, mediante licitação, impõe à concessionária a gestão do contrato por sua conta e risco, conforme dispõe o art. 2º da Lei 8.987/95 (BRASIL, 1995a).

Marçal Justen Filho (2003, p. 14) lembra, todavia, que a expressão “por conta e risco” da concessionária na verdade se refere à ausência de remuneração pelo Poder Público e pelo sistema de tarifa ao usuário, ou seja, é o risco precificado que integra o próprio valor da tarifa, de forma que quanto mais risco tiver a atividade, maior será a tarifa.

Contudo, no âmbito da prestação do serviço de transporte público coletivo, as concessionárias também aplicam a tarifa social, em razão da natureza do serviço prestado e do interesse coletivo, a qual não corresponde, muitas vezes, ao valor técnico adequado à prestação do serviço para cobrir os riscos da atividade de forma integral, exigindo subsídios financeiros⁷, situação que pode ser agravada em razão das novas exigências e restrições que se destinam ao serviço de transporte coletivo.

Portanto, o período de isolamento social decorrente da pandemia tem o potencial para ter desequilibrado os contratos de concessão de serviço público, em razão da queda de demanda dos usuários, queda na arrecadação, aumento das despesas de higiene e EPIs.

Controvérsias decorrentes desse desequilíbrio econômico-financeiro são urgentes e demandam se possível uma pronta solução, uma vez que versam sobre interesse coletivo e sobre a própria manutenção da prestação do serviço público, em que há, inclusive, interesse público na estabilidade dos contratos de transporte coletivo (LIMA; CARVALHO; FIGUEIREDO, 2020, p. 1002).

4 MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

As controvérsias que podem resultar dos contratos de concessão de serviço público de transporte coletivo, podem ser resolvidas de forma adequada, sem a obrigatória intervenção do Poder Judiciário, em consonância com a consensualidade no âmbito da Administração Pública, por meio dos mecanismos privados de solução de disputas, previsto na legislação que trata das concessões e permissões de serviços públicos. É dizer, a legislação ampara a negociação direta bem como mecanismos de solução extrajudicial relativas a questões de equilíbrio econômico-financeiro dessas concessões.

⁷ Relativamente aos serviços públicos federais nela enumerados, o art. 35 da Lei nº 9.074 (BRASIL, 1995b) dispõe que “A estipulação de novos benefícios tarifários pelo poder concedente, fica condicionada à previsão, em lei, da origem dos recursos ou da simultânea revisão da estrutura tarifária do concessionário ou permissionário, de forma a preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato”.

4.1 Mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes do contrato de concessão

O art. 23 da Lei nº 8.987 (BRASIL, 1995a) elenca as cláusulas essenciais do contrato de concessão, dentre as quais está a obrigatoriedade da previsão do modo amigável de solução das divergências contratuais (inciso XV). A previsão dos conteúdos essenciais nos contratos de concessão constitui uma reserva contratual, ou seja, previsão contratual obrigatória, sob pena de nulidade do contrato. Os temas previstos no rol do referido artigo 23 são obrigatórios a qualquer modalidade de contrato de concessão, os quais, a depender da matéria que disciplinam, podem ter cláusulas essenciais acrescidas pela legislação específica.

Na sequência, o art. 23-A da Lei 8.987 (BRASIL, 1995a) complementa a previsão da solução amigável das disputas, disciplinando que os contratos de concessão de serviço público poderão conter previsão de emprego de mecanismos privados para solução de disputas, inclusive a arbitragem.

Dessa forma, advindo conflito contratual entre o poder concedente e a concessionária, este não precisa necessariamente ser resolvido com a intervenção do Poder Judiciário, ou seja, por uma solução adjudicada. As partes contratantes podem prever a sua resolução de forma amigável pelos métodos adequados de solução de conflitos, como, por exemplo, a arbitragem e o *dispute board*.

A arbitragem destina-se à solução de controvérsias envolvendo direitos patrimoniais disponíveis. E por serem disponíveis, teoricamente, não contemplaria questões envolvendo interesse público. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela possibilidade de adoção de arbitragem em caso de empresas estatais que explorem atividade econômica, como, por exemplo, no REsp 612439 do Superior Tribunal de Justiça, destacando que “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”.

Nessa linha, a Lei 13.129 (BRASIL, 2015b) alterou a Lei de Arbitragem, prevendo expressamente, no seu art. 1º, que a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

No âmbito dos contratos de concessão, algumas cláusulas versam sobre direitos disponíveis e podem ser submetidas à arbitragem, tais como execução de multa contratual, recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, aplicação de reajustes, indenização por extinção antecipada. Dessa forma, controvérsias decorrentes do contrato de concessão de transporte coletivo podem ser solucionadas com a adoção dos métodos adequados de solução dos conflitos, especialmente as que visam a manutenção ou o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos em tempos de pandemia.

A Lei 8.987 (BRASIL, 1995a) dispõe sobre a possibilidade do contrato de concessão conter a previsão de adoção de mecanismos privados de solução de controvérsias, dos quais a arbitragem é um exemplo. Nesse sentido, interessante a possibilidade de adoção também do *dispute board*.

O *dispute board* é um método alternativo de solução de litígios, não estatal, com origem nos Estados Unidos e destinação inicial aos contratos de construção civil. Consiste na formação de um comitê técnico formado, geralmente, por três pessoas (engenheiros e advogados). Destina-se a contratos de longo prazo e, com a função multidisciplinar, orienta a prevenção e solução de controvérsias desde o início do contrato, podendo fazer recomendações e/ou tomar decisões. O instituto em comento tem por objetivo também preencher lacunas contratuais, atuando na prevenção e no combate de litígios (MACHADO, 2018, p. 13).

A principal vantagem do *dispute board* é o acompanhamento do contrato pelo comitê técnico desde o seu início (PEREIRA, 2018, p. 1), pois com o conhecimento de questões de forma mais profunda e técnica podem propor medidas que evitem conflitos ou que os solucionem da forma mais efetiva e menos custosa para as partes contratantes. Nada impede, contudo, que concessionária e poder concedente estabeleçam um aditivo contratual disciplinando a atuação do comitê de resolução de disputa no âmbito da concessão de serviço público.

Utilizado de forma tímida no Brasil, tem o precedente de utilização pela Prefeitura de São Paulo, conforme Lei Municipal 16.873/2018, na obra da Linha 4 do Metrô, mas há tendência de ampliação dessa adoção, tendo em vista que o Banco Mundial exige a inclusão do *dispute board* nos contratos de financiamento de obras de infraestrutura superiores a 50 milhões de dólares. Atualmente, tramitam no Congresso Nacional dois projetos de lei que versam sobre a regulação dos comitês (*dispute board*), o Projeto de Lei na Câmara dos Deputados 9883/2018 e o Projeto de Lei no Senado Federal 206/2018.

Destaca-se que, diante das inúmeras vantagens da adoção dos métodos adequados de solução de conflitos, especialmente a economia de tempo e financeira, tem consolidado a possibilidade e a necessidade da consensualidade em âmbito administrativo. Nesse sentido, no tocante aos contratos de concessão de serviço público, o Enunciado nº 19 da I Jornada de Direito Administrativo do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, o qual prevê que “as controvérsias acerca de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos integram a categoria das relativas a direitos patrimoniais disponíveis, para cuja solução se admitem meios extrajudiciais adequados de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.”

Sobre a fundamentação jurídica, Flávio Amaral Garcia (2019) reconhece de início a inexistência de um dispositivo legal específico para o *dispute board*, mas defende que para as concessões comuns o art. 23-A da Lei nº 8.987 (BRASIL, 1995a) e para as PPP's o art. 11, III da Lei nº 11.079 (BRASIL, 2004) admitem “o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato” - e com isso podemos afirmar que a espécie

dispute board pode ser subsumida no gênero previsto nessas leis⁸.

Com o exposto, diante das vantagens de utilização dos métodos adequados para solução de litígios, impõe-se a superação do dogma da indisponibilidade do interesse público como óbice para o consensualismo na administração pública. O interesse público deve ser sempre observado, por expressa determinação dos princípios constitucionais, mas isso não significa em recusa à consensualidade, pois o interesse público pode e deve ser contemplado de diferentes formas, em que a solução estatal não é necessariamente o melhor formato.

1.2 Consensualidade na Administração Pública

As diferentes possibilidades de soluções adequadas de conflitos, em âmbito público e privado, têm sido constantemente incentivadas, especialmente após a inauguração do microsistema legal de soluções não adjudicadas dos conflitos, com a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2010), a qual inicia a Política Pública de solução de conflitos, seguida pelo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015a) e pela Lei de Mediação, Lei 13.140 (BRASIL, 2015c).

Apesar dos mecanismos legais de estímulo a solução adequada dos conflitos, a consensualidade no âmbito do Poder Público encontra o óbice da indisponibilidade do interesse público. A vinculação ao interesse público, com a função balizadora da atuação estatal, é vista como um dogma que defendia a não atuação no controle de mérito do ato administrativo, tenta obstaculizar a possibilidade de negociação do Poder Público e os cidadãos (MOREIRA NETO, 2003, p. 134).

Contudo, impõe-se a superação do dogma do interesse público indisponível pelo interesse público efetivo, no qual há lugar para o consenso como forma de busca pela eficiência na governabilidade, controle de legalidade em face de abusos, contemplar o critério de justiça nas decisões com a observância de interesses mútuos (MOREIRA NETO, 2003, p. 138).

Com a intenção de busca pela consensualidade administrativa, a Advocacia Geral da União instituiu o Ato Regimental 05 (BRASIL, 2007), que institui a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), conforme dispõe o art. 4º, VIII, com o objetivo de estimular a conciliação entre órgãos da Administração Federal e supervisionar a prática conciliatória no âmbito da Advocacia Geral da União.

Especialmente em relação à Administração Pública no cenário consensual, objeto deste estudo, o Código de Processo Civil (BRASIL, 2015a) prevê em seus artigos 174 e 175 a criação de câmaras de mediação e conciliação, para solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, destacando que a previsão legal não exclui outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, com regulação por lei específica.

A Lei de Mediação, Lei 13.140 (BRASIL, 2015c) destina um capítulo para a

⁸ Vale referir que também a nova lei de normas gerais de licitação e contratos administrativos - Lei 14.133 (BRASIL, 2021) – reconhece no seu art. 151 os *dispute boards* (ali denominados de “comitê de resolução de disputas”) como um dos mecanismos de solução alternativa para questões sobre o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos nela regradados (onde não estão incluídas, todavia, as concessões de serviço público).

autocomposição dos conflitos em que for parte a Administração Pública, em que as Câmaras de Conciliação possuem diversas atribuições de finalidade consensual, como dirimir conflitos entre órgãos e entidades da Administração Pública, avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos que envolvam controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público, bem como promover a celebração de termo de ajustamento de conduta. É excepcionada, contudo, a possibilidade conciliatória das controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo.

Merece destaque o art. 32, § 5º da lei em comento, o qual traz expressa previsão sobre a adoção da solução consensual em questões que envolvam a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, que vai ao encontro das demandas oriundas da concessão de transporte público coletivo.

Digna apenas de menção (uma vez ser inaplicável às concessões de serviço público), vale lembrar que também a nova lei de normas gerais de licitações e contratos administrativos, Lei nº 14.133 (BRASIL, 2021), segue por esse mesmo caminho, e (diferentemente da Lei nº 8.666/93) tem seu Capítulo XII dedicado aos “Meios Alternativos de Resolução de Controvérsias”, “notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem” (art. 151), em especial com “as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato” (art. 151, parágrafo único).

A solução consensual em que figura como parte a Administração Pública demanda um tratamento diferenciado, tendo em vista o dever de observar os princípios peculiares do direito administrativo, com a necessidade de autorização legislativa que autorize a transação, bem como a observância da competência do ente público (SPENGLER; WRASSE, 2017, p. 80).

Nesse sentido, o intuito da previsão do segundo capítulo da Lei de Mediação, ao prever a possibilidade da consensualidade pela Administração, é reduzir a judicialização de demandas em face do Poder Público, que figura como um dos maiores litigantes, segundo o relatório da Justiça em Números do CNJ (BRASIL, 2020), além de propiciar a composição dos interesses dos envolvidos, evitando prejuízo ao interesse coletivo com a paralização de serviços públicos. A previsão legislativa referida vai ao encontro da concepção contemporânea da Administração Pública gerencial (MOREIRA NETO, 2016, p. 28), com o incentivo da solução extrajudicial dos conflitos.

A prestação de alguns serviços públicos de forma deficitária, associada a má gestão administrativa com excesso de burocratização, contribui para a cultura do litígio e da judicialização, em que o cidadão busca a solução de seu problema diretamente no Poder Judiciário (MOREIRA NETO, 2016, p. 18). Dessa forma, a finalidade da Lei de Mediação é enfrentar o dogma do interesse público e a crescente judicialização de demandas envolvendo a Administração Pública, os quais contribuem para sobrecarga do Poder Judiciário com o alto índice de litigiosidade, oferecendo uma solução dialogada e consensual.

Nesse desiderato, deve-se perseguir a tríade efetividade, celeridade e adequação para contemplar o efetivo acesso à justiça e não apenas o acesso formal. Para que esses três aspectos/pilares do acesso à justiça sejam contemplados, nem sempre a solução passa pela via judicial

ou pela decisão judicial. No caso analisado no presente estudo, a judicialização de conflitos que envolvam a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro em razão da pandemia de COVID-19, isolamento social e crise econômica de alguns setores produtivos, implicaria em uma longa demanda judicial, a qual provavelmente não apresentaria uma resposta adequada, em razão da não observação do fator tempo (celeridade), pois o reequilíbrio econômico-financeiro demanda resposta mais imediata.

As previsões normativas não impõem um dever de negociação à Administração Pública, mas sinalizam com a adequação da utilização dos métodos não adversariais, com a institucionalização da prática autocompositiva e a superação do mito da indisponibilidade do interesse público que, por muito tempo, foi um obstáculo à prática das soluções consensuais no âmbito da Administração Pública.

Dessa forma, nos contratos de concessão de transporte coletivo, em que se pretende a manutenção do equilíbrio ou a obtenção do reequilíbrio econômico-financeiro, decorrente da situação de crise causada pela pandemia de COVID-19, os métodos adequados de solução de conflitos mostram-se eficazes instrumentos, considerando especialmente o fator temporal e a urgência da composição, a qual se refere à cláusula contratual de direito disponível.

CONCLUSÃO

Este artigo teve como objetivo analisar as possibilidades de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de transporte público coletivo em tempos de pandemia de COVID-19, com destaque à possibilidade de recomposição da equação econômica desses contratos através da utilização de métodos adequados de solução de litígios.

A partir da compreensão do contrato de concessão de serviço público sedimentada na Constituição Federal (BRASIL, 1988) e na Lei 8.987 (BRASIL, 1995a), foi analisada a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, sujeita à álea ordinária e extraordinária nos contratos de concessão, hipótese em que, ocorrendo um desequilíbrio previsto ou imprevisto, o concessionário poderá pleitear a recomposição da equação econômico-financeira do pacto.

As concessões públicas foram e são essenciais para viabilizar o desenvolvimento industrial e crescimento econômico com investimentos da iniciativa privada. A garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão é desafiada por diversos fatores de repercussões econômicas, inclusive com a pandemia de COVID-19 que assolou diversos seguimentos sociais.

Constatou-se que o período de isolamento social impactou o serviço de transporte coletivo, pelos motivos acima enfrentados, sendo necessário o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos dessa modalidade de concessão pública. Nesse contexto, a solução adequada dos conflitos, prevista como cláusula obrigatória nos contratos de concessão, é medida diferencial para oportunizar o reequilíbrio econômico-financeiro de forma célere e que atenda às necessidades do poder concedente e da concessionária.

Os resultados da revisão bibliográfica e documental demonstraram que as experiências vivenciadas durante o período de isolamento social em relação aos impactos nos contratos de concessão de transporte coletivo desafiam soluções que contemplem a tríade efetividade, celeridade e adequação. Isso porque as controvérsias entre Poder Público e concessionária podem ser resolvidas de forma amigável, via arbitragem ou *dispute board*, sem a intervenção compulsória do Poder Judiciário.

No que se refere às implicações práticas, esta pesquisa permite orientar quanto à adequação da utilização de métodos não adversariais, com destaque para arbitragem e o *dispute board*, para solução das potenciais controvérsias oriundas do desequilíbrio causado pela nova realidade do período de isolamento social, também no âmbito dos contratos de concessão – conforme se viu, ambos possuem embasamento legal suficiente para tanto. Dessa forma, destaca-se como principais contribuições/benefícios práticos da solução consensual a manutenção dos serviços públicos delegados de forma adequada à população.

Além disso, os resultados dessa pesquisa contribuem socialmente para a solução adequada dos conflitos, também no espaço público, tendo em vista que o estímulo ao consenso reduz a judicialização, tendo em vista que o Poder Público é um dos maiores litigantes no Poder Judiciário, bem como difunde a cultura da pacificação.

Para futuras pesquisas, recomenda-se a análise dos métodos adequados de solução de conflitos para controvérsias que envolvam o Poder Público, na condição de litigante, em outras áreas de atuação, diversas dos contratos de concessão de transportes coletivos, como forma de mapear a consensualidade de forma mais abrangente no espaço público.

Com o exposto, é possível concluir que, diante das vantagens de utilização dos métodos adequados para solução de litígios, impõe-se a superação do dogma da indisponibilidade do interesse público como óbice para a consensualidade na administração pública. Dessa forma, os métodos adequados de solução de conflitos mostram-se eficazes instrumentos para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão de transporte coletivo, considerando, especialmente, o fator temporal e a urgência da composição, a qual se refere à cláusula contratual de direito disponível.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Leticia Queiroz de. **Teoria das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão**. São Paulo: Malheiros, 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A evolução do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 263, p. 35-66, maio/ago. 2013a.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013b.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 4. Ed. Belo Horizonte: Fórum,

2017.

AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei de. **Concessão de serviços públicos**: comentários às Leis 8.987 e 9.074 (parte geral) com as modificações introduzidas pela Lei 9.648, de 27.5.98. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL. **Ato Regimento 05/2007 da Advocacia Geral da União**. Institui a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF). Brasília, DF: Conjurnormas, 2007. Disponível em: http://sistemasweb.agricultura.gov.br/conjurnormas/index.php/ATO_REGIMENTAL_N%C2%BA_5,_DE_27_DE_SETEMBRO_DE_2007. Acesso em: 24 nov. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 9 nov. 2020.

BRASIL. **Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm. Acesso em 10 nov. 2020.

BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. **Lei 13.129, de 23 de maio de 2015**. Altera a Lei 9307/96. Brasília, DF: Presidência da República, 2015c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm. Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. **Lei 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Brasília, DF: Presidência da República, 2015b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. **Lei 14.133, de 1º de abril de 2021**. Dispõe sobre Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 05.10.2022.

BRASIL. **Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm. Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. **Lei 9.074, de 7 de julho de 1995**. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9074compilada.htm. Acesso em: 10 nov. 2020.

CAVALCANTI, Bianor Scelza. Reformas e políticas regulatórias na área de transportes. *In*: CONGRESO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 7., 2002, Lisboa. **Annales** [...]. Lisboa: [n.d.], 2002.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução 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. Brasília, DF: CNJ, 2010. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 22 nov. 2020.

DE VOS, J. Transportation Research Interdisciplinary Perspectives The effect of COVID-19 and subsequent social distancing on travel behavior. **Transportation Research Interdisciplinary Perspectives**, [s. l.], v. 5, 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.1016/j.trip.2020.100121>

GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, permissões e regulação**. São Paulo: Malheiros, 2019.

GONÇALVES, Pedro. **A concessão de serviços públicos**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A experiência brasileira nas concessões de serviço público**. São Paulo: Tribunal de Contas, [2020]. Disponível em: https://www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/A-experiencia-brasileira-concessoes-servico-publico-artigo_0.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de serviço público**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

LIMA, Gregório Costa Luz de Souza; CARVALHO, Gabriel Stumpf Duarte de; FIGUEIREDO, Miguel Zobarán. A incompletude dos contratos de ônibus nos tempos da COVID-19. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 54, n. 4, p. 994-1009, 2020.

LOUREIRO, Gustavo Kaercher; RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. **Tem mesmo base constitucional o equilíbrio econômico-financeiro das concessões?** Por um modelo flexível do regime econômico das concessões de serviço público. São Paulo: CERI - Fundação Getúlio Vargas, 2020. Disponível em: <https://ceri.fgv.br/publicacoes/tem-mesmo-base-constitucional-o-equilibrio-economico-financeiro-das-concessoes-por-um>. Acesso em: 4 jan. 2021.

MACHADO, Matheus Oliveira. A aplicabilidade dos Dispute Boards no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. **Revista de Doutrina e Jurisprudência**, Brasília, v. 54, p. 12-31, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Concessão de serviço público e sua equação econômico-financeira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 259, p. 251-272, jan./abr. 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Serviço público e concessão de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2017.

MONTEIRO, Vera. **Concessão**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa**.

Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 231, p. 129-156, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Futuro da Advocacia Pública: a ação preventiva e proativa. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, v. 7, p. 11–36, 2016.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas concessões, permissões e parcerias**. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2011.

NESTER, Alexandre Wagner. A tutela ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, n. 17, jul. 2008. Disponível em: <http://www.justen.com.br/informativo>. Acesso em: 27 nov. 2020.

NUT (Associação Nacional das Empresas de Transporte Urbano). **Covid19 e o Transporte Público por ônibus: impactos no setor e ações realizadas**, 2020. Disponível em: <https://www.ntu.org.br/novo/upload/Publicacao/Pub637231535674949776.pdf>. Acesso em 07 out. 2020.

PEREIRA, A. C. M. Dispute boards e contratos administrativos: uma medida de eficiência. **Revista Eletrônica Da Pge**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 1–2, 2018.

RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**. São Paulo: Atlas, 2011. Disponível em: <https://portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/>. Acesso em: 6 jan. 2020.

RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano; LOUREIRO, Gustavo Kaercher. O mito do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão na Constituição de 1988. *In*: NOHARA, Irene Patrícia; SALGADO, Rodrigo Oliveira (org.). **Gestão pública, infraestrutura e desenvolvimento: 20 anos do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 137-166.

SPENGLER, F. M.; WRASSE, H. P. A (Im) Possibilidade da (Auto) Composição em Conflitos Envolvendo a Administração Pública: do conflito à posição do terceiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual UERJ**, v. 18, p. 69–93, 2017.

TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada (o exemplo brasileiro) *In*: TÁCITO, Caio. **Temas de direito público (estudos e pareceres)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1, p. 721-733.

VASCONCELLOS, José Mattos de. **Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1937. v. II.

Como citar: Arena, Marcela Casanova; ALMEIDA, Ândreo da Silva; RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. Contratos de concessão de transporte coletivo rodoviário na pandemia: consensualidade na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 3, p. 127-150, dez. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n3p. 127. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 12/ 10/2022

Aceito em: 30/08/2022

**ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO
E PARADIGMA DA JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL: O DEBATE SOBRE A
LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL**

RULE OF LAW AND CONSTITUCIONAL
JURISDICTION PARADIGM: THE DEBATE
ON THE DEMOCRATIC LEGITIMACY OF
THE CONSTITUTIONAL COURT FOR THE
INTERPRETATION AND DEFENCE OF THE
CONSTITUTION

Anizio Pires Gavião Filho*
Bruna Moresco Silveira**

* Doutor em Direito (Universidade Federal do Rio do Rio Grande do Sul - UFRGS). Mestre em Direito (UFRGS). Prof. Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – Mestrado Acadêmico – da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público - PPGD/FMP. Prof. Titular da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Prof. Coord. Grupo de Pesquisa “Colisão de Direitos Fundamentais e Direito como Argumentação” do PPGD/FMP. Procurador de Justiça, RS
E-mail: piresgaviao@hotmail.com

**Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Integrante do Grupo de Pesquisa Colisão de Direitos Fundamentais e o Direito como Argumentação, do Programa de Pós-Graduação em Direito pela FMP, coordenado pelo Prof. Dr. Anizio Pires Gavião Filho, vinculado no CNPq ao Grupo de Estudos Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. Assessora de Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS)
E-mail: bruna.msilveira@yahoo.com.br

Como citar: GAVIAO FILHO, Eric Anizio Pires; SILVEIRA, Bruna Moresco. Estado de Direito Democrático e paradigma da jurisdição constitucional: o debate sobre a legitimidade democrática do Tribunal Constitucional. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 3, p. 151-166, dez. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n. 3 p. 151. ISSN: 1980-511X

Resumo: Trata o presente artigo do debate, no contexto do Estado Democrático de Direito, sobre a legitimidade democrática da instituição de um Tribunal Constitucional para a interpretação e defesa da Constituição, em especial dos direitos fundamentais, por meio do controle de constitucionalidade. O problema reside na questão de saber se a jurisdição constitucional conflita ou não com a ideia atual de democracia e Estado de Direito. O método de abordagem foi o dedutivo e o procedimento utilizado foi monográfico, pois se buscou um estudo específico do tema. As conclusões foram sendo ressaltadas ao longo do texto e vêm alinhavadas ao final.

Palavras-chave: constituição; democracia; estado de direito; jurisdição constitucional; direitos fundamentais.

Abstract: The present work focus on the debate related to the democratic legitimacy of the establishment of a Constitutional Court responsible for the interpretation and defense of the Constitution and especially the fundamental rights. The matter is to know whether the constitutional jurisdiction conflicts with the idea of democracy and the Rule of Law. The approach method

was the deductive one and the procedure was based on the relevant studies of the topics discussed. The conclusions were emphasized throughout the text and are aligned at the end of it.

Keywords: constitution; democracy; rule of law; constitutional jurisdiction; fundamental rights.

INTRODUÇÃO

Ao longo do século XX, principalmente após a violação sistemática de direitos durante a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), as Constituições, cada vez mais, passaram a abranger um conjunto de princípios e valores hierarquicamente superiores no ordenamento jurídico, além de um amplo rol de direitos fundamentais, dotados de força vinculante, conferindo o parâmetro a partir do qual as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas. A concepção formal do Estado de Direito foi superada pela visão do Estado constitucional, que, por ser em geral democrático, deu origem ao Estado de Direito democrático constitucional. Neste novo modelo, a visão de democracia como a soberania absoluta e incondicional da maioria não mais prevalece, pois deve ser exercida de acordo com os direitos fundamentais, a fim de que todos os valores legítimos da sociedade plural sejam considerados.

Para garantirem respeito aos direitos fundamentais, no contexto da democracia substantiva, diferentes Constituições conferiram a Tribunais Constitucionais o poder de controlar o modo pelo qual é exercida a autoridade coercitiva do Estado, por meio do controle de constitucionalidade e, assim, funcionar como guardiões dos direitos fundamentais, garantindo que os interesses das minorias sejam respeitados pela maioria governante.

Esse movimento deu origem ao que se denomina de paradigma da jurisdição constitucional, tendo sido marcante o exemplo da Alemanha. Neste país, foi constatado, no período do pós-guerra, que a mera previsão de um catálogo de direitos fundamentais na Constituição de Weimar, que não havia instituído um Tribunal Constitucional para conferir a proteção a tais direitos, não era suficiente para garantir o respeito aos direitos fundamentais estabelecidos no texto constitucional. Assim, em razão da preocupação com a efetividade dos direitos fundamentais, foi instituído o Tribunal Federal Constitucional com competência para o controle de constitucionalidade, apontado por Robert Alexy (2015b, p. 128) como um dos “tesouros da Lei Fundamental”, modelo este adotado por outros países europeus e também da América Latina.

O surgimento do paradigma da jurisdição constitucional acentuou o debate sobre a legitimidade democrática da instituição de um Tribunal Constitucional para a interpretação e defesa da Constituição, em especial dos direitos fundamentais, no Estado de Direito democrático, considerando que, apesar de os seus membros não serem eleitos, decidem sobre conflitos políticos de natureza constitucional, sem controle democrático posterior. Essa situação gera o denominado risco democrático, no sentido de que o Tribunal Constitucional pode adquirir uma supremacia ao deliberar sobre questões constitucionais morais, em detrimento da soberania popular e do princípio democrático, cujo resultado pode ser a supremacia dos juízes em nome da supremacia da Constituição.

Diante das críticas realizadas à função conferida aos Tribunais Constitucionais, que são uma realidade em muitos ordenamentos jurídicos, instaura-se um ambiente propício para o debate sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, já no contexto do Estado Democrático de Direito, tema que será abordado neste estudo. Questiona-se, então, se há

fundamento teórico para afirmar que a jurisdição constitucional se harmoniza com a ideia atual de democracia. Para a construção do debate, serão exploradas algumas das teorias desenvolvidas no contexto do minimalismo constitucional, da concepção procedimental da Constituição e da teoria substancial da Constituição.

1 O PARADIGMA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO

O século XIX e a primeira metade do século XX, na Europa Continental, foram marcados pelo modelo do Estado de Direito legal ou formal, identificado com o Estado liberal burguês, caracterizado pelo minimalismo constitucional, pela redução do direito à lei formal, pela exclusão da moralidade do fenômeno jurídico e pela onipotência do legislador (MELLO, 2004, p. 25). A ideia prevalente era a da supremacia da lei em relação à administração, à jurisdição e aos cidadãos, o que permite identificar um modelo de Estado legislativo baseado no princípio da legalidade¹, que reflete a noção de lei como um ato normativo supremo que não é oponível a nenhum direito mais forte, bem como que revela a redução do Direito à lei (ZAGREBELSKY, 2011, p. 24).

As leis, por sua vez, refletiam a hegemonia da burguesia, que se expressava no momento do processo legislativo, e, conseqüentemente, o monopólio político-legislativo desta classe social, principalmente em função da limitação do direito ao voto, que mantinha o proletariado e os movimentos políticos fora do processo democrático (ZAGREBELSKY, 2011, p. 31-32). Diante da esperada coerência e unidade das leis produzidas por uma única classe social, com valores próprios, foi construída a noção de que não haveria a necessidade de se estabelecer limites às leis, que estavam justamente vinculadas a um contexto político-social e ideal bem definido e homogêneo (ZAGREBELSKY, 2011, p. 31-32).

Neste modelo, era dada às Constituições uma função macroestrutural e procedimental no sistema jurídico, no sentido de que organizavam o poder político e estabeleciam o processo de formação das leis, sem afetar, de forma significativa, o conteúdo do Direito, considerando que tal conteúdo seria definido com quase absoluta liberdade pelo legislador, e sem prever um catálogo amplo de direitos individuais, além daqueles que preservavam a esfera de liberdade dos indivíduos ao restringir a atuação estatal (MELLO, 2004, p. 25).

O modelo do Estado de Direito liberal, contudo, não sobreviveu às mudanças que ocorreram no curso do século XX. Os acontecimentos da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), sobretudo em função da sistemática violação de direitos humanos, da crise política e moral vivenciada e das transformações socioeconômicas das sociedades industrializadas, acarretaram mudanças radicais na estrutura e nas funções das Constituições, pois o constitucionalismo deixou de ser centrado na soberania parlamentar e legal, para se centrar na criação de um amplo sistema

1 A concepção do Estado de Direito liberal se aproxima das ideias do positivismo jurídico, ao pressupor a concentração da produção jurídica apenas à esfera legislativa e a redução dos direitos e da justiça ao disposto em lei, sem valor autônomo, do que se concluía que a atividade dos juristas se restringia à busca da vontade do legislador, mediante a aplicação do raciocínio de subsunção (MELLO, 2004, p. 25).

de direitos fundamentais, incorporando valores morais, políticos e sociais, com a subordinação da lei à Constituição (MELLO, 2004, p. 84).

Paralelamente, a hegemonia da burguesia foi cedendo lugar a uma sociedade plural e diferentes grupos sociais passaram a integrar o processo legislativo, que igualmente se tornou mais plural, acarretando a multiplicação das leis de caráter setorial e a pulverização do direito legislativo, bem como uma heterogeneidade dos valores e interesses expressados pelas leis, o que refletiu, por sua vez, no papel da Constituição de articular os valores morais, políticos e sociais dos diferentes grupos sociais e garantir um projeto de vida em comum (ZAGREBELSKY, 2011, p. 13-14).

Em face da unificação pretendida, acentua-se a função jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, por limitarem a margem de atuação e decisão estatal, de modo que ao Estado não é permitido o exercício das competências legislativas, administrativas e jurisdicionais sem o respeito aos direitos fundamentais (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 67). Deste modo, a ideia que prevalece é a de que os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo, o fundamento e o limite da atuação estatal, porquanto estabelecem as fundações da relação entre o indivíduo e o Estado e restringem a atuação estatal (PULIDO, 2014, p. 324).

Em resumo, as Constituições passaram a abranger um conjunto de princípios e valores hierarquicamente superiores no ordenamento jurídico, dotados de força obrigatória, inclusive ao legislador, conferindo o parâmetro a partir do qual as leis serão interpretadas. Além disso, ao refletirem os valores morais, políticos e sociais dos diferentes grupos sociais da sociedade plural, que marcam um Estado democrático e pluralista, as Constituições passaram a ter o papel de assegurar a unidade em um conjunto de princípios e valores que decorrem de um amplo consenso social, precipuamente por meio dos direitos fundamentais².

A concepção formal do Estado de Direito, portanto, foi superada pela visão do Estado constitucional – em geral tido como democrático, dando origem ao Estado de Direito Democrático –, que abrange elementos materiais sintetizados na ideia de que a legalidade e a ação estatal se vinculam aos direitos e garantias fundamentais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 280-282).

Levando-se em consideração a essência do Estado Democrático de Direito, verifica-se que a visão de democracia como a soberania absoluta e incondicional da maioria não mais prevalece, pois a democracia deve ser exercida de acordo com os direitos fundamentais, frutos da deliberação de uma maioria qualificada, a fim de que todos os valores legítimos da sociedade plural sejam considerados. Neste contexto, é difícil sustentar um conceito de democracia puramente formal, porquanto a democracia baseada somente no princípio majoritário não seria efetiva para assegurar

2 A posição dos direitos fundamentais, no modelo de Estado constitucional, é caracterizada, segundo Robert Alexy (2015b, p. 127), por quatro extremos, considerando que regulam, com o grau mais elevado – por estarem previstos na Constituição, que detém uma posição hierárquica superior no ordenamento jurídico –, com a maior força executória – por vincularem, como direito imediatamente válido, a legislação, o executivo e a jurisdição –, os objetos de maior importância e com maior medida de abertura. Os direitos fundamentais acabam regulando os objetos de maior importância em razão de se relacionarem com a estrutura fundamental da sociedade, a exemplo da liberdade, da proteção à vida e da propriedade, realizando esta função com a maior medida de abertura, pois, em razão da linguagem empregada nas disposições de direitos fundamentais, marcada pela utilização de conceitos vagos, estes são aquilo que são sobretudo por meio da interpretação (ALEXY, 2015b, p. 129-130).

um governo democrático, ao não prevenir a possibilidade de as regras da maioria serem abolidas pelo voto da maioria, tampouco garantiria a proteção das minorias e a sua participação no processo democrático (GRIMM, 2016, p. 216).

Para garantirem respeito aos direitos fundamentais pelo Estado, no contexto da democracia substantiva, diferentes Constituições conferiram a Tribunais o poder de controle da atuação da administração pública e dos legisladores, por meio do controle de constitucionalidade, com o escopo de impedir o cometimento de excessos e abusos pela maioria no âmbito da democracia majoritária e permitir o funcionamento do regime democrático (BEATTY, 2014, p. 5-6). Os Tribunais, assim, receberam o poder de controlar o modo pelo qual é exercida a autoridade coercitiva do Estado, atuando como guardiões dos direitos fundamentais e garantindo que os interesses das minorias sejam respeitados, dentro do que se denomina de paradigma da jurisdição constitucional.

A jurisdição constitucional, ou garantia jurisdicional da Constituição, defendida por Hans Kelsen (2003a, p. 123-124), é por ele entendida como “um elemento do sistema de medidas técnicas que tem por fim garantir o exercício regular das funções estatais”, funções estas que possuem caráter jurídico, pois são atos de criação ou exercício do direito. As garantias da Constituição, em especial a de anulação de atos inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional, significam que será garantida a correspondência entre o grau inferior e o grau superior do ordenamento jurídico, porquanto a Constituição possui um *status* diferenciado ao constituir o fundamento do Estado e a base da ordem jurídica, bem como que será conferida uma proteção dos interesses constitucionalmente garantidos à minoria contra os atropelos da maioria (KELSEN, 2003a, p. 130-131).

A Lei Fundamental da Alemanha, de 1949, é um grande exemplo da mudança de paradigma promovida no Estado de Direito Democrático³. Após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), os autores da Lei Fundamental foram influenciados pelo descaso do regime nazista com os direitos fundamentais, que, apesar de estarem previstos em textos normativos no século XIX, eram vistos como programáticos, e não como normas, não tendo sido respeitados, motivo pelo qual a proteção destes direitos era a sua principal prioridade (GRIMM, 2016, p. 164-165).

A busca pela maior proteção dos direitos fundamentais resultou na instituição do Tribunal Federal Constitucional, pois se concluiu que, não sendo suficiente o decreto de um *Bill of Rights*, era necessário também um Tribunal Constitucional que garantisse a proteção dos direitos fundamentais (GRIMM, 2016, p. 161). A experiência do regime ditatorial na Alemanha e o descaso com os direitos fundamentais, neste sentido, abriram portas para a jurisdição constitucional, modelo este adotado por outros ordenamentos jurídicos, como os da Europa, África e América, destacando-se a intensificação da instituição dos Tribunais Constitucionais em períodos posteriores a ditaduras e a progressiva adoção do controle de constitucionalidade em países influenciados pela cultura britânica, como Austrália, Canadá e Índia (GRIMM, 2016, p. 214).

³ A mudança de paradigma se refletiu, em essência, na modificação da posição das disposições de direitos fundamentais, do final para o início do documento; da declaração da dignidade humana como inviolável e dos direitos fundamentais como um direito aplicável e limitador da atuação estatal; da impossibilidade de supressão dos direitos fundamentais por emenda da Lei Fundamental e, principalmente, no estabelecimento do Tribunal Federal Constitucional, com competência para revisar a constitucionalidade de todos os atos estatais, incluindo os legislativos, e anular aqueles que violarem as disposições da Lei Fundamental (GRIMM, 2016, p. 165).

No Brasil, a Constituição de 1988, elaborada no período da redemocratização, além de ser a mais avançada na história constitucional do país, constitui um símbolo de transição de um Estado autoritário a um Estado Democrático de Direito, sendo importante a influência recebida da teoria constitucional do pós-guerra (BARROSO, 2009, p. 38). A Constituição de 1988 fortaleceu, ainda, a jurisdição constitucional, por meio da ampliação das competências do Supremo Tribunal Federal⁴, que passou a atuar como Tribunal Constitucional e guardião dos direitos fundamentais, e da possibilidade de proposição de ações constitucionais diretas por diferentes órgãos e entidades, possibilitando que o Tribunal decida grandes questões do “debate político, social e moral contemporâneo” (BARROSO, 2009, p. 71).

O estudo da passagem do Estado de Direito liberal para o Estado de Direito Democrático, com todos os seus aspectos e implicações, inicialmente na Europa continental, aponta, então, a ruptura de paradigmas anteriores e o surgimento de um novo marco teórico⁵, caracterizado, em especial, pela posição da Constituição no ordenamento jurídico e pela instituição de Tribunais Constitucionais, representativo do paradigma da jurisdição constitucional. Há discussão, entretanto, sobre a legitimidade democrática do Tribunal Constitucional para a interpretação e defesa da Constituição neste modelo, em especial por conta da dificuldade contramajoritária, tema que será abordado no tópico seguinte.

2 O DEBATE SOBRE A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA INSTITUIÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PARA A INTERPRETAÇÃO E DEFESA DA CONSTITUIÇÃO

Nos ordenamentos jurídicos em que se adota o controle judicial da constitucionalidade, muitos conflitos políticos de natureza constitucional acabam sendo resolvidos por decisão não da maioria, e sim do Tribunal Constitucional, cujos membros não são eleitos pelo povo, sem controle democrático posterior, o que dá origem ao denominado “risco democrático” e à discussão sobre a legitimidade democrática do exercício de suas funções (BINENBOJM, 2014, p. 49-52). O risco democrático se relaciona com a ideia de que o princípio democrático correria um sério risco se aos juízes não eleitos fosse dada a competência para decidir sobre questões constitucionais morais, o que inclui a anulação de atos dos outros dois Poderes, principalmente ao pressupor que os membros do Tribunal podem dar preferência às suas convicções pessoais, resultando numa “oligarquia dos juízes” (WALUCHOW, 2009, p. 3-4).

4 As competências do Supremo Tribunal Federal envolvem a jurisdição ordinária, quando atua como os demais órgãos jurisdicionais ao aplicar o direito infraconstitucional aos casos, e a jurisdição constitucional, quando interpreta e aplica a Constituição, por meio da aplicação direta do texto, da declaração da inconstitucionalidade de leis ou atos normativos e da solução de lacunas do sistema jurídico ou omissões inconstitucionais por parte do Estado (BARROSO, 2015, p. 35-36).

5 Para Barroso (2012, p. 43-44), o marco teórico do novo Direito Constitucional envolve três mudanças de paradigma, consistentes no reconhecimento de força normativa às disposições constitucionais, que possuem aplicabilidade direta e imediata; na expansão da jurisdição constitucional, por meio da criação de Tribunais Constitucionais na grande maioria dos Estados democráticos, e na modificação da interpretação constitucional, com a mudança das ideias tradicionais do papel da norma, dos fatos e do intérprete, bem como reformulação das categorias da normatividade dos princípios, das colisões de normas constitucionais, da ponderação e da argumentação jurídica.

A crítica sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional pode ser ilustrada pelo pensamento de Kramer (2011, p. 163-184) que, apesar de não defender o fim da *judicial review*, como fez Tushnet (1999, p. 175-176), entende que não deve haver uma supremacia ou exclusividade judicial, já que deve ser prestigiado o constitucionalismo popular, ou seja, o papel do povo ao dar a última palavra sobre a interpretação constitucional, ideia que se alinha à ideologia dos *Founding Fathers*⁶ nos Estados Unidos, que defendiam que a *judicial review* apenas poderia ser exercida com restrição judicial, a fim de que os juízes não interviessem nas decisões dos outros Poderes ou tivessem a única palavra sobre a Constituição.

Na mesma linha, para Waldron (1993, p. 28-38), os cidadãos possuem o direito de resolver as divergências de direitos e princípios entre eles ou por meio de representantes, razão pela qual a *judicial review* coloca em risco o direito dos cidadãos de participação no processo democrático e, portanto, deve sofrer limitações nos governos democráticos, devendo ser considerado que o legislador é quem possui a autoridade para dizer sobre direitos e justiça e que o Parlamento é o único local em que se respeitam a igual participação política e o autogoverno, por meio do debate e do voto.

O debate se intensifica nos momentos em que o Tribunal Constitucional adota uma posição ativista⁷, associada a uma ampla e intensa participação na concretização das disposições constitucionais, com maior interferência no espaço reservado para a atuação dos demais Poderes.

Para Barroso (2012, p. 12), as objeções à atuação dos Tribunais Constitucionais, sobretudo no período de expansão das suas funções, se resumem, inicialmente, às críticas político-ideológicas, no sentido de que, embora exerçam uma função política ao invalidar atos dos demais Poderes, os seus membros não são investidos por vontade popular, por não serem eleitos, gerando a dificuldade contramajoritária e impedindo a participação popular e a política majoritária, sem a garantia de que possibilite uma maior proteção aos direitos fundamentais. Há críticas, ainda, quanto à capacidade institucional, porquanto o Tribunal nem sempre tem uma maior capacidade de produzir a melhor decisão no caso, diante da possibilidade de a situação envolver aspectos técnicos ou científicos complexos e requerer um conhecimento especializado, assim como da necessidade de avaliação dos impactos da decisão, que se afasta da justiça do caso concreto (BARROSO, 2012, p. 13). Por fim, há a crítica quanto à limitação do debate, na medida em que a linguagem empregada na decisão não é acessível a todas as pessoas, o que pode ensejar uma “elitização do debate”, situação atenuada pela previsão das audiências públicas, *amicus curiae* e possibilidade de ajuizamento de

6 Kramer (2011, p. 176) aponta que, para James Madison, nenhum Poder possui, segundo a Constituição dos Estados Unidos, maior poder do que os demais para delimitar os limites constitucionais das competências, assim como que o direito do povo de decidir se a Constituição foi violada ou não deve se estender também às violações do Poder Judiciário, além do Legislativo e Executivo, sob pena de a autoridade delegada aos juízes anular a autoridade do povo que a delega. Refere o Kramer (2011, p. 246) que Thomas Jefferson, no mesmo sentido, sustentava que a defesa do poder dos juízes para dar a última palavra sobre as questões constitucionais representaria um risco de se ter um despotismo de uma oligarquia, bem como que a cada um dos Poderes é atribuído um direito igual de decidir sobre o seu dever constitucional, independentemente do que decidiram os demais Poderes.

7 No Brasil, esta posição ativista pode ser verificada pela atuação do Supremo Tribunal Federal ao aplicar diretamente a Constituição a situações não expressamente referidas no seu texto, mesmo sem manifestação por parte do legislador, ao declarar a inconstitucionalidade de atos do legislador ainda que sem ostensiva violação à Constituição e ao impor condutas ou abstenções ao Estado nas hipóteses de inércia do legislador ou inefetividade das políticas públicas (BARROSO, 2012, p. 8-9).

ações diretas por entidades da sociedade civil (BARROSO, 2012, p. 14).

A pluralidade de críticas acerca do papel desempenhado pelos Tribunais Constitucionais indica que há espaço para o debate relativo à legitimidade democrática da sua instituição e, especificamente, à tensão entre democracia e jurisdição constitucional. Partindo da perspectiva de que os direitos fundamentais vinculam o Poder Legislativo, determinando os limites da atuação legítima e democrática do legislador, Robert Alexy (2015c, p. 447) inclusive menciona que necessariamente há uma colisão entre o princípio da democracia e os direitos fundamentais e, por consequência, uma tensão entre a divisão de competências entre o legislador, que tem legitimação democrática, e o Tribunal Constitucional, sendo este um problema inevitável e permanente.

Verifica-se, por outro lado, que, paralelamente às críticas sobre a instituição e atuação dos Tribunais Constitucionais, há autores que defendem, com diferentes contextos, enfoques e perspectivas, que a democracia e a jurisdição constitucional não estão em oposição. Aqui, serão exploradas algumas das teorias desenvolvidas no contexto do minimalismo constitucional, da concepção procedimental da Constituição e da teoria substancial da Constituição.

Uma primeira linha de pensamento que pode ser abordada se relaciona com a concepção minimalista da Constituição, que marca o positivismo jurídico e representa o paradigma vigente até o século XX. Ilustrando a referida concepção, Hans Kelsen (2003b, p. 258) defende que a Constituição ocupa uma função macroestrutural ao regular o processo de produção das normas gerais, a partir do qual será possível definir a validade da regra, delimitando apenas excepcionalmente o conteúdo das leis futuras, por via negativa, ao excluir certos conteúdos e instituir direitos de liberdade, pois a função de criação seria atribuída ao legislador.

Nesta perspectiva minimalista, o conteúdo do Direito seria definido com quase absoluta liberdade pelo legislador, representante legítimo da soberania popular, podendo ser concluído que a Constituição definiria, como regra, os órgãos e os procedimentos de elaboração das leis, sem estabelecer o conteúdo do Direito, de competência do legislador, fundamento pelo qual não seria a fonte direta do Direito ou do conteúdo jurídico, e sim das normas gerais das leis (MELLO, 2004, p. 29). Nesta linha de raciocínio, a compatibilidade da jurisdição constitucional com a democracia decorre da necessidade de observância do procedimento constitucional de produção e validade das leis, tendo em conta que a Constituição ocupa um *status* diferenciado no ordenamento jurídico, de modo que a atuação do Tribunal Constitucional se limita à aplicação da norma constitucional, sem participação criativa no conteúdo do Direito (BINENBOJM, 2014, p. 60).

É com base neste contexto teórico que Hans Kelsen (2003a, p. 181-182) afirma que a jurisdição constitucional é uma decorrência necessária do constitucionalismo, sendo fundamental para a República democrática, pois garante a observância das regras procedimentais de elaboração constitucional das leis e o respeito à Constituição pelas regras hierarquicamente inferiores, impedindo que a maioria invada a esfera dos interesses constitucionais das minorias, fundamento pelo qual não é incompatível com a soberania do Parlamento, mesmo porque este também se submete à Constituição.

Outra linha de pensamento, alinhada com a concepção procedimental da Constituição e

surgida no contexto de reação ao papel ativista da Suprema Corte dos Estados Unidos na década de 1930, argumenta que a melhor maneira de realizar uma conciliação entre a jurisdição constitucional e a democracia é compreender que o papel dos Tribunais se limita a garantir o funcionamento justo e eficaz das instituições e dos processos da política, dado que a interpretação vinculativa sobre o sentido material da Constituição, por juízes não eleitos, conflitaria com a ideia de governo democrático (BEATTY, 2014, p. 32). O ponto central desta concepção reside na “precedência do princípio democrático sobre princípios e direitos substantivos, e na ilegitimidade dos juízes para adotarem decisões substantivas de valor em um regime democrático.” (MELLO, 2004, p. 41).

Na teoria do processo⁸, há uma “recusa de uma função ativa do Poder Judiciário como guardião dos valores materiais de uma ética comunitária expressa ou não em normas constitucionais”, considerando que o sistema de direitos é melhor tutelado pelos órgãos de representação democrática, bem como que a Constituição garantiria tão somente um procedimento justo para que os órgãos democráticos tomassem decisões substantivas, sem prever direitos morais intocáveis pela soberania popular (MELLO, 2004, p. 83). Assim, a função dos Tribunais seria restrita à proteção dos direitos constitucionais de participação dos cidadãos nas decisões políticas e governamentais, de modo que a deliberação sobre os valores substantivos deve ser realizada “por órgãos com representação democrática, que são o Poder Legislativo e o Poder Executivo, em um sistema político que garanta a livre discussão de questões públicas e a ampla participação popular nos processos de decisão de temas políticos” (MELLO, 2004, p. 39).

A teoria recebeu críticas, sobretudo em razão do fato de que a discussão acerca das condições necessárias e prévias para um debate democrático justo e aberto envolve o debate sobre valores substantivos, a exemplo da dúvida sobre a previsão de ações afirmativas contra discriminações sociais, culturais e econômicas (MELLO, 2004, p. 110). Outra crítica se refere à tentativa de separação do processual do material, ainda que uma Constituição contenha ambos, não tendo sido esclarecido como os juízes realizariam o controle de constitucionalidade sem precisar avaliar as opções políticas e morais (BEATTY, 2014, p. 30).

A partir do surgimento de um novo tipo de constitucionalismo no século XX, marcado pela modificação da estrutura e das funções das Constituições e pelo deslocamento da soberania parlamentar e supremacia da lei para um sistema de direitos fundamentais, com a incorporação de valores morais, políticos e sociais e reaproximação do Direito com a Moral, como mencionado no tópico anterior, foram concebidas as teorias substantivas da Constituição (MELLO, 2004, p. 84-85). A origem destas teorias reside no debate, no âmbito do direito constitucional norte-americano, sobre o caráter democrático ou antidemocrático da *judicial review*, tendo por marco a publicação

8 Segundo John Hart Ely (1980, p. 100-104), que constrói uma teoria procedimentalista no contexto dos Estados Unidos e apoia a autocontenção judicial, a atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos deveria ser a de garantir que todos conseguissem participar do processo político democrático, com igualdade, a fim de conferir proteção aos direitos democráticos e preservar a integridade do regime democrático, de modo que as determinações de valores fiquem a cargo dos representantes eleitos do povo, porquanto a Constituição dos Estados Unidos se limitou a questões de processo e estrutura e não à vinculação ou proteção de valores substantivos. Ely (1980, p. IX) refuta as teses de que a interpretação constitucional deve se limitar às ideias dos que redigiram a Constituição e de que seria possível aos Tribunais controlar e reavaliar as opções valorativas do Poder Legislativo, mediante uma soberania sobre as escolhas de valores substantivos da sociedade, e, a partir da crítica, formula uma terceira via, alinhando-se à visão procedimentalista.

do artigo “*The democratic character of judicial review*”, de Eugene Rostow, em que defendido que a função judicial é a de garantir a tutela dos direitos, limitadores da atuação do governo, e, conseqüentemente, a proteção da Constituição, que assegura uma sociedade livre e democrática, o que não afeta o caráter democrático da sociedade (MELLO, 2004, p. 86).

A jurisdição constitucional funcionaria, neste sentido, como um instrumento para a defesa da Constituição e, em especial, dos direitos fundamentais. No ponto, refere Barroso (2018, p. 100) que a legitimidade da jurisdição constitucional tem sido fundamentada na necessidade de se dar proteção aos direitos fundamentais, insuscetíveis de serem afastados por deliberação majoritária, e às regras do jogo democrático, permitindo a participação de todos e evitando a opressão de minorias.

Ao tratar da legitimidade democrática da jurisdição constitucional, Ronald Dworkin (1985, p. 69), teórico da teoria substantiva da Constituição, propõe uma leitura moral da Constituição e sustenta que os Tribunais têm legitimidade para a proteção dos direitos por meio da revisão das leis, devendo tomar decisões sobre quais direitos existem no sistema constitucional (decisões de princípios, baseadas em direitos individuais), e não sobre a promoção do melhor bem-estar geral (decisões de política, baseadas em objetivos coletivos), e decidir com base na teoria substantiva da representação de tratar as pessoas com igual consideração, em contraste com os legisladores, que utilizam argumentos de política.

De acordo com Dworkin (1985, p. 102-103), as instituições representativas não necessariamente funcionam melhor do que os Tribunais, em questões envolvendo princípio moral ou político, sendo necessária a coexistência de instituições e procedimentos vinculados e não vinculados à premissa majoritária, cada um deles com espaço e legitimidade para a proteção dos direitos que garantem a igual consideração e respeito dos indivíduos, de modo que a *judicial review* pode funcionar como um reforço ao processo democrático, considerando que as questões mais fundamentais da moralidade política podem ser debatidas como questões de princípio, o que não ocorreria no âmbito do Legislativo.

Admitindo a existência de um constitucionalismo moderno, ante as mudanças ocorridas no século XX, em especial a ampliação do catálogo de direitos fundamentais nas Constituições, Mauro Cappelletti (1993, p. 61-69) entende que a separação de poderes deve ser substituída pela ideia de compartilhamento de poderes e que a legitimidade democrática da jurisdição constitucional decorre da necessidade de proteção dos interesses das minorias e da liberdade dos indivíduos, sendo o Poder Judiciário a instância adequada para a tutela efetiva dos direitos fundamentais numa democracia, dado que respeita os princípios da demanda, do contraditório e da imparcialidade, denominados “virtudes passivas”, e permite que as minorias tenham acesso ao debate dentro do processo.

Robert Alexy (2005, p. 578), após questionar se a jurisdição constitucional é compatível com a democracia, dado que os membros do Tribunal Constitucional não foram eleitos pelo povo, defende que a única maneira de realizar a conciliação entre estes dois conceitos é conceber que a jurisdição constitucional também é uma forma de representação do povo, mediante a combinação

de uma democracia majoritária com a argumentativa.

De acordo com Robert Alexy (2015a, p. 53-54), deve haver uma distinção entre a representação política e a argumentativa do cidadão, de modo que tanto o Parlamento, como o Tribunal Constitucional, são representantes do povo, sendo o Tribunal uma instância de “reflexão do processo político”, em que a representação do povo é puramente argumentativa. Uma concepção adequada de democracia deve compreender não apenas a representação deliberativa, baseada nas ideias de eleição e decisão majoritária, como também a representação argumentativa, caracterizadora do Tribunal Constitucional, que aplica o teste da proporcionalidade quando se engaja no procedimento racional de justificação da decisão correta, tornando a democracia uma democracia deliberativa e possibilitando institucionalizar o discurso como um meio de tomada de decisão pública, buscando-se a correção⁹ (ALEXY, 2005, p. 578-579).

Ao procurar equilibrar a constituição dos direitos e a constituição do poder, no sentido de que ao Poder Judiciário não pode ser conferida a única palavra válida sobre o conteúdo, a eficácia e a hierarquia dos direitos, Mello (2004, p. 109-113) sustenta que o modelo de democracia constitucional pressupõe três condições, a saber, “a garantia de um debate público aberto, amplo e irrestrito”, a ideia de que alguns valores substantivos, materializados pelos direitos constitucionais e decorrentes da soberania popular no processo constituinte, não estão “à livre disposição dos órgãos e processos de decisões políticas”, dado que devem ser respeitados, e a reserva ao Poder Judiciário de intervir na interpretação e aplicação das disposições constitucionais conferidas pelos demais Poderes sempre que estejam em desacordo com o sentido e a finalidade da Constituição e “violarem bens e interesses essenciais para a dignidade da pessoa humana e para a justiça política da comunidade”.

Partindo da perspectiva de que a Constituição assegura a soberania do povo, ao ser a direta expressão da vontade popular, e limita a atuação estatal, ao representar uma moldura para o exercício legítimo do poder, tendo posição diferenciada no ordenamento jurídico, Grimm¹⁰ (2016, p. 214-216) aponta que não há uma contradição fundamental entre jurisdição constitucional e democracia, pois a escolha do povo de conferir a uma instituição a função de determinar o significado da Constituição em caso de conflito e analisar a legitimidade da atuação estatal, de acordo com as disposições constitucionais, não pode ser considerada não democrática. Refere Grimm (2016, p. 216) que a ausência de oposição entre jurisdição constitucional e democracia é

9 Acerca do critério de análise dos argumentos do Tribunal Constitucional, explica Robert Alexy (2005, p. 580-581) que as condições fundamentais da representação argumentativa são a existência de argumentos corretos ou consistentes e a existência de pessoas racionais, que estão dispostas a aceitar estes argumentos porque são corretos ou consistentes, de modo que a existência de argumentos apenas bons ou plausíveis não é suficiente para a representação argumentativa, que deve ter preferência em relação à representação baseada na eleição. Para o autor, o constitucionalismo discursivo representa uma tentativa de institucionalizar a razão e a correção, o que será melhor realizado no âmbito do Tribunal Constitucional (ALEXY, 2005, p. 580-581).

10 Importante ressaltar que Grimm (2016, p. 218-219) refuta a tese de Hans Kelsen de que a jurisdição constitucional é uma consequência do constitucionalismo, porquanto entende que, inobstante a inexistência de oposição entre a jurisdição constitucional e a democracia, não há como se afirmar que a instituição do Tribunal Constitucional seja uma condição necessária para a democracia, pois há exemplos de países, como Inglaterra e Holanda, onde o Poder Judiciário não é visto como o único guardião da Constituição. Deste modo, a instituição de um Tribunal Constitucional deve ser fruto de uma ponderação entre as vantagens e as desvantagens deste modelo de democracia, o que inclui considerar os riscos democráticos, ponderação esta que dependerá das circunstâncias do país e do momento histórico em que se encontra, sendo um fato, entretanto, que há mais argumentos a favor do que contra a jurisdição constitucional nos países onde a democracia constitucional ainda é precária (GRIMM, 2016, p. 218-219).

ressaltada pelo fato de que, nas democracias majoritárias, as decisões da maioria, por obrigarem a toda comunidade, devem respeitar as limitações constitucionalmente estabelecidas, razão pela qual os Tribunais Constitucionais podem corrigir a vontade da maioria quando em desacordo com a Constituição, valendo-se de argumentos legais, e não puramente políticos, posição que vai ao encontro da visão de democracia substantiva.

CONCLUSÃO

O debate sobre a legitimidade democrática da instituição do Tribunal Constitucional para a interpretação e defesa da Constituição adquiriu novos contornos no Estado de Direito democrático, delineado a partir das mudanças ocorridas na teoria constitucional durante o século XX, principalmente a previsão, nas Constituições, de um amplo rol de direitos fundamentais e de um conjunto de princípios e valores hierarquicamente superiores no ordenamento jurídico, que são dotados de força obrigatória, moldando a atuação estatal. Neste modelo, a visão de democracia como a soberania absoluta e incondicional da maioria não prevalece, pois deve ser exercida de acordo com os direitos fundamentais, a fim de que todos os valores legítimos da sociedade plural sejam considerados.

A passagem da concepção formal do Estado de Direito, marcada pelo minimalismo constitucional, pela redução do direito à lei formal, pela exclusão da moralidade do fenômeno jurídico e pela onipotência do legislador, nos moldes do positivismo jurídico, para o Estado constitucional, especificamente para o Estado de Direito Democrático, marcado pela modificação da estrutura e função das Constituições, que cada vez mais incorporaram valores morais, políticos e sociais dos diferentes grupos sociais, representa um plano de fundo para o debate contemporâneo sobre a jurisdição constitucional e democracia. A reconstrução deste caminho na teoria constitucional é essencial para o debate, na medida em que permite contextualizar as teorias abordadas no presente estudo.

É fato que, paralelamente às modificações da estrutura e da função das Constituições, cada vez mais os ordenamentos jurídicos passaram a compreender o paradigma da jurisdição constitucional como um instrumento de defesa dos valores e direitos fundamentais e proteção dos interesses legítimos dos diferentes grupos sociais da sociedade plural e democrática, principalmente em função da experiência enfrentada durante regimes ditatoriais, a exemplo do que ocorreu na Alemanha. Os Tribunais Constitucionais, neste sentido, foram consagrados como guardiões dos direitos fundamentais e, em essência, da Constituição, partindo-se do pressuposto de que são necessários para a garantia da efetividade destes direitos fundamentais e do regime democrático, dentro do contexto da democracia substantiva.

A teoria substantiva da Constituição se alinha à evolução do constitucionalismo, em contraste com as teorias desenvolvidas no contexto do minimalismo constitucional e da concepção procedimental da Constituição, que desejam limitar ao máximo a função dos Tribunais.

Em razão de todas as mudanças ocorridas na teoria constitucional, em especial a afirmação

dos direitos fundamentais como condições da democracia, ao limitarem a vontade da maioria governante, não se pode mais adotar uma visão legalista do Estado formal de Direito. Neste sentido, há argumentos que sustentam a compatibilidade entre a instituição do Tribunal Constitucional e o modelo de democracia substantiva e, conseqüentemente, a legitimidade democrática do papel da jurisdição constitucional de proteção dos direitos fundamentais e do procedimento democrático, por meio do Tribunal, órgão independente que reforça a tutela dos direitos fundamentais, cuja legitimidade das decisões decorre da fundamentação e do caráter argumentativo desenvolvido nos casos.

É preciso pensar, assim, não em negar a legitimidade democrática da importante função atribuída aos Tribunais Constitucionais no Estado Democrático de Direito, sobretudo em democracias ainda não plenamente consolidadas, e sim em compreender como estes Tribunais podem melhor cumprir o seu papel, a fim de que, ao mesmo tempo em que contribuam para a defesa da Constituição, não adquiram uma supremacia institucional incontrastável com os outros dois Poderes e respeitem a margem de atuação dos demais participantes no processo democrático, promovendo-se um equilíbrio e uma complementariedade entre a atuação da Corte, dos agentes políticos eleitos e do povo.

A solução para esta questão pode estar na forma de desenvolvimento da atividade interpretativa do Direito e, especificamente, da Constituição pelos Tribunais Constitucionais, para evitar que as suas decisões sejam a única palavra sobre a interpretação, afastando o papel dos demais participantes do processo democrático e a riqueza e complexidade do debate público, principalmente ao se ter em conta que as Constituições passaram a incorporar questões morais, que geram desacordos razoáveis na sociedade, e que as disposições constitucionais por vezes utilizam uma linguagem marcada pela vagueza e ambigüidade, gerando dúvidas quanto ao sentido do texto e à possibilidade de desconsideração do texto em nome da maximização do sentido da Constituição.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Balancing, Constitutional Review and Representation. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, v. 3, n. 4, p. 572-581, 2005.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015a.

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015b.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015c.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v.

2, n. 21, p. 1-45, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*. **Revista Direito e Praxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 72-128, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Razão sem voto: o supremo tribunal federal e o governo da maioria*. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, p. 23-50, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Vinte anos da constituição brasileira de 1988: o estado a que chegamos*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coord.). **Vinte anos da constituição federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BEATTY, David M. **A essência do estado de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of judicial review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

GRIMM, Dieter. **Constitutionalism: past, present and future**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003a.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003b.

KRAMER, Larry. **Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad**. Madrid: Marcial Pons, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

M

ELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PULIDO, Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 4. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TUSHNET, Mark. **Taking the constitution away from the courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. A Right-Based Critique of Constitutional Rights. **Oxford journal of legal studies**, Oxford, v. 13, n. 1, p. 18-51, 1993.

WALUCHOW, Wilfrid. J. **A common law theory of judicial review: the living tree**. New York: Cambridge University Press, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 10. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

Como citar: GAVIAO FILHO, Eric Anizio Pires; SILVEIRA, Bruna Moresco. Estado de Direito Democrático e paradigma da jurisdição constitucional: o debate sobre a legitimidade democrática do Tribunal Constitucional. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 3, p. 151-166, dez. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n. 3 p. 151. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 09/08/2021

Aceito em: 12/10/2022

OS MUNICÍPIOS E O NOVO CORONAVÍRUS: RELEITURA DO PODER DE POLÍCIA MUNICIPAL E DO DESENHO FEDERATIVO

THE MUNICIPALITIES AND THE NEW
CORONAVIRUS: REVIEW OF THE MUNICIPAL
POLICE POWER AND THE BRAZILIAN
FEDERATIVE DESIGN

Eric Santos Andrade*

Benedicto De Vasconcellos Luna Gonçalves Patrão**

*Doutorando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em direito pela universidade do estado do rio de janeiro (UERJ). Membro da rede de pesquisa interinstitucional em direito da cidade da universidade do estado do rio de janeiro (RPIDC/ UERJ) e do laboratório de estudos de direito administrativo comparado da universidade federal do estado do rio de janeiro (LEDAC/ UNIRIO). Membro da comissão de direito administrativo, de direito constitucional e do direito de família e sucessões do instituto dos advogados brasileiros (IAB). Membro do instituto de direito administrativo do estado do rio de janeiro (idarj). Advogado.
E-mail: ericsantos13@gmail.com

**Doutore em direito pela universidade do estado do rio de janeiro (UERJ). Mestre em direito pela universidade do estado do rio de janeiro (UERJ). Coordenador do grupo de pesquisa prisma da liberdade, vinculado do departamento de direito da UFF. Membro da comissão de direito de família e sucessões do instituto dos advogados brasileiros (IAB). Advogado.
E-mail: advogado@advocaciafamiliar.com.br

Como citar: ANDRADE, Eric Santos; PATRÃO, Benedicto de Vasconcellos Luna Gonçalves. Os Municípios E O Novo Coronavírus: Releitura Do Poder De Polícia Municipal E Do Desenho Federativo. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 3, p. 167-189, dez. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n3p. 167. ISSN: 1980-511X

Resumo: O presente artigo tem como problema a questão da limitação institucional que a Administração Pública municipal vem sofrendo frente à pandemia do coronavírus. O entender do Poder Judiciário de que aos municípios cabe a competência suplementar frente aos Estados e União não estabelece nenhum critério razoável para resolver de fato as controvérsias e debilidades quando da tomada decisória de medidas restritivas de combate frente ao COVID-19. Isso gera contradições normativas e levanta a rediscussão do exercício do poder de polícia sanitaria como também o que pode ser considerado ou não como de interesse local, frente ao interesse regional e federal. A hipótese está pautada na reclamação da ponderação do exercício do poder de polícia, através do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade. A denominada cooperação institucional entre a sociedade e o Estado será um diferencial importante na busca pela efetividade do combate ao coronavírus. A metodologia se concentrará na análise descritiva e crítica da doutrina, da jurisprudencial e da legislação.

Palavras-chaves: poder de polícia; administração pública municipal; interesse local; coronavírus.

Abstract: The present article has as its problem the issue of the institutional limitation that the countries public administration has been suffering from the coronavirus pandemic. The Judiciary Branch's understanding that countries have additional jurisdiction over the States and the Union does not establish any reasonable

criteria to actually resolve controversies and weaknesses when taking decisions on restrictive measures to combat COVID-19. This generates normative contradictions and raises the re-discussion of the exercise of the power of the sanitary police, as well as what may or may not be considered as being of local interest, compared to regional and federal interests. The hypothesis is based on the claim of weighting of the police power, by the principle of proportionality and reasonableness. The so-called institutional cooperation between society and the State will be an important differential in the search for effectiveness in combating the coronavirus. The methodology will focus on descriptive and critical analysis of doctrine, jurisprudence and legislation.

Keywords: police power; countries public administration; local interest; coronavirus.

INTRODUÇÃO

A pandemia do novo coronavírus é certamente o marco da virada do século 20 para o 21. Esse contexto atípico não apenas interviu na saúde da população mundial, mas fez com que a Administração Pública de todos os países do mundo, precisando adotar medidas de colaboração e cooperação entre seus entes federados, procurassem tomar decisões em prol do que tanto a doutrina administrativista tem reclamado como sendo a essência da competência estatal, qual seja, a da gestão de bens, pessoas e serviços, tratados como pilar da ciência jurídica administrativa, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2014, p. 87).

Nunca, em tempos como hoje, a questão do *interesse público* se tornou alvo de reclamação por parte da sociedade. No Brasil são diversas as medidas legislativas e políticas que estão sendo tomadas desde meados de 2020, quando os primeiros casos de infecção foram levados à público. A crise na saúde e na economia vem obrigando a doutrina e a comunidade a repensar o que se entenderá sobre as competências da Administração Pública e suas prerrogativas. A atual Constituição brasileira é a maior diretriz para a tomada de medidas preventivas ao combate à COVID-19, pois todo o seu contexto juspolítico, desde a organização das repartições de competências institucionais até a figura reconhecida da possibilidade-dever do Estado intervir tanto na economia quanto no social, vem sendo manejado em prol do bem-estar da população.

Não são apenas medidas preventivas que estão sendo reclamadas e sendo alvo de discussão, mas todo o sistema institucional. O atual cenário político vem enfrentando alguns impasses, onde inicialmente vê-se atritos entre os próprios chefes do Poder Executivo dos diversos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e municípios). Em respeito ao pacto federativo, e à autonomia política-administrativa que a própria Constituição em seu artigo 18, *caput*, outorga aos Estados, Distrito Federal e municípios, o atual cenário traz a necessidade de tecermos uma nova releitura do exercício do poder de polícia.

Não apenas o assento basilar da sociedade brasileira está sendo posta em prova, mas tem alcançado até mesmo a divisão dos poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário. A verdade é que COVID-19 vem mostrando uma debilidade já há tempo constatada do nosso contexto institucional (MEIRELLES, 2013, p. 161), e principalmente, colocando em prova a efetividade da Constituição que foi elaborada para direcionar em todo o agir institucional em cima da finalidade maior – Dignidade da Pessoa Humana.

Por outro lado, a figura do Estado interventor na questão social e econômica nunca foi tão evidente como nos dias atuais. Seguindo as determinações da Organização Mundial de Saúde (OMS), tem sido difundidas orientações aos Estados em relação as necessidades de instituir medidas preventivas, dentre elas a do isolamento social. Isso tem levantado duas questões primordiais no Brasil em relação à Administração Pública: 1) a necessidade de paralização das atividades ordinárias que levam a formação de aglomerações, o que tem levado à paralização no funcionamento do comércio e de outras atividades remuneratórias, afetando a economia e a renda de diversas famílias; e 2) o surgimento do Estado assistencialista, aqui compreendido como sendo

a instituição que deve proceder com a gestão de pessoas e tomar medidas sociais que protejam, principalmente, aquelas famílias mais vulneráveis e prejudicadas pelas medidas restritivas do funcionamento do comércio (STOBER, 2008, p. 62).

Para tanto, aliada à missão da Administração Pública de atender a prossecução do interesse público, neste caso a proteção à saúde pública e à vida, é imprescindível ao Estado estar dispondo do seu poder de polícia para fazer valer as medidas preventivas que correspondam aos interesses locais, regionais e federais. Entendida como a prerrogativa exclusiva à disposição do Estado, definido e delimitado em lei, é a autorização que tem a Administração Pública em poder restringir o uso e gozo da liberdade e da propriedade, desde que o fim daquele ato seja o interesse da coletividade. O poder de polícia não apenas é a representação de que o Estado é o único que será o legitimado a coagir e sancionar, valendo-se da sua natureza de *ius imperium*, mas também em garantir a efetividade das medidas tomada pela coação da população.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2014) já subdividia a função administrativa do poder de polícia sob quatro valores fundamentais, dentre os quais é destacado a *salubridade*. O valor da salubridade tangencia o gênero segurança e representa um campo autônomo da atuação do Estado para melhor conformar as sociedades contemporâneas. Destaca-se nesse valor a peculiaridade da prevenção, em razão de que lida diretamente com a defesa sanitária das pessoas em inúmeros setores, sendo eles: médicos, hospitalares, controle de doenças, farmacêutico, ecológico, fitossanitário. Portanto, o surgimento de novos agentes patogênicos agressivos tem demandado ações preventivas e repressivas por parte dos órgãos administrativos competentes do Estado (MOREIRA NETO, 2014, p. 312).

Há uma correlação entre o exercício do poder de polícia e as medidas juspolíticas que estão sendo tomadas no ordenamento brasileiro – ambas precipuamente de cunho preventivo. O poder de política poderá, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, figurar tanto na qualidade de ações de *abstenção* (MELLO, 2019, p. 443), naquilo que diz respeito ao objetivo de fazer com que determinadas ações ou atitudes sociais sejam coibidas, quanto também em ações *positivas* (MEIRELLES, 2013, p. 142), isto é, ganhando maior extensão ao impor que certas condutas se tornaram obrigatórias, como por exemplo, cita-se a obrigatoriedade do uso das máscaras para quem deseja acessar determinados locais públicos essenciais, como o supermercado ou o transporte público reduzido.

Apresente discussão tangencia a questão da não ofensa à liberdade por parte da Administração Pública, assegurada na Constituição no artigo 5º, *caput*. Apenas em casos determinados, que envolvam o comprometimento do melhor interesse coletivo, o Poder Público pode agir limitando o direito individual, desde que observando a duplo pressuposto impreterível à legitimidade de toda e qualquer ação ou omissão administrativa: a previsão legal a à finalidade pública (MOREIRA NETO, 2014, p. 251). Assim, a pandemia cada vez mais tem colocando à prova o entendimento acerca da efetividade administrativa quanto à gestão do interesse público, o que tem levantado novas discussões em torno da autonomia político-administrativa até então entendida.

Embora imprescindível, como dito acima, o Estado Democrático de Direito reclama leis

que são orientações e vinculam a ação da Administração Pública. Quando agir para além dos limites legais estabelecidos, seja na Constituição seja na legislação infraconstitucional, a autoridade estará agindo de forma ilegal e, até mesmo, pode levar ao desvio de finalidade, o que compromete a sua legitimidade (BINENBOJM, 2014, p. 241-242).

O COVID-19 tem obrigado a União, Estados, Distrito Federal e municípios a se valerem do seu *ius imperium* para dar executoriedade à leis e decretos¹. É evidente que se torna quase impossível dissociar, nesta pandemia, os atos Administrativos dos efeitos impositivos do exercício do poder de polícia. Por ser assim, paralelamente se está lidando com múltiplos contextos onde o Poder de Polícia vem sendo manejado em todos os níveis federativos, o que tem muito preocupado a sua fiel observância à lei. Sob uma mesma realidade entes federativos, tanto em nível horizontal quanto vertical, tem tomado medidas com mais ou menos autoexecutoriedade. Embora cada um tenha sua autonomia político-administrativa assegurada pela Constituição é fato que a falta de cooperação interfederativa e as divergências políticas, principalmente em linha vertical, tem levado à atos administrativos eivados de excesso ou desvio de poder.

Questiona-se como que se tem dado essa nova relação jurídica trazida pelo COVID-19 frente ao exercício do poder de polícia pela Administração Pública? Para tanto, o presente trabalho será dividido na rediscussão sobre o poder de polícia, mas com a particularidade de analisar uma forte debilidade institucional que se tornou ainda mais evidente agora: a autonomia e organização dos entes municipais. A hipótese é de que o estudo do viés normativo dos municípios elucidará com maior precisão qual tem sido a pauta política das medidas tomadas em cada e quais as particularidades e dificuldades estamos lidando em questões práticas; tendo em vista que, na linha de raciocínio de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, embora a Constituição preze pela repartição das competências institucionais, com vistas à melhor efetividade do exercício da função administrativa, não se pode esquecer que o Estado é unitário e demanda um dever de cooperação (MOREIRA NETO, 2014, p. 264).

O entendimento acima traz como proposta também a necessidade de uma releitura da autonomia político-administrativa dos entes federativos e da autoexecutoriedade a partir da análise dos obstáculos enfrentados pelos municípios. O novo coronavírus, por ser uma realidade igual a ser enfrentada por cada unidade da federação, não deixa de levantar a questão de que a ausência de cooperação e de um melhor planejamento interfederativo acabará comprometendo a finalidade pública final atinente à figura do Estado unitário. O respeito à autonomia político-administrativa não deve eximir eventual responsabilização por ineficiência preventiva por parte do ente federativo, tendo em vista que todos as ações a serem tomadas estão vinculadas pela repartição constitucional da competência de proteção à saúde de forma indistinta².

A discussão acerca de responsabilização decorre necessariamente da aplicação do poder de polícia na área da saúde pública, visando proteger a sociedade da propagação da doença por meio

¹ Ver: Brasil (2020d).

² art. 23, inciso II, dispõe que: “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;” (BRASIL, 1988).

da prevenção até que haja uma cura definitiva. Até lá, leciona Diógenes Gasparini que o poder de polícia, seja ela de abstenção ou positiva, encontra legitimidade da lei e na constituição, portanto, a liberdade individual em contextos atípicos de calamidade da saúde pública deve ser relativizada em prol do interesse maior, que é a tutela da saúde comunitária, assegurando-se que tais medidas não exprimam a figura de um Estado autoritário (GASPARINI, 2006, p. 130). Falar em relativização não significa excluir, pelo contrário, trata-se de mera restrição temporária de direito no limite preciso ao atendimento do bem comum, quando após volta a valer a não interferência estatal no interesse individual. Enquanto perdura a atipicidade o Estado tem o dever de agir em prol da saúde pública.

Para José dos Santos Carvalho Filho, a pandemia do novo coronavírus não apenas deflagrou no Brasil as debilidades do nosso sistema institucional, causado principalmente por instabilidade políticas, mas também reclama um posicionamento mais impositivo e soberano da figura do Estado, o que pode ser visto através das rigorosas medidas que decorrem do exercício do poder de polícia na seara da saúde pública acompanhadas de restrições a direitos e liberdade individuais (GASPARINI, 2006, p. 132). Restrições estas que, independentemente do nível federativo, consistem nas mais diversas obrigações de fazer, não fazer ou suportar, desde que estes atos estejam embasados na legalidade e na legitimidade (CARVALHO FILHO, 2020).

Ainda, são dois os princípios que medirão a legitimidade e a legalidade das medidas preventivas que estão sendo adotadas pela Administração Pública – a *razoabilidade* e a *proporcionalidade*. O princípio da razoabilidade decorre do entendimento de deve ser coibido qualquer arbítrio por parte da Poder Público. Diogo de Figueiredo Moreira Neto reclama a falta de inadequação em medidas tomadas pela Administração entre os meios e os fins e, portanto, a desnecessidade de medidas preventivas em relação ao novo coronavírus deflagra uma desproporcionalidade que viola direitos individuais constitucionais, como tem sido os debates acerca de Estados e municípios que tem proferido decretos no sentido de impedir o livre trânsito de pessoas e cargas, por exemplo (MOREIRA NETO, 2014, p. 248).

A proporcionalidade, por sua vez, explica Emerson Gabardo que uma vez recebido como princípio substantivo autônomo denota um conceito de proporção, isto é, a manutenção de um justo equilíbrio entre os sacrifícios e os benefícios que irão decorrer das ações administrativas dos entes federativos em relação à COVID-19 (GABARDO, 2017, p. 123). Na medida em que constata-se medidas desequilibradas duas são as possibilidades da causa: 1) o desequilíbrio legislativo; ou 2) desequilíbrio administrativo. Assim, o presente trabalho adotará tais princípios do direito administrativo como critérios avaliativos das medidas juspolíticas que estão sendo tomadas durante a pandemia do novo coronavírus pelos entes municipais.

Nesse viés, importante frisar que a proposta do presente estudo não se limitará a debater fundamentos políticos e sócias, ou suas repercussões na esfera comunitária, visto que essa análise cabe à outras ciências. Todavia, vivencia-se um momento tão atípico que nem mesmo o Direito deve ser analisado de forma isolada, pois reclama uma maior interdisciplinariedade vez que a COVID-19 atinge todas as searas da vida individual. Dessa forma, a proposta será a de construir

uma análise jurídica da legislação e dos decretos que decorrem da Administração Pública municipal no que diz respeito à efetividade das medidas preventivas contra o novo coronavírus e quais tem sido os principais obstáculos jurídicos a serem aqui discutidos.

1 O PAPEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL NO CENÁRIO FEDERATIVO

Importante considerar que o novo desenho federativo brasileiro traz uma série de competências constitucionais importantes para a Administração Pública municipal. Diferentemente do que se visualiza, o art. 30 da Constituição Federal assevera que aos entes federativos municipais cabe a competência para legislar acerca de assuntos de interesse local; suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; instituir e arrecadar tributos de sua competência, dentre outros assuntos de comportsm a natureza do interesse local.

Diferentemente do que muitos acreditam, a Constituição Federal separou uma vasta gama de competências aos novos entes federativos. E a despeito do engano de muitos, como explicita Felipe de Melo Fontes, a Administração Pública municipal não está a parte de uma participação efetiva na vida do cidadão brasileiro, considerando uma leitura juspolítica da Carta Cidadã de 1988 (FONTE, 2015, p. 78).

Porém, não é novidade que muito se questiona a importância do protagonismo constitucionalmente reconhecido para os municípios, principalmente no que diz respeito à regulamentação de situações que interessam à organização, planejamento e administração do município. Para Diógenes Gasparini, os municípios não conseguem regulamentar de forma livre e desimpedida diversas situações que nitidamente refletem um cunho de interesse local (GASPARINI, 2006, p. 69).

Isso porque dificilmente haverão situações que se restrinjam necessariamente ao interesse estadual ou federal. A grande maioria das políticas públicas, segundo Felipe de Melo Pontes, tendem a perpassar transversalmente os três níveis federativos, pois envolvem questões de cunho financeiro da federação; distribuição que chega aos Estados e, finalmente, é novamente repartido até que esses fomentos públicos alcancem os cofres públicos municipais (FONTE, 2015, p. 99-101).

Não apenas podemos nos referir às finanças, mas também à regulamentação normativa que a própria União apresenta; os Estados regulamentam mais ainda estas disposições supracitadas e quando chega-se aos municípios eles pouco tem liberdade normativa para dispor livremente conforme seus próprios interesses locais, visto que a regulamentação cada vez mais tem se chegado mais restritivas nos níveis locais, e não funcionam como verdadeiro parâmetros gerais.

Nessa esteira, é certo que os entes municipais passaram a ter um importante reconhecimento à nível federativo. Contudo, a competência para dispor sobre cenários e interesse local tem cada vez mais se tornado uma utopia para muitos agentes administrativos.

Segundo Hely Lopes Meirelles o destaque da autonomia administrativa dos entes

municipais estará na previsão constitucional da elaboração de uma Lei Orgânica Municipal. Geralmente, é da legislação interna que decorre preceitos, princípios e regras sobre as mais diversas formas de organização institucional municipal (MEIRELLES, 2013). Já para Emerson Gabardo a Administração Pública pós 1988 tem um relevante papel social e jurídico forte: a efetividade. A busca pela prestação de um serviço público efetivo, prática e condizentes com o planejamento é o maior objetivo atual reconhecido pela ordem constitucional (GABARDO, 2017, p. 101-103).

Essa releitura do Direito Administrativo como um conjunto normativo e político que estará preocupado com a efetividade de suas políticas ao invés de dispor tão somente sobre a organização dos seus órgãos e dos seus servidores é o âmago do princípio da efetividade.

Se de um lado a carta política brasileira maior institucionaliza os municípios à nível de ente federativo; o atribui de competências extremamente importantes, pois estarão sempre ligadas diretamente com a satisfação de direitos fundamentais; de outro lado a Administração Pública municipal ainda na prática fica subjugada às regulamentações dos demais entes federativos superiores que ao legislarem interferem em assuntos de interesse local.

Há um justo motivo para isso: questões de interesse local em sua grande maioria acabará perpassando transversalmente por um interesse estadual, federal ou ambos. A pandemia do COVID-19 é considerada uma situação de ordem global ou local? A resposta é proposital, pois respondendo que se trata de uma pandemia devemos estudar quais tem sido sua repercussão no universo jurídico da Administração Pública municipal.

Por exemplo, vez que a pandemia é uma situação que envolve interesse federal, estadual e municipal, como resolver a regulamentação de quais são as medidas de higienização que deverão ser adotadas em um município do interior da Bahia? Será que as medidas de isolamento social e seus acessórios serão considerados efetivos se aplicados na cidade de São Paulo? Ou há diferenças geográficas, sociais e econômicas que devem ser consideradas?

Em busca de uma solução efetiva o presente trabalho ganha relevância na medida que se fará um desenvolvimento analítico e normativo de como que os entes municipais estão se organizando e regulamentando comportamentos para efetivamente combater à pandemia. Isso traz a importância da ressignificação do exercício do poder de polícia municipal e quais são os obstáculos que a Administração Pública municipal tem enfrentando até mesmo face aos demais entes federativos.

2 OS MUNICÍPIOS E A CONFRONTAÇÃO COM O INTERESSE LOCAL

Desde 1988 os municípios passaram a compor o rol de entes federados da República Federativa do Brasil, sendo-lhes repartido competências especialmente que versem sobre interesse local. Com a pandemia do novo coronavírus o Presidente da República editou a Medida Provisória nº 926 de 2020 (BRASIL, 2020b) que dispõe sobre os procedimentos para aquisições destinadas ao enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus.

Essa MP altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 (BRASIL, 2020d) que traz algumas medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do surto pandêmico. A questão controvertida juridicamente ficou em saber se a MP afastaria a competência concorrente dos demais entes, os Estados, Distrito Federal e municípios. O caso foi levado até o STF por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341 (BRASIL, 2020e) onde os ministros entenderam que a interpretação do art. 3º da referida lei, que traz quais seriam as medidas preventivas que podem ser tomadas, deve estar de acordo com a obediência do pacto federativo da Constituição.

Em relação ao município ficou entendido que o exercício da competência para adotar medidas contra o surto pandêmico deve ser assegurado à exercício da autonomia político-administrativa, afinal, o Presidente da República não possui tamanha prerrogativa em momentos atípicos de suprimir a autonomia decorrente do respeito ao pacto federativo constitucionalmente garantido. O intento da MP acabou por redistribuir poder de polícia sanitária, de modo que os demais entes ficassem adstritos à sua executoriedade. Entenderam os ministros que a pretensão jurídica por meio da MP interfere diretamente sobre o regime de cooperação, justamente em razão de ter confiado à União as prerrogativas de isolamento, quarentena, interdição de locomoção, de serviços públicos e atividades essenciais e de circulação.

Assim, cabia tão somente uma melhor interpretação de que a MP não retira a autonomia dos demais entes quanto as medidas preventivas a serem tomadas. Por outro lado, a autonomia não legitima decisões adversas daqueles que estão sendo adotados pelos Estados, devendo ser alinhados a definição de serviço e atividades essenciais bem como as medidas de restrição de acordo com a posição definida pelo ente estadual. Portanto, a conclusão é de que deve ser assegurada à autonomia dos municípios, mas há de ser observado uma cooperação entre o exercício do poder de polícia pelos Estados e, para estes a União.

O Brasil conta com 5.568 municípios atualmente. São 5.568 entes federativos dotados de competência material e legislativa para editar medidas de restrições com o fim de conter o avanço da crise sanitária em seus respectivos territórios. A seguir, será analisado algumas medidas de ordem municipal que vem sendo tomadas em relação a questões locais bem como a repercussão do exercício do poder de polícia sanitária na seara interinstitucional.

No Estado de São Paulo há um caso que chama bastante atenção em relação ao município de Marília. O prefeito Daniel Alonso publicou o Decreto nº 12.973, de 19 de março de 2020 (MARÍLIA, 2020a), que dispõe sobre medidas preventivas tomadas em conjunto com diversos setores sociais que reavaliaram a situação epidemiológica local. Foi determinado a adoção de medidas temporárias e emergências de prevenção ao COVID-19, dentre eles podem ser destacadas: 1) a antecipação do recesso escolar das férias de inverno; 2) o estabelecimento do isolamento social; 3) a suspensão das atividades do comércio; e 4) restrições ao atendimento público no âmbito da administração pública direta, mantendo-se somente aquelas consideradas essenciais, como saúde.

Mais adiante, houve Decreto municipal nº 12.976, de 20 de março de 2020 (MARÍLIA, 2020b), que decretou o estado de calamidade pública e suspendeu, por 15 dias, inúmeros serviços públicos e privados.

No final do mês de março o município de Marília foi alvo em ação pública nº 1003738-19.2020.8.26.0344, ajuizada pelo Ministério Público Estadual (SÃO PAULO, 2020b). A vara da Fazenda Pública de Marília determinou que o município mantivesse o devido cumprimento das medidas preventivas que constam do Decreto estadual nº 64.881/2020 (SÃO PAULO, 2020b) ao receber informações de que o prefeito viria a determinar o retorno gradual de serviços e atividades consideradas não essenciais a partir do dia 1º de abril. O Decreto estadual estabelecia que as atividades que deveriam permanecer suspensas no período de quarentena no mesmo período em que o município estaria flexibilizando suas atividades não essenciais.

Logo em seguida, o município fez reclamação direta ao STF (Reclamação nº 40426/SP) (BRASIL, 2020i) alegando descumprimento de posicionamento do Supremo Tribunal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672/DF (BRASIL, 2020f) e nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nsº 6.341/DF (BRASIL, 2020e) e 4.102/RJ (BRASIL, 2014) e o disposto na Súmula Vinculante nº 38 do Supremo Tribunal Federal³. Para o Chefe do Poder Executivo municipal a decisão judicial viola a separação dos poderes, visto que o exercício do poder de polícia administrativo para decretar o estado de calamidade pública e suspender serviços compete ao ente federativo municipal, inclusive, para deliberar sobre retorno de serviços mesmo que suspensos por Decreto estadual, tendo em vista sua autonomia político-administrativa garantido pela Constituição.

Para a ministra relatora Cármen Lúcia o caso controvertido cuida em saber em que se entende o alcance da autonomia político-administrativa, por meio do exercício do poder de polícia, do ente municipal frente ao Estado. Entendeu a ministra que em momento algum houve afronta ao entendimento pacificado pelo STF sobre a competência concorrente dos entes federativos para tratar da matéria. A reclamação teve seu seguimento negado onde, segundo Cármen Lúcia, o município se valeu da reclamação como instrumento recursal contra a decisão judicial, o que é inadmitido. Mesmo assim, foi afastado qualquer alegação do descumprimento da SV nº 38, pois neste caso não é o horário de funcionamento do comércio que está em discussão, mas sim a restrição de atividades durante a quarentena imposta por decreto estadual, e complementa:

[...] Nessa linha de ideias, assiste razão ao Ministério Público do Estado de São Paulo ao sustentar que, na hipótese de antinomia entre as disposições do Decreto Municipal e o Decreto editado pelo Poder Executivo Estadual, deve prevalecer este último. Assim porque, nos termos do artigo 24, inciso XII, compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre “previdência social, proteção e defesa da saúde” (destaquei). Aos Municípios compete legislar sobre assuntos de interesse local (artigo 30, inciso I, da CF/88) e em caráter suplementar (artigo 30, inciso II, da CF/88). Evidente, a nosso sentir, que o combate ao Coronavírus extravasa os limites da circunscrição do Município de Marília, necessitando ser combatido em esferas de governo mais amplas, dado que a OMS classificou a situação de saúde como pandemia [...] (BRASIL, 2020i).

O exercício do poder de polícia municipal também tem relação direta com a possibilidade

³ Súmula vinculante nº 38 do STF: “É competente o Município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial” (BRASIL, 2015).

de restrição de circulação de pessoas na circunscrição do respectivo território local. O município de Guarujá/SP elaborou o Decreto municipal nº 13.564, de 18 de março de 2020 (GUARUJA, 2020a), que dispõe sobre determinações e recomendações para o enfrentamento da pandemia. Além das medidas de isolamento social adotadas de modo padrão, por ser uma cidade praiana e de turismo foi editado Decreto municipal nº 13.568, de 21 de março de 2020 (GUARUJA, 2020b) onde em seu art. 2º, inciso III, que restringe a entrada na municipalidade aos veículos cujos ocupantes comprovem domicílio no Município de Guarujá, não apenas ocupação eventual, a chamada “população flutuante”.

Um casal que tem residência em Suzano/SP foi impedido de entrar nos limites territoriais de Guarujá, onde também tem residência e passa os finais de semana, sendo enquadrados na população flutuante decidiram distribuir Mandado de Segurança nº 1002529-87.2020.8.26.0223 (SÃO PAULO, 2020d) contra o município, que tramitou perante o Juízo da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Guarujá. Em sede liminar, o Poder Judiciário concedeu autorização para que o casal ingressa-se no município em razão de que o exercício do poder de polícia de constrição para o enfrentamento do COVID-19 está limitado pelas balizas constitucionais e pela lei. A fundamentação para o juiz foi da interpretação em cima do conceito de domicílio dado pelo Código Civil (BRASIL, 2002) nos artigos 70 e 71 bem como pela garantia constitucional do direito à locomoção e da propriedade.

O município de Guarujá ajuizou reclamação direta ao STF (Reclamação nº 39976/SP) referindo-se à violação da separação dos poderes, pois a decisão judicial vai contra o reconhecimento da competência suplementar dos governos municipais onde, segundo ministro Alexandre de Moraes na ADPF 672 (BRASIL, 2020f), podem tomar adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras, tudo com base no interesse local constitucionalmente garantido. É sustentado a inexistência de qualquer desequilíbrio no exercício do poder de polícia de restrição de locomoção da população flutuante, visto estar justificado de forma razoável em razão do quadro epidemiológico vivenciado pelo país. O interesse local está na preservação da vida, tanto daqueles que residem de fato no município quanto aqueles que possuem casas de veraneio, evitando-se assim a circulação do vírus.

O ministro relator Luiz Fux decidiu pela manutenção da medida liminar do Mandado de Segurança e negou seguimento da reclamação. Na visão pacificada do STF não constatou-se qualquer afronta em relação a competência concorrente entre os entes federados em relação à tomada de medidas preventivas ao combate à pandemia. Reafirmou a competência municipal para adoção de medidas para o enfrentamento da pandemia da COVID-19, o que em nenhum momento foi negada no Mandado de Segurança. Pelo contrário, para o ministro a decisão de concessão da liminar teve como base a apresentação de provas de que o casal não poderia ser enquadrado na situação de “população flutuante”, pois frequentemente passavam os finais de semana no município e, portanto, estaria sendo respeitado a determinação preventiva municipal.

É ressaltado pelo ministro Luiz Fux o paradigma da decisão cautelar proferida na ADPF 672 no dia 08 de abril de 2020 (BRASIL, 2020f) da relatoria do ministro Alexandre de Moraes que resguarda a autonomia administrativa do ente municipal em relação à sua competência concorrente e suplementar, privilegiando sempre a proteção à saúde pública e o resguardo à lesões irreparáveis, não estando adstritos até mesmo a superveniência de ato federal em sentido contrário, na medida em que se flexibilizam direitos individuais por meio do *ius imperium* dos entes federativos, mas sem excluí-los:

[...] conflito federativo e os evidentes riscos sociais e à saúde pública com perigo de lesão irreparável, CONCEDO PARCIALMENTE A MEDIDA CAUTELAR na arguição de descumprimento de preceito fundamental, ad referendum do Plenário desta SUPREMA CORTE, com base no art. 21, V, do RISTF, para DETERMINAR a efetiva observância dos artigos 23, II e IX; 24, XII; 30, II e 198, todos da Constituição Federal na aplicação da Lei 13.979/20 e dispositivos conexos, RECONHENDO E ASSEGURANDO O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS GOVERNOS ESTADUAIS E DISTRITAL E SUPLEMENTAR DOS GOVERNOS MUNICIPAIS, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras; INDEPENDENTEMENTE DE SUPERVENIENCIA DE ATO FEDERAL EM SENTIDO CONTRÁRIO, sem prejuízo da COMPETÊNCIA GERAL DA UNIÃO para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário. Obviamente, a validade formal e material de cada ato normativo específico estadual, distrital ou municipal poderá ser analisada individualmente (BRASIL, 2020f, p. 9).

Ainda em relação a questões de interesse local certos municípios entenderam que haveria a necessidade de restrição do horário de funcionamento dos postos de combustíveis durante a pandemia. Dentre eles estão os municípios de Jundiaí/SP e São Caetano do Sul/SP.

A prefeitura de Jundiaí por meio do Decreto municipal 28.923, de 21 de março de 2020 (JUNDIAI, 2020), teria estabelecido um horário especial de funcionamento dos postos de combustíveis no seu art. 16, inciso VIII: “postos de combustíveis, com funcionamento das 7 horas às 19 horas, exceto aos domingos e feriados, que deverão permanecer fechados.” Havia ainda uma exceção quando se tratava do abastecimento de caminhões e utilitários, viaturas policiais e militares, ambulâncias e veículos de socorro.

A motivação da respectiva determinação questionada era de procurar meios eficientes para diminuir ao máximo a circulação de pessoas pela cidade e evitar a aglomeração, sem que isso prejudicasse os demais serviços essenciais, como saúde e segurança pública.

Contra este dispositivo em comento houve decisão monocrática proferida pelo TJSP nos autos do Agravo de Instrumento nº 2056221-71.2020.8.26.0000 (SÃO PAULO, 2020c), em trâmite na 3ª Câmara de Direito Público, que concedeu medida cautelar com fins de suspender os efeitos de Decreto editado pelo aludido município. A origem do processo é um Mandado de

Segurança contra o município para suspender a restrição do horário especial imposta aos postos de combustíveis onde o Douto Juízo de 1º instância negou a concessão da medida cautelar.

Em 2º instância foi entendido que o município, embora dotado de autonomia administrativa importante neste momento atípico, ainda encontra-se, na qualidade de Administração Pública direta, submissa à lei e ao interesse público. Havia a necessidade de consignar justo motivo grave, para que o ente municipal pudesse restringir a liberdade de locomoção e do exercício de atividade econômica, incluída a abertura ou o período de funcionamento de estabelecimentos comerciais ou de prestações de serviço. Mesmo diante da situação atípica vivenciada, considerou o TJSP que serviços essenciais devem ser mantidos, dentre eles, o serviço de fornecimento de combustíveis em postos, conforme se tinha delineado no Decreto nº 64.881/2020 (SÃO PAULO, 2020a) e no Decreto nº 10.282/2020 (BRASIL, 2020c), editados pelo Governador do estado de São Paulo e pelo Governo Federal, respectivamente.

Por ser assim, o município de Jundiaí não possuiria interesse local diverso que o legitimasse a ir contra a legislação, senão fosse em medida de suplementação e não contrária a determinação legislativa estadual e federal. Ainda, chegou a ser fundamentado que o dispositivo infringe a garantia constitucional da liberdade econômica no país, por meio da intervenção mínima da Administração Pública na Ordem Econômica. Resta aos municípios, neste caso, apenas atuar por meio do mínimo necessário à preservação do interesse público local, observando sempre as disposições constitucionais e legais.

O município de Jundiaí entrou com pedido de Suspensão de Segurança nº 5.369/SP (BRASIL, 2020j) no STF que ficou sob a relatoria do ministro presidente Dias Toffoli. O argumento do ente federativo foi de que a decisão cerceava o poder de polícia sanitária do município e infringia a Separação dos Poderes, pois o respectivo dispositivo teria sido elaborado com base em estudos técnicos quanto à realidade municipal, chegando à conclusão que a medida seria bastante efetiva não apenas ao combate à propagação do vírus, mas principalmente contribuiria para o não abarrotamento da capacidade hospitalar limitada para socorrer os infestados pelos vírus COVID-19. Caso contrário, o município estaria colocando a população em risco maiores, tendo em vista a calamidade da saúde pública. Além disso, trata-se de limitação de horário, pelo exercício proporcional e razoável do poder de polícia municipal, não havendo que se falar em cerceamento de locomoção.

Para o ministro Dias Toffoli a questão envolve tanto o princípio da Separação dos Poderes quanto ao Pacto Federativo, ambas questões que têm se tornado sensíveis diante da crise institucional devido ao coronavírus. Todavia, recordou o ministro que no âmbito federal (Lei nº 13.979/2020) (BRASIL, 2020d) nada foi disposto sobre o tema, mas houve a edição de Decreto Federal nº 10.282/20 (BRASIL, 2020c) que referiu-se aos serviços públicos e atividades essenciais, cujo exercício e funcionamento restou resguardado, no art. 3º, inc. XXVII, a produção de petróleo e produção, distribuição e comercialização de combustíveis, gás liquefeito de petróleo e demais derivados de petróleo. Noutra vertente, o Governo de São Paulo editou o Decreto nº 64.881/20 (SÃO PAULO, 2020a), em que expressamente excluiu da restrição então imposta ao

funcionamento de diversos estabelecimentos comerciais, os postos de combustíveis e derivados. Assim, não há divergências entre os níveis federal e estadual quanto ao tema.

Segundo o ministro Dias Toffoli, sustentando que não se trata de interesse local por já haver disposição expressa em Decreto estadual, concluiu:

[...] Assim, muito embora não se discuta, no caso, o poder que detém o Chefe do Poder Executivo Municipal para editar decretos regulamentares, no âmbito territorial de sua competência, no caso concreto ora em análise, não poderia ele impor tal restrição à abertura de postos de vendas de combustíveis, em clara afronta a igual disposição constante de Decreto Estadual. A jurisprudência desta Suprema Corte consolidou o entendimento de que, em matéria de competência concorrente, há que se respeitar o que se convencionou denominar de predominância de interesse, para a análise de eventual conflito porventura instaurado (BRASIL, 2020j).

O município de São Caetano do Sul, seguindo a mesma linha acima de Jundiá, por meio do Decreto municipal nº 11.522/2020 (SÃO CAETENO DO SUL, 2020), estabeleceu limitação de horário de funcionamento dos postos de combustíveis das 7 horas às 19 horas durante os dias úteis da semana e fechando nos finais de semana e em feriados. O respectivo Decreto municipal entrou em conflito entre referida legislação e a Lei Federal nº 13.979/2020, Decreto Federal nº 10.292/20, e o Decreto Estadual nº 64.881/20 (BRASIL, 2020a, 2020d, SÃO PAULO, 2020a). Foram distribuídas ações contra o município na 3ª, 4ª e 5ª Varas Cíveis da Comarca de Caetano do Sul.

Contra estas decisões o município fez reclamação direta ao STF (Reclamação nº 40.035/SP) (BRASIL, 2020h), sob a relatoria do ministro Edson Fachin. Sustentou o ente federativo que houve violação da Súmula Vinculante nº 38 do STF (BRASIL, 2015) que determinou como sendo de competência dos municípios fixar horários de funcionamento do comércio. Para o ministro o município agiu com ilegalidade, tendo em vista que a matéria já estava determinada na legislação estadual e, portanto, não caberia o seguimento da reclamação:

[...] Como se vê, não houve em qualquer decisão reclamada afirmação da incompetência do Município para legislar sobre a matéria, mas da aparente ilegalidade e/ou inconstitucionalidade material do texto normativo em questão, o que extrapola o conteúdo da Súmula Vinculante nº 38, que possui, portanto, outro âmbito de incidência. Assim, do cotejo entre os atos trazidos como reclamados e o paradigma apontado pelo reclamante, verifica-se a ausência da imperativa aderência estrita, requisito indispensável para o cabimento de reclamação [...] (SÃO CAETANO DO SUL, 2020).

E, finalmente, questões sobre o exercício do poder de polícia sanitária municipal têm sido questionadas pela Confederação Nacional do Turismo (CNTUR), sendo eles o município de Guabiruba/SC por meio do Decreto municipal nº 1.109/2020 (GUABIRUBA, 2020), Herval do Oeste/SC por meio do Decreto municipal nº 4.178/2020 (HERVAL DO OESTE, 2020), Maringá/PR por meio do Decreto municipal nº 461/2020 (MARINGÁ, 2020) e Pontal do Paraná/PR por

meio do Decreto municipal nº 8.613/2020 (PONTAL DO PARANÁ, 2020).

A controvérsia reclamada pela CNTUR era de que tais medidas de isolamento social determinadas pelos municípios em questão, assim como também são citados outros Estados, como Alagoas, Bahia e Santa Catarina, versavam sobre restrições à circulação de serviços de transporte e ao funcionamento de hotéis e estabelecimentos de alimentação e o acesso ao rastreamento de dados de aparelhos celulares para controle de tráfego de pessoas. Segundo a entidade estas determinações não estão de acordo com a Lei Federal nº 13.979/2020 (BRASIL, 2020d), que dispõe sobre as medidas a serem adotadas durante a pandemia, isso porque tais medidas restritivas por meio do exercício do poder de polícia infringem direitos constitucionais fundamentais, como a liberdade de locomoção e inviolabilidade das comunicações, e também porque segundo o artigo 21 da Constituição a União teria a competência exclusiva para instituir diretrizes sobre transportes urbanos bem como promover a defesa contra calamidades públicas.

A lei seria clara ao estabelecer no art. 3º, §1º, que tais medidas previstas no caput do artigo, como está o isolamento social, somente poderão ser determinadas com base em *evidências científicas*, segundo a CNTUR os citados municípios estariam tomando medidas sem qualquer comprovação técnica ou científica da sua pertinência, questionando assim a questão do interesse local por estar em desacordo com a previsão em legislação federal. A razão da entidade é fundada no fato de que os municípios vêm se valendo do exercício desequilibrado do poder de polícia, não correspondendo razoavelmente os meios adotados aos fins pretendidos. Ao final, pediu a manutenção da abertura das fronteiras estaduais e municipais e a conformação dos atos normativos municipais e estaduais ao regramento federal de caráter geral.

Todavia, a ADPF 675 (BRASIL, 2020g) sequer conseguiu passar pelo juízo de admissibilidade, por lhe faltarem requisitos formais e materiais, dentre eles o próprio ministro alega o equívoco da adoção do meio processual em razão da controvérsia ora veiculada dizer respeito a situação caracterizadora de conflito indireto com a Constituição, o que inviabiliza a instauração da ADPF. Ainda assim, cumpre destacar trecho onde o ministro relembra que o exercício do poder de polícia pelos municípios e o reconhecimento da sua autonomia administrativa em relação às medidas preventivas contra o COVID-19 seguem um duplo pressupostos: 1) cooperação entre os 3 níveis federativos e 2) suplementação em relação à federação e aos estados:

[...] É que o exame dos fundamentos que dão suporte à pretensão de inconstitucionalidade ora deduzida neste processo de fiscalização normativa abstrata revela que a entidade sindical autora limita-se a estabelecer uma análise comparativa entre os atos estatais por ela questionados e o conteúdo normativo da Lei nº 13.979/2020, confrontando o modelo instituído pela lei de conteúdo geral com o teor de decretos regionais e locais de caráter meramente suplementar, para, a seguir, através de um juízo de suposta incompatibilidade entre os atos estatais de menor positividade (decretos estaduais e municipais) e o regime jurídico vigente em âmbito nacional, concluir, em desdobramento exegético ulterior, pela alegada ocorrência de ofensa a preceitos de índole fundamental. O aspecto que venho de ressaltar evidencia que a controvérsia instaurada na presente sede processual diz respeito a típica hipótese de antagonismo entre atos normativos de caráter

secundário e determinado diploma legislativo (como a Lei nº 13.979/2020, no caso), a refletir, na perspectiva dessa situação de alegada antinomia, a existência de mero conflito de legalidade [...] (BRASIL, 2020g).

Conclui-se que durante a pandemia vem sendo feito uma reinterpretação direta em cima da autonomia político-administrativa dos entes municipais, de forma que, mesmo em se tratando de tomadas decisórias que importem no combate à propagação do vírus, estes ainda estão enfrentando dificuldades no que diz respeito ao exercício do poder de polícia, seja pelo Poder Judiciário seja pelo Poder Legislativo dos demais entes federativos. Embora não haja hierarquia entre os entes, os municípios ainda encontram-se em uma linha decisória estagnada, somente podendo legislar sobre questões locais se e quando estes não tiverem sido discutidos em sede federal ou estadual, o que mais uma vez traz à discussão a possibilidade de ausência de generalidade nas leis dos demais entes e até limitação à questão de interesse nacional e regional, respectivamente em relação à União e aos Estados.

Acaba que os municípios são os diretamente atingidos pela propagação do novo vírus. O sintetiza-se é uma ausência de cooperação verdadeira no sistema institucional do Estado brasileiro, onde os municípios por estarem adstritos à lei, e isso diz respeito aos demais entes políticos, por vezes está limitado a dar efetividade no combate ao coronavírus por questões de disputa política que tiram a característica do interesse local de muitas de suas determinações. Não deixa de minimizar a autonomia administrativa que lhe são pertinentes, os pondo em posição de meros entes federativos executores.

CONCLUSÃO

Neste cenário de crise da saúde pública, o poder de polícia é a prerrogativa do direito administrativo que passa a ter destaque frente às tomadas decisórias preventivas. O Estado, na figura de gestor e administrador, tem como característica marcante a autoexecutoriedade, que lhe confere a prerrogativa para implementação de medidas que podem restringir a propriedade e a liberdade das pessoas, sempre na forma da legislação vigente. Ficou conhecida como poder de polícia sanitaria. Frente à crise epistemológica, a autoexecutoriedade nunca foi tão precisa para que a Administração Pública conseguisse proteger o interesse público maior neste momento – o direito à saúde e à vida.

Além do poder de polícia sanitaria este período atípico também tem destacado a importância dos municípios dentro da relação federativa. Na visão do Estado unitário, a Administração Pública deve estar pautada na cooperação, medida que se impõe a todos os entes federativos para se alcançar uma efetiva gestão de pessoas, serviços e bens. Para os municípios, já era de se esperar que houvesse conflitos entre suas competências e o livre exercício do seu poder de polícia sanitaria com os demais, motivo justificado no atual contexto que vem colocando em prova a eficácia de toda a organização política e institucional disposta na Constituição.

Dessa maneira, diante da crise pandêmica, a Constituição será o árbitro para analisar o poder de polícia que vem se valendo os demais entes federativos, em especial os entes municipais, acompanhado dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, visto que o interesse público sempre será indiscutivelmente o mesmo para todos os atos administrativos. Portanto, o presente trabalho cuidou de analisar o mérito destas controvérsias destacáveis.

O que pode ser observado, por meio da análise de julgados e da doutrina, é de que a imposição de uma finalidade única à toda Administração Pública tem reclamado uma verdadeira reinterpretação dos limites do poder de polícia, bem como da interrelação federativa entre municípios e demais entes nessa brigada pela efetividade das medidas de higiene.

Assim, o primeiro ponto de destaque diz quanto ao reconhecimento pelo STF da competência concorrente para tomar decisões sobre o novo coronavírus aos Estados, Distrito Federal e Municípios. Segundo o Supremo, a interpretação decorrente da Constituição vem no sentido de que todos os entes federativos estão dotados de autonomia político-administrativa no âmbito das suas jurisdições, contudo, a reafirmação da sua autonomia neste contexto pandêmico chama o vínculo da cooperação para que de fato os municípios consigam atender a prossecução do interesse pública da tutela da saúde pública local.

Logo, a possibilidade de o Presidente da República vir a definir por meio de decreto os serviços públicos que considera essencial, ou até mesmo a regulamentação desproporcional e restritiva do Governador do Estado, sem antes atentar-se a autonomia dos municípios e que lhes cabe decidir quanto às suas peculiaridades, resulta na afronta à observância da autonomia destes entes federativos e leva também a violação do princípio da separação dos poderes.

O segundo ponto de destaque neste trabalho decorre da competência concorrente e da reinterpretação da autoexecutoriedade da Administração Pública. Aos entes municipais tem sido levantado a complementariedade na competência concorrente, frente aos Estados e à União, em obediência ao Direito e à Constituição. Ainda assim, a complementariedade tem sido analisada caso a caso pelo Poder Judiciário de acordo com a preponderância do interesse em discussão. Ainda assim, verifica-se que a reinterpretação destes parâmetros tem incorrido em distorções, faltando-se com uma padronização, visto que o que se tem delimitado como sendo de interesse local, regional ou federal não segue critérios objetivos, o que por si só tem evidenciado mais ainda constatação das dificuldades do sistema institucional brasileiro em relação à proteção do direito à saúde e à vida quando tentamos nos valores da cooperação.

O terceiro ponto destacável está justamente no que se busca entender como sendo de interesse local, e o diferenciar do interesse regional e federal dentro do contexto da autonomia político-administrativa. Isso porque principalmente os municípios são aqueles que mais tem ajuizado reclamações diretamente ao STF. Isso chama atenção para a questão de que os entes municipais ainda têm sido mitigados na tomada decisória dentro de suas competências constitucionais, o que se deve também pela ausência de uma melhor delimitação pela própria Constituição, o que tem deixado ao cargo do Poder Judiciário cumprir com essa delimitação.

Portanto, a pandemia não só cada vez mais tem destacado o papel importante da

Administração Pública municipal, mas lança luz sobre sua principal debilidade institucional: ausência de cooperação. E esse fato se agrava vez que estamos enfrentando uma enfermidade mortal de amplitude global. Deve ser articulado o papel do município com as empresas e a sociedade, principalmente em tempos de reinterpretação não apenas dos institutos do direito administrativos, mas do próprio conceito de moral, ética e da proteção da vida. O atual momento atípico tem desnudado as carências do sistema público de saúde, das crises institucionais, a falta de leitos à toda a população, equipamentos de proteção, portanto, este é o momento certo para dar efetividade à Constituição e buscar solucioná-las de forma efetiva, transparente e moral, pautado na cooperação e não na competitividade.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 126, n. 191-A, p. 1-32, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 dez. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 10.292, de 25 de março de 2020**. Altera o Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020, que regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. Brasília, DF: Presidência da República, 2020a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10292.htm. Acesso em: 12 dez. 2022.

BRASIL. Justiça e Segurança Pública. Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 157, n. 55-G, p. 1, 20 mar. 2020b. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=614&pagina=1&data=20/03/2020&totalArquivos=13>. Acesso em: 13 dez. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020. Regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 157, n. 55-G, p. 1, 20 mar. 2020c. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10282.htm. Acesso em: 12 dez. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 157, n. 27, p. 1, 7 fev. 2020d. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm. Acesso em: 12 dez. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Disponível

em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 12 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6341 MC-Ref/DF**. Referendo em medida cautelar em Ação Direta da Inconstitucionalidade. Direito constitucional. Direito à saúde. Emergência Sanitária Internacional. Lei 13.979 de 2020. Competência dos entes federados para legislar e adotar medidas sanitárias de combate à epidemia internacional. Hierarquia do sistema único de saúde. Competência comum. Medida cautelar parcialmente deferida [...]. Brasília, DF: STF, 2020e. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436466/false>. Acesso em: 12 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.102 Rio de Janeiro**. Vinculação de receitas tributárias a setores da política educacional. Arts. 309, § 1º, 314, caput e §§ 2º e 5º, e 332 da constituição do Rio de Janeiro. Alegação de contrariedade aos arts. 2º, 5º, 61, § 1º, inc. II, al. B, 165 e 212 da constituição da república. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Procurador: Procurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 30 out. 2014. Brasília, DF: STF, 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7708618#:~:text=Supremo%20Tribunal%20Federal-,ADI%204102%20%2F%20RJ,167%2C%20inc>. Acesso em: 12 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 672 Distrito Federal**. Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em face de atos omissivos e comissivos do Poder Executivo federal, praticados no contexto da crise de saúde pública decorrente da pandemia do COVID-19 (Coronavírus) [...]. Recorrente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Procurador: Advogado-Geral Da União. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 8 abr. 2020. Brasília, DF: STF, 2020f. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 675 Distrito Federal**. Petição inicial que não indica nem identifica, com a necessária precisão e clareza, quais seriam os atos estatais objeto do processo de controle de constitucionalidade [...]. Recorrente: CNTUR Confederação Nacional de Turismo. Relator: Min. Celso de Mello, 17 abr. 2020. Brasília, DF: STF, 2020g. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342926881&ext=.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 40.035 São Paulo**. Trata-se de reclamação, com pedido liminar, em face de decisões proferidas pelos juízos da 3ª, 4ª e 5ª Varas Cíveis da Comarca de São Caetano do Sul/SP, que teriam violado o entendimento fixado na Súmula Vinculante 38. Recorrente: Município de São Caetano do Sul. Recorrido: Juiz de Direito da 3ª, 4ª e 5ª Vara Cível da Comarca de São Caetano. Relator: Min. Edson Fachin, 19 abr. 2020. Brasília, DF: STF, 2020h. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342933180&ext=.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 40.426 São Paulo**. Reclamação. Decreto do Estado de São Paulo n. 64.881/2020: medidas restritivas a serem adotadas no combate à covid-19. Ação Civil Pública contra município: Alegada retomada de serviços e atividades não essenciais. Apontado descumprimento de decisões proferidas na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 672/DF e nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 6.341/DF e 4.102/RJ e da súmula Vinculante n. 38 do Supremo Tribunal Federal. Recorrente: Município De Marília. Recorrido: Juiz de direito da vara da fazenda pública da comarca de Marília. Relatora:

Min. Cármen Lúcia, 13 maio 2020. Brasília, DF: STF, 2020i. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343060920&ext=.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 38, de 11 março de 2015**. É competente o Município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial. Brasília, DF: STF, 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula789/false>. Acesso em: 13 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Segurança 5.369 São Paulo**. Cuida-se de suspensão de segurança, com pedido de cautelar, proposto pelo Município de Jundiá, contra decisão monocrática proferida pela eminente Desembargadora Paola Lorena, Relatora nos autos do Agravo de Instrumento nº 2056221-71.2020.8.26.0000, em trâmite na 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, que concedeu medida cautelar, para suspender os efeitos de Decreto editado pelo aludido município [...]. Recorrente: Município De Jundiá e Outro (A/S). Recorrido: Relator do Ai nº 2056221-71.2020.8.26.0000 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Dias Toffoli, 17 abr. 2020. Brasília, DF: STF, 2020j. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaPresidenciaStf/anexo/SS5369.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Coronavírus e o poder de polícia impositivo**. São Paulo: GenJurídico, 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/04/14/coronavirus-poder-de-policia-impositivo/>. Acesso em: 12 dez. 2022.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do direito administrativo social. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 95-130, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rinc/a/FXGmphCrQNsMzNJLLBTFvrK/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 12 dez. 2022.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GUABIRUBA. **Decreto nº 1.109, de 01 de abril de 2020**. Adota medidas administrativas no âmbito do município em cumprimento às ações em saúde pública emanadas dos governos federal e estadual voltadas ao enfrentamento e à eliminação dos riscos de disseminação e contágio do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. Guabiruba: Prefeitura municipal de Guabiruba, 2020. Disponível em: https://leismunicipais.com.br/a/sc/g/guabiruba/decreto/2020/111/1109/decreto-n-1109-2020-adota-medidas-administrativas-no-ambito-do-municipio-em-cumprimento-as-acoes-em-saude-publica-emanadas-dos-governos-federal-e-estadual-voltadas-ao-enfrentamento-e-a-eliminacao-dos-riscos-de-disseminacao-e-contagio-do-coronavirus-covid-19-e-da-outras-providencias#google_vignette. Acesso em: 12 dez. 2022.

GUARUJÁ. Decreto nº 13.564, de 18 de março de 2020. Declara situação de emergência em Saúde Pública e estabelece determinações e recomendações a serem adotadas no Município do Guarujá para o enfrentamento da pandemia decorrente do novo coronavírus. **Diário Oficial de Guarujá**: ano 19, n. 4396, p. 5, 19 mar. 2020a. Disponível em: <https://d18xl8ggo6ud4h.cloudfront.net/wp-content/uploads/2020/03/19-03-2020.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2022.

GUARUJÁ. Decreto nº 13.568, de 20 de março de 2020. Acrescenta, altera e revoga dispositivos

do decreto nº 13.564, de 18 de março de 2020, estabelece novas determinações e recomendações para o enfrentamento da pandemia decorrente do novo coronavírus e dá outras providências.

Diário Oficial de Guarujá: ano 19, n. 4396, ed. extra, p. 1, 20 mar. 2020b. Disponível em: <https://d18x18ggo6ud4h.cloudfront.net/wp-content/uploads/2020/03/20-03-2020-EXTRA.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2022.

HERVAL DO OESTE. Decreto nº 4.178, de 09 de abril de 2020. Determina o uso de máscaras para o enfrentamento da pandemia provocada pelo novo coronavírus (covid-19) no município de Herval d'Oeste. **Diário Oficial dos Municípios de Santa Catarina:** nº 3110, p. 286, 13 abr. 2020. Disponível em: https://edicao.dom.sc.gov.br/arquivosbd/edicoes/2020/04/1586791712_edicao_3110_assinada.pdf. Acesso em: 13 dez. 2022.

JUNDIAÍ. Decreto municipal 28.923, de 21 de março de 2020. Considerando a necessidade de adequação das medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública, de importância internacional, decorrente do novo Coronavírus, no âmbito deste Município. **Imprensa Oficial do Município de Jundiaí:** n. 4702, ed. extra, p. 3-5, 21 mar. 2020. Disponível em: https://jundiai.sp.gov.br/wp-content/uploads/2020/03/4e1ad16b-75cf-4066-9243-6ce5646e3a05_edicao-4702-21-03-2020-1.pdf. Acesso em: 12 dez. 2022.

MARÍLIA. **Decreto nº 12.973, de 18 de março de 2020.** Dispõe sobre a adoção, âmbito da administração pública direta, de medidas temporárias e emergenciais de prevenção de contágio pelo COVID-19 (novo coronavírus). São Paulo: Câmara Municipal de Marília, 18 mar. 2020a. Disponível em: https://sapl.marilia.sp.leg.br/pysc/download_norma_pysc?cod_norma=39652&texto_original=1. Acesso em: 12 dez. 2022.

MARÍLIA. Decreto nº 12.976, de 20 de março de 2020. Decreta estado de calamidade pública no município de Marília, como medida de enfrentamento da pandemia decorrente do novo coronavírus (covid-19) e dá outras providências. **Diário Oficial do Município de Marília:** ano 11, n. 2643, p. 1-3, 20 mar. 2020b. Disponível em: <https://www.marilia.sp.gov.br/portal/diario-oficial/ver/2771>. Acesso em: 13 dez. 2022.

MARINGÁ. Decreto nº 461, de 25 de março de 2020. Dispõe sobre medidas adicionais àquelas dispostas no decreto nº 445/2020, que declarou situação de emergência e definiu medidas para enfrentamento da pandemia decorrente do coronavírus (covid-19). **Órgão Oficial do Município [de Maringá]:** ano 30, n. 3296, p. 1-2, 21 mar. 2020. Disponível em: https://venus.maringa.pr.gov.br/arquivos/orgao_oficial/arquivos/oom%203296.pdf. Acesso em: 13 dez. 2022.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo.** 16. ed. São Paulo: Editora Forense, 2014.

PONTAL DO PARANÁ. Decreto nº 8.613, de 31 de março de 2020. Dispõe sobre medidas de prevenção ao contágio pelo Coronavírus (COVID-19) no Município de Pontal do Paraná. **Órgão Oficial do Município de Pontal do Paraná:** ano 23, n. 693, p. 2-6., 03 abr. 2020. Disponível em: http://www.controlemunicipal.com.br/site/diario/publicacao.php?id=151155&id_

cliente=12183. Acesso em: 13 dez. 2022.

SÃO CAETANO DO SUL. Proc. nº 4738/2020 - Decreto nº 11.522, de 19 de março de 2020. Decreta situação de emergência no município de São Caetano do Sul e define outras medidas para o enfrentamento da pandemia decorrente do covid-19. **Diário Oficial Eletrônico do município de São Caetano do Sul**: ano 3, n. 730, p. 4, 19 mar. 2020. Disponível em: <https://diariooficial.saocaetanodosul.sp.gov.br/download/VisualizadorDocumento.aspx?docID=776>. Acesso em: 12 dez. 2022.

SÃO PAULO. Decreto nº 64.881, de 22 de março de 2020. Decreta quarentena no Estado de São Paulo, no contexto da pandemia do COVID-19 (Novo Coronavírus), e dá providências complementares. **Diário Oficial Estado de São Paulo**: v. 130, n. 57, p. 1, 23 mar. 2020a. Disponível em: <http://dobuscadireta.imprensaoficial.com.br/default.aspx?DataPublicacao=20200323&Caderno=Suplemento&NumeroPagina=1>. Acesso em: 12 dez. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 2056221-71.2020.8.26.0000, de 10 de agosto de 2020**. Agravo de Instrumento. Perda superveniente do interesse processual. Ofício que indica julgamento final da causa originária. Sentença proferida. Recurso não conhecido. Agravantes: Auto Posto Caminhos de Canaã Ltda. e outro. Agravado: Prefeito do Município de Jundiá. Relatora: Min. Paola Lorena, 10 ago. 2020c. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP_I_20562217120208260000_98f46.f?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1670937858&Signature=w0uGKG5i4J0jNPNP63QKsZnyafT0%3D. Acesso em: 13 dez. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Mandado de Segurança Cível nº 1002529-87.2020.8.26.0223, de 26 de março de 2020**. Impetrante: Renata de Andrade Calil e Márcio Rodrigues Calil. Impetrado: Prefeito do Município do Guarujá. Relator: Dr. Thomaz Correa Farqui, 26 de março de 2020d. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=670009C120000&processo.foro=223&processo.numero=1002529-87.2020.8.26.0223>. Acesso em: 13 dez. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado Paulo. **Ação Civil Pública nº 1003738-19.2020.8.26.0344**. Trata-se de ação civil pública, ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO contra o MUNICÍPIO DE MARÍLIA. Consta da inicial de fls. 01/15, em síntese, que o Ministério Público autor instaurou o Procedimento Administrativo nº 62.0716.0001162/2020-1, objetivando o acompanhamento da situação de pandemia do Covid-19 [...]. Requerente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Requerido: Prefeitura Municipal De Marília. Juiz: Dr. Walmir Idalencio dos Santo, 26 abr. 2020b. Marília: TJSP, 2020. Disponível em: https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/CEJUR%20-%20PGM/CEJUR%20Clipping/7%C2%AA%20Edi%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias%20do%20Judici%C3%A1rio/processo%201003738-19_2020_8_26_0344.pdf. Acesso em: 12 dez. 2022.

STOBER, Rolf. **Direito administrativo econômico geral**: fundamentos e princípios Direito Constitucional Econômico. Lisboa: Universidade Lusíada, 2008.

Como citar: ANDRADE, Eric Santos; PATRÃO, Benedicto de Vasconcellos Luna Gonçalves. Os Municípios E O Novo Coronavírus: Releitura Do Poder De Polícia Municipal E Do Desenho

Federativo. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 3, p. 167-189, dez. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n3p. 167. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 02/07/2022

Aceito em: 30/08/2022

O EMBATE ENTRE A LINGUAGEM DOGMÁTICA E A ZETÉTICA COMO SUPERAÇÃO DO PARADIGMA POSITIVISTA

THE CLASH BETWEEN DOGMATIC AND ZETHETIC
LANGUAGE IN OVERCOMING THE POSITIVIST
PARADIGM

Eric Araújo Andrade Oliveira*
Jadson Correia de Oliveira**

*Mestrando em Direitos Alteridade e Direitos Fundamentais, na área de concentração: Políticas públicas e efetivação de direitos fundamentais, pela Universidade Católica do Salvador, advogado, graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador E-mail: eric.araujo.oliveira@gmail.com

**Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos e Direitos Humanos pelo Ius Gentium Conimbrigae- IGC/CDH, da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito pela UNICAMP. Especialista em Direito Público pela ESMAPE. Professor Adjunto da Universidade Federal de Sergipe, do Centro Universitário do Rio São Francisco e do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica do Salvador E-mail: jadson_correia@hotmail.com

Como citar: OLIVEIRA, Eric Araújo Andrade; DE OLIVEIRA, Jadson Correia. O embate entre a linguagem dogmática e a zetética como superação do paradigma positivista. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 3, p. 190-208, dez. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n. 3 p. 190. ISSN: 1980-511X

Resumo: O positivismo, principalmente através das lições de Hans Kelsen, representa um importante marco para a ciência jurídica ao fornecer-lhe contornos metodológicos, embora desde o seu nascimento reclame a solução de alguns problemas, dentre eles a natureza e as distinções das espécies de normas jurídicas. Neste sentido, a presente pesquisa busca solucionar o seguinte questionamento: Seria a inserção dos princípios no bojo das teorias da norma jurídica, um mecanismo de aprimoramento e superação do paradigma positivista? Na hipótese afirmativa, seriam os princípios construções derivadas da linguagem zetética? Para a construção desta pesquisa foram utilizados o método hipotético dedutivo e da revisão bibliográfica, destacando alguns dos principais expoentes da contemporânea teoria da norma e suas contribuições. Conclui-se que a reinserção da dimensão do valor, no contexto dos sistemas de normas, principalmente, através de dispositivos normativos estruturados sob a linguagem zetética, representa a superação do paradigma positivista no contexto das teorias da norma.

Palavras Chave: teoria da norma; princípios jurídicos; hermenêutica jurídica; método positivista; linguagem zetética jurídica.

Abstract: Positivism, mainly through the lessons of Hans Kelsen, represents an important milestone, both for legal science, by providing it with methodological outlines, although since its birth it claims the solution of some problems, among

them the nature and distinctions of species of legal norms. In this sense, this research seeks to solve the following question: Would the insertion of principles in the scope of theories of the legal norm be a mechanism for improving and overcoming the positivist paradigm? In the affirmative hypothesis, would the principles be constructions derived from the zetetic language? The hypothetical deductive method and the bibliographical review are given up, highlighting the main exponents of contemporary Norm Theory and their contributions to them. It is concluded that the reinsertion of the value dimension, in the context of norms systems, mainly through normative devices structured on the zetetic language, represents the overcoming of the positivist paradigm in the context of norms theories.

Keywords: norm theory; legal principles; legal hermeneutics; positivist method; legal zetetic language.

INTRODUÇÃO

A pesquisa proposta objetiva lançar um olhar crítico acerca do desenvolvimento histórico e evolutivo das teorias da norma jurídica, ramo do Direito direcionado ao estudo das estruturas que perfazem o corpo positivo ou normativo do Direito, bem como, as estruturas de onde provêm: Direitos, obrigações, mandamentos, diretrizes, de caráter geral que remontam os sistemas normativos.

Assim, este artigo possui um recorte fundado nos campos da ciência jurídica, com ênfase na epistemologia jurídica, na teoria da norma, bem como, na hermenêutica jurídica, posto que esta exprime o ato de interpretar e fixar o sentido real da norma, viés adotado nestas linhas.

A investigação está fundada em autores centrais da teoria da norma, trazendo suas contribuições e concepções a respeito da norma jurídica, de modo que se possa analisar criticamente o processo de mudança e ampliação das teorias da norma.

A presente pesquisa busca solucionar o seguinte questionamento: Seria a inserção dos princípios no bojo das teorias da norma jurídica um mecanismo de aprimoramento e superação do paradigma positivista? Em sendo afirmativa a resposta, surge a seguinte questão secundária: Seriam os princípios construções derivadas da linguagem zetética?

Parte-se da hipótese inicial de que a transição do positivismo para as demais sistematizações pós-positivistas alterou significativamente o conceito semântico e o alcance das normas, de modo que se poderia dizer que tal mudança de paradigma impactou frontalmente nas novas teorias da norma jurídica. Destaca-se, enquanto hipótese secundária, que a mudança mais significativa no seio das teorias da norma, diz respeito aos princípios, através do implemento da linguagem zetética na estrutura das normas.

A temática proposta será encarada a partir da concepção da transição entre o positivismo jurídico, enquanto método jurídico, e da verificação dos impactos percebidos pela superação deste paradigma por novas correntes do pensamento jurídico.¹

Para solucionar a problemática proposta, optou-se pela sistematização do presente artigo em cinco capítulos, organizados da seguinte forma: Introdução, contendo as premissas iniciais, o problema de pesquisa sobre o qual se estrutura a investigação, as hipóteses iniciais, a escolha do método de pesquisa.

Em seguida, a pesquisa avança para tratar do contexto jurídico e histórico do positivismo e do realismo jurídico, enquanto correntes jurídicas seminais das teorias da norma, suas características fundamentais e seu método, funcionando como pontos de partida e premissas iniciais para a investigação.

O terceiro capítulo aborda a questão das contemporâneas teorias da norma, que adicionaram a figura dos princípios e as distinguiram das regras no âmbito das teorias da norma, bem como, o

¹ Foi adotado o conceito de paradigma apresentado por Kuhn (1998), que diz respeito ao movimento de superação de certo contexto científico, estruturado por meio de uma crise no modo de pensar e de conceber o próprio conhecimento científico.

impacto das teorias da linguagem no âmbito da concepção de norma.

Como método, foi utilizado o hipotético dedutivo, dada a sua pertinência como ferramenta metodológica mais adequada às investigações dentro da seara das ciências sociais.

1 PREMISSAS INICIAIS ACERCA DA TEORIA DA NORMA E DA LINGUAGEM JURÍDICA

De modo a vencer as problematizações e temáticas apresentadas nesta pesquisa parte-se de um breve esboço histórico, conceitual e terminológico de modo a melhor delimitar as premissas acerca da metodologia jurídica e das teorias da norma.

Um elemento que aqui funcionará como uma premissa inicial é a leitura hermenêutica, voltada para a compreensão dos elementos, ou signos, que expressam sentido e de qual sentido deles se pode exprimir (LOBO, 2019, p. 125-126.). Trata-se, pois, de um elemento auxiliar de compreensão e do sentido, fundamentais para o entendimento de um contexto que se busca analisar.

Outro ponto fundamental que está ligado tanto à metodologia da pesquisa em si, quanto à metodologia por trás de cada uma das teorias da norma jurídicas abarcadas nesta pesquisa, é a linguagem jurídica em suas duas vertentes: linguagem dogmática e linguagem zetética.

A linguagem jurídica diz respeito a todas as construções jurídicas: normas, argumentações, fundamentos, valores, elementos empíricos e teóricos, uma vez que são componentes de um processo de comunicação com características monológicas e dialógicas entre sujeitos, intermediada pela comunicação, compreensão e consenso (HABERMAS, 1981, p. 8-17).

Na figura da norma essa relação de comunicação, compreensão e consenso se evidencia no seu próprio estabelecimento, uma vez que traz em seu bojo um mandamento, uma obrigação e/ou uma liberdade, a ser elaborada pelo legislador e compreendida pela sociedade (FERRAZ, 2003, p. 39-43.).

A distinção entre a linguagem jurídica dogmática e a zetética será fundamental tanto para a compreensão dos sistemas jurídicos atuais, como para o entendimento dos elementos de mudança inseridos nas teorias da norma num contexto pós-positivista.

Assim, é fundamental a concepção dos Direitos sociais, como pontos fulcrais tanto para a superação do paradigma jus-positivista, quanto para as alterações dos modelos de teorias da norma, uma vez que sua internalização se deu em um momento histórico de delegação de atribuições positivas ao Estado, as políticas públicas.

Neste sentido merecem destaque as lições de Ingo Sarlet (2012, p. 212-215), que delimita os Direitos sociais como Direitos fundamentais, imediatamente aplicáveis, que necessitam da atuação direta do legislador ordinário, bem como, do gestor público, para a sua efetivação no plano social, através de certo aporte financeiro, possuindo um grau de densidade normativa mais baixa e gerando para o cidadão uma posição jurídica de Direito subjetivo, de modo que também importa numa responsabilidade constitucional às autoridades públicas para fazer cumprir tais Direitos.

Por fim, em relação às premissas iniciais da presente pesquisa, deve-se destacar o positivismo, não apenas na sua concepção enquanto doutrina jurídica, mas também enquanto método, conceito de fundamental importância para compreender a superação desse paradigma nos próximos tópicos.

1.1. O método POSITIVISTA E AS TEORIAS DOGMÁTICAS DA NORMA

A compreensão do Direito, bem como das demais ciências enquanto tal, dentro dos moldes atuais se deu por meio de uma profunda ruptura com implicações sociais, políticas, jurídicas e epistemológicas, que tiveram início no fim do século XVIII (PIEROTH; SCHLINK, 2019, p. 39-42.).

Entretanto, a questão da metodologia das ciências humanas e das ciências sociais se desenvolveu, de forma gradual, durante o século XIX, fundamentada, sobretudo no jus positivismo, no qual ocorreram as primeiras delimitações a respeito do objeto do Direito e das metodologias que deveriam ser empregadas para tornar o Direito uma verdadeira Ciência.

O ambiente intelectual do nascimento do positivismo enquanto método para as ciências sociais, dentre elas a ciência jurídica, se deu paralelamente com o estabelecimento político das escolas científicas. Esse foi um ambiente histórico permeado de grandes alterações acerca das concepções econômicas e de fortes discussões acerca da norma, da sua fundamentação axiológica e do seu poder de coerção. Esse período coincide com a constitucionalização de Direitos fundamentais. (SARLET, 2012, p. 19-21).

Não mais sob os auspícios do clero e da nobreza, a sociedade organizada, primeiramente, sob um viés empresarial e burguês, conferiu maior liberdade aos segmentos científicos e acadêmicos, de modo que houve um movimento de debate entre vários segmentos a respeito de aspectos fundamentais da ciência.

Como anteriormente foi explicitado, o positivismo foi tratado como método, então, as ciências humanas passaram a adotar o positivismo enquanto uma verdadeira “matriz epistemológica comum” (FONSECA, 2009, p. 144), fato que irá impactar na própria concepção do jus-positivismo.

Neste contexto merecem destaque os pensamentos do filósofo francês Émile Durkheim e de Stuart Mill, na parte final do século XIX, não só estruturando o estudo da sociologia, mas para o desenvolvimento da utilização inicial do método positivista para o trato com as ciências sociais (OLIVEIRA, 2001, p. 12-14).

O método positivista pregava uma separação objetiva entre o pesquisador (sujeito) e o objeto pesquisado, seccionando uma determinada fatia da realidade de interesse para cada ciência social específica, havendo uma abstenção valorativa do observador em relação ao objeto observado, o que irá delinear os contornos metodológicos do jus-positivismo, por meio de pressupostos epistemológicos. (FONSECA, 2009, p. 143-146).

O rompimento entre os valores, que representa a dimensão subjetiva e/ou metafísica, e o conhecimento racional se deu, em primeiro lugar, pelo afastamento do conhecimento científico frente aos dogmas religiosos, para, em seguida, ser analisado após o advento das revoluções

sociais e científicas do século XVIII, responsáveis pela alteração que retirou do conhecimento o tratamento de regra absoluta ou de algo que já se encontra posto, mas sim, como uma busca no mundo dos fatos. (BYINGTON, 2008, p. 275-278).

De maneira complementar, a realidade, tida como uma totalidade infinitamente complexa, não poderia ser conhecida em sua inteireza, daí a necessidade de ciências dotadas de ferramentas capazes de compreender segmentos ou partes dessa realidade, assim o objeto pesquisado é uma mera “representação do real” (FONSECA, 2009, p. 148-149).

Por sua vez, os pensamentos das escolas neokantianas de Baden e de Marburgo na Alemanha, que também no fim do século XIX, trouxeram uma distinção entre as ciências naturais e as “ciências do espírito” (LARENZ, 1997 apud MAIA, 2010, p. 202-203), o que começa a delinear os contornos das ciências sociais modernas e a sua “pureza metodológica”, ou seja, a concepção de um método objetivo capaz de lançar uma ferramenta de compreensão sobre os fenômenos sociais e torná-los estanques. Portanto, as duas principais escolas neokantianas de matriz alemã se direcionavam, sobretudo à filosofia do Direito em seu desenvolvimento e superação ao jusnaturalismo, por meio da pureza metodológica e da solidificação metodológica da ciência jurídica.

Para o método positivista, as “ciências do espírito”, dentre elas a ciência do Direito, deveriam recorrer aos métodos das ciências naturais, em que pese o critério da “verificabilidade”, para que sejam caracterizadas como ciência. Ganha indispensável importância a base empírica, ou seja, os aspectos observáveis no mundo dos fatos, suscetíveis a compreensão, como ponto de partida para a cientificidade da ciência do Direito (LARENZ, 1997, p. 125).

O ponto fulcral deste movimento de busca por uma metodologia, e maior cientificidade do Direito se deu, portanto, por meio das obras do jurista austríaco Hans Kelsen, em primeiro plano: Teoria Geral do Direito e do Estado, bem como, a obra que melhor delimitou a questão do positivismo enquanto método jurídico, Teoria Pura do Direito, sob forte influência das escolas de neokantianas alemãs.

O juspositivismo, solidificado nas obras de Hans Kelsen, lançou mão do primeiro sistema de normas jurídicas num contexto científico, ou seja, com um método próprio, que é o método juspositivista. Neste primeiro modelo, surge o primeiro elemento, a regra, enquanto verdadeira “lei jurídica”, advinda de um processo legislativo e conformativo com a lei hipotética fundamental. Trata-se, pois de uma concepção dogmática da regra.

Em relação à linguagem jurídica, Kelsen leciona que ela implica em conferir diversos sentidos a um mesmo caso concreto, de modo que, no tocante à sua aplicação haveria uma margem de escolha por parte do aplicador. Assim, dentro dos possíveis sentidos da norma, o aplicador deve escolher a sua correta incidência, por meio de uma interpretação hermenêutica exegética, ou seja, que considere a regra jurídica como a manifestação única do Direito. (LOBO, 2019, p. 130).

Para o jurista austríaco, com vistas a estruturação da norma enquanto pressuposto normativo, que deve ser efetuado através de um ato coercitivo, ou seja, do resultado normativo, a situação jurídica, se dá por meio de um fato ‘ser’, que se subsume a uma condição coercitiva ‘dever’ pressuposta na norma, ocasionando o “dever-ser”. (MONTORO, 2013, p. 361). Portanto,

tal coerção, ou punição deve ser aplicada, na hipótese de descumprimento da regra jurídica, por intermédio de determinado órgão (KELSEN, 2000, p. 84-86). Essa foi a construção que impactou na concepção da estrutura da norma à época.

A ruptura da ciência jurídica operou-se de modo muito evidente frente à sociologia jurídica no contexto histórico positivista neokantiano do início do século XX, mais bem explicitada por meio dos ensinamentos de Max Weber, uma vez que tanto Kelsen quanto Weber consideravam a sociologia jurídica como o campo dos fenômenos humanos aos quais se poderia subsumir a norma jurídica. Entretanto, para Kelsen não haveria uma sociologia jurídica, mas, tão somente, um desdobramento menor da sociologia, que estudava fenômenos afins da ciência jurídica, sendo que para Kelsen a “única ciência capaz de definir o que viria a ser “direito” seria a ciência do Direito” (SILVEIRA, 2006, p. 171-177).

O juspositivismo defendido por Kelsen se tratava, na verdade, de uma teoria geral do Direito ou teoria geral do Direito positivo, de caráter universal ou geral, ou ainda “teoria do conhecimento juscientífico”, fulcrada na forma abstrata do Direito, a regra jurídica, tornando o Direito estanque ao plano valorativo e às demais ciências sociais, de modo a possuir um caráter meramente analítico, descritivo.

Isso implica na análise do Direito pelo prisma do próprio Direito conforme ele é sem juízo de valores. Também válido destacar a natureza interpretativa da teoria pura do Direito, na medida em que fornece os meios de interpretação da norma jurídica, que funcionam ao mesmo tempo como limites interpretativos à mesma.

Deste modo se observa que, não obstante o juspositivismo kelseniano tratar-se, na verdade de uma teoria analítica do Direito, esta apresenta a primeira figura normativa, a regra e um método próprio para a ciência jurídica, tratando-se, pois, de uma autêntica teoria da norma.

Nas palavras de Karl Larenz (1997, p. 92-97) “A sua “teoria pura do Direito” constitui a mais grandiosa tentativa de fundamentação da ciência do Direito como ciência.” Hans Kelsen defendeu que a norma jurídica é capaz de exprimir significado, tão somente pelo prisma lógico e metodológico da própria ciência jurídica, pressupondo, também, um afastamento entre a ciência do Direito, enquanto ciência da norma jurídica, a sociologia jurídica e, de modo muito enfático, o naturalismo jurídico, corrente jurídica dominante até então. Tal afastamento tornaria a ciência jurídica estanque e, portanto, cientificamente autônoma.

1.2. CONCEITO DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO ESCANDINAVO

No que concerne às teorias da norma, em momento também inicial e paralelo ao positivismo jurídico é válido destacar o segmento do Realismo Jurídico, pontuando em seu ápice a obra do jusfilósofo dinamarquês Alf Ross, “Direito e Justiça”, por veicular uma versão da teoria das normas estruturalmente diferente do juspositivismo, mas cientificamente bem estruturada.

O realismo jurídico é um movimento da ciência jurídica que prega um olhar crítico para o Direito sob o prisma da realidade social, ou seja, considera a aplicação do Direito levando sempre

em conta a realidade social, o que já demonstra um afastamento metodológico em relação às doutrinas positivistas e uma reaproximação com a sociologia.

Trata-se da retomada do importante diálogo de pertinência temática entre o plano da ciência dogmática do Direito, pressupondo o estudo tão somente da norma jurídica, e da sociologia jurídica, cujo pressuposto é a análise crítica dos fatos sociais que ensejam situações jurídicas e que servem de substrato para as normas jurídicas, ou seja, entre o “ser” real e o “dever-ser” normativo (MELO, 1992, p. 56).

Alf Ross também utiliza como base teórica os ensinamentos de Axel Hagestron, que, ao lado de Karl Olivercrona, são atribuídos os primeiros entendimentos do realismo escandinavo, ainda no início do século XX e suas lições a respeito da “crença”, histórica e socialmente construída de fatos, instituições e premissas jurídicas, também denominadas de “realismo mágico” (ANDAKU, 2005, p. 24-30).

Assim, as instituições que perfazem o entendimento do Direito moderno se fundam numa espécie de pensamento mágico e/ou metafísico, de modo que deveriam ser abandonadas as premissas pré-concebidas do Direito e partir para uma análise realista do Direito enquanto fato social.

Para Ross a política do Direito, importante desdobramento do realismo jurídico escandinavo, seria “sociologia jurídica aplicada ou técnica legislativa” (ROSS, 1963 apud MELO, 1992, p. 57). Por conta disso, o objeto do Direito é, sobretudo, político, sedimentado na sociologia jurídica, que deve partir da análise da intenção do legislador em sua busca para conformar interesses políticos na figura da norma, ou seja, o interesse ou “thelos” da norma em questão.

Como premissa do realismo jurídico sustentado por Ross, o papel do legislador se concentra na figura do juiz, enquanto criador da norma jurídica e, portanto, enquanto criador do Direito. É dizer, o magistrado no contexto do realismo escandinavo é antes de tudo um legislador, de modo que a política jurídica funcionaria apenas de maneira complementar à função legislativa, como um direcionamento teórico para a concretização do Direito por parte do magistrado, fornecendo-lhe suporte para suas decisões.

A obra de Alf Ross “Direito e Justiça”, também apresenta uma visão empirista, corrente do pensamento difundida, principalmente, através dos ensinamentos de Wittgenstein, que prega ser o conhecimento experiencial ou empírico a única origem do conhecimento humano, direcionando o Estudo do Direito enquanto norma.

Ainda sobre Alf Ross, merece ser citado o tema da política jurídica ou da análise da política do Direito, que é um conjunto de estratégias voltadas aos fins políticos efetivados pelo alcance da norma jurídica. Então, em que pese a sua opção pelo purismo metodológico, que remete aos ensinamentos juspositivistas de Hans Kelsen, Ross tem o mérito de trazer a “construção teórica sobre a consciência jurídica da sociedade.” (REALE, 2002, p. 87-89).

Retomando premissas metodológicas do pensamento positivista de matriz neokantiana, Ross entende que “o Direito tem a peculiaridade de ser, ao mesmo tempo, um sistema normativo e um fato social” (STOLTZ, 2007, p. 102), motivo pelo qual defende a pertinência da semiótica da

sociologia para melhor compreender o Direito, não desconsiderando totalmente os ensinamentos dos positivistas.

O pensamento e os ensinamentos de Ross foram, num primeiro momento, influenciados tanto pelo positivismo kelseniano, quanto pelas lições de Hangestron a respeito da negação de qualquer subjetividade no estudo do Direito.

Será somente no início da década de 1950, isto é, mais de vinte anos após ter iniciado suas primeiras investigações e construções a respeito do realismo jurídico, que o autor trará a baila sua teoria normativa do Direito na obra “Direito e Justiça”, que coloca seu foco na interpretação jurídica. Então, para a solução do questionamento que busca compreender o que é o Direito, deve-se, primeiramente, saber como corretamente interpretar o Direito.

O modelo proposto por Ross prevê a existência de regras jurídicas, devido à sua influência juspositivista, voltadas, tão somente, para a organização e funcionamento da máquina estatal (ANDAKU, 2005, p. 111), de modo a reunir no mesmo conceito tanto o Direito, como a ciência jurídica e o Poder, possuindo o Direito fortes ligações com a ideia de ferramenta ou mecanismo do exercício do Poder estatal, atrelado, ainda, a fatores ideológicos fornecidos pela política jurídica.

O autor confronta a fundamentação kelseniana sobre a norma pretérita hipotético-fundamental, como sustentáculo de validade de um sistema jurídico, uma vez que, conforme suas lições, essas bases entrariam no terreno da subjetividade, de modo que a elas se atribui muito mais um valor ético do que um valor normativo.

Ross apresenta em sua obra, ainda, a união de duas subcategorias do realismo: O realismo psicológico (fundado, pois na análise psicológica das razões do magistrado para desenvolver suas decisões) e o realismo comportamental (fundado na *práxis*, ou prática jurisprudencial), sendo ambos os conceitos complementares sem os quais não haveria a correta interpretação do Direito (ANDAKU, 2005, p. 112-113).

Acerca da sua teoria interpretativa do Direito, do fenômeno jurídico como um fenômeno linguístico, este seria o motivo pelo qual devem as regras ser interpretadas conforme a sua função no ordenamento jurídico. Ross também combate, veementemente, a questão da existência dos Direitos subjetivos, configurando-os como desprovidos de qualquer consequência jurídica. Neste ínterim, o próprio conceito de justiça diria respeito ao juízo de formalidade como uma decisão ou regra foi aplicada, não havendo que investigar seus motivos (ANDAKU, 2005, p. 113-117).

A teoria da norma de Alf Ross que, conforme observado, se propõe a ser uma teoria interpretativa do Direito, atrelada à sociologia, filosofia e política, descamba em uma teoria da política jurídica que parte de quatro elementos fundamentais.

O primeiro deles é a sistematização das premissas sociais: ideologias, anseios políticos e costumes sociais, que se destacam em um determinado contexto social. O segundo é extraído das conclusões que o intérprete do Direito (magistrados e legisladores) alcança em relação aos costumes e contextos sociais imperantes, que irão aparecer nas regras jurídicas que desempenham um papel de “diretivas”, existe uma previsão da forma como irá ser interpretado aquele determinado Direito dali em diante. Na última etapa, é realizado um juízo de adequação do discurso normativo,

afastando argumentos e/ou ideologias que não mais se sustentem no atual momento histórico (ANDAKU, 2005, p. 118-119).

2 A CRISE METODOLÓGICA DO POSITIVISMO

Em virtude das duas Guerras Mundiais ocorridas no século XX, foi lançado um olhar crítico para a concepção dos sistemas normativos positivistas, sobretudo, em relação à separação metodológica entre o valor e a norma. Também passou a se combater, no ambiente acadêmico-científico, a “pureza metodológica” almejada pelo juspositivismo, nascendo, portanto, a necessidade de uma relação mais contextualizada entre o Direito e as demais ciências sociais.

A crise metodológica atingiu frontalmente a filosofia até então construída, o que restou demonstrado por meio da obra “Investigações Filosóficas”, de Ludwig Wittgenstein, que traria as bases da discussão acerca da filosofia da linguagem, com um forte impacto sobre o pensamento jurídico da época.

Outrossim, vale destacar a importância da filosofia e da sociologia para as novas teorias da norma que se desenvolveram neste período.

Dessa forma, enquanto primeiro momento de superação do paradigma positivista, ocorrido na segunda metade do século XX, se posiciona o embate acadêmico entre os juristas e pensadores do Direito, Herbert Hart e Ronald Dworkin.

2.1 O DIÁLOGO ENTRE HART E DWORKIN

Hart foi professor titular de filosofia da Universidade de Oxford (CASARIN, 2008, p. 283), cujos pensamentos se direcionavam de forma contrária à corrente teórica da filosofia da linguagem, principal corrente da época.

O modelo de Hart (1994) merece destaque tanto por sua escolha de aproximação das temáticas da jurisprudência analítica, bem como da sociologia descritiva, quanto pelo seu engajamento em compreender a natureza e o funcionamento das regras, de modo que se tem as bases para uma teoria crítica da norma jurídica, procurando, portanto, avaliar e prescrever o Direito tal como ele deveria ser para corresponder a um modelo jurídico ideal.

Para Hart (1994), a regra seria uma prática social, que possuiria obrigatoriedade e cuja inobservância ensejaria críticas que não devem ser compreendidas como valorativas ou ideológicas. Essas mesmas críticas que a conduta desviante sofre se concretizam por meio da própria linguagem jurídica, sendo esta última denominada de dogmática. Deve-se destacar, ainda, que a crítica ou repressão se dá tanto do ponto de vista normativo, ao prescrever a questão das obrigações e das penalidades, como no âmbito social, por meio da pressão social.

Dialogando diretamente com a obra de Hart, a respeito do modelo de regras e firmando as bases desse novo positivismo, nasce a obra de Dworkin “Levando os Direitos à Sério” (2002),

originalmente publicada em 1977, merecendo especial destaque o capítulo Modelos de Regras I, por estabelecer uma nova teoria da norma, construída sobre as críticas ao positivismo (e mais especificamente ao modelo positivista de Hart), bem como ao realismo jurídico.

É válido observar que o modelo teórico de Dworkin leva em consideração as lições filosóficas e a concepção hermenêutica da linguagem e sua conexão com a ontologia (ou teorias do conhecimento) (GADAMER, 1999) e a filosofia moderna.

O sustentáculo metodológico-filosófico do pensamento de Hart parte da obra “Verdade e Método”, de Hans-Georg Gadamer, que reforça a questão da importância da linguagem enquanto método interpretativo do Direito.

Também de fundamental importância para a sua construção teórica, merece destaque o conceito da “liberdade liberal”, trazida pela obra “Dois Conceitos de Direito” publicada em 1958 por Isaiah Berlin.

Seu célebre ensaio literário a respeito da justiça, dos valores e da interpretação jurídica “A Raposa e o Porco Espinho” (CASARIN, 2008, p. 285-287) foi inspirado num poema homônimo atribuído a Arquíloco em um célebre embate à escola de pensamento dos Sofistas, trazido para uma realidade pós-moderna.

Dada a sua relevância segue um trecho do poema *in verbis*: “A raposa sabe muitas coisas; o porco espinho sabe uma só, mas muito importante. O valor é uma coisa muito importante”.

Tal perspectiva acabou por inspirar tanto o direcionamento de Dworkin para a questão da introdução dos valores no âmbito normativo, quanto para consubstanciar a obra homônima a respeito da justiça e dos valores, em que se tem o fechamento teórico dos modelos interpretativos de Dworkin (2017, p. 244), a respeito da interpretação jurídica.

2.2. HART VS DWORKIN: A DIMENSÃO VALORATIVA NA TEORIA DA NORMA

Além de reforçar o entendimento do modelo de regras de Hart, Dworkin vai além e trata, também, do juízo de validade ou de conformação ao qual as regras devem ser submetidas para produzirem validade no sistema normativo.

Para expor seu sistema normativo, que irá compor a sua teoria da norma, Dworkin realiza uma análise crítica da distinção entre obrigações e direitos. Para ele essa distinção diria respeito ao próprio conceito do Direito, e da sua inconformidade com o modelo positivista, nascendo dos limites imprecisos das regras, principalmente nas hipóteses dos atos discricionários. Neste sentido, a discricionariedade aparece como a primeira cisão teórica em relação aos modelos positivistas.

Esta inconformidade do Direito com o sistema positivista, a partir das premissas de Hart, nasce do fato do Direito positivo possuir “algumas poucas proposições centrais e organizadoras”, que entram em desacordo tanto com a forte mutabilidade das relações sociais, como com a forte evolução dos sistemas jurídicos modernos. Surge, também, uma figura normativa adicional os princípios que, por sua vez, se subdividem em “princípios em sentido estrito” e políticas, que nas melhores palavras do autor “enunciam uma razão que conduz o argumento em uma certa direção”.

O princípio sofre o juízo de validade ou conformidade, assim como as regras. Contudo, passam, ainda, por um juízo adicional de natureza axiológica ou valorativa.

Dworkin se propõe a investigar a jurisprudência norte-americana, em especial nos *hard cases*, nos quais observa que para a resolução destes não bastaria o uso de regras, mas também de outras estruturas jurídicas.

Para o autor, os princípios estariam atrelados à justiça, equidade, valores que remontam ao terreno da moralidade e às “máximas gerais e fundamentais do Direito Costumeiro”. É válido ressaltar que tal investigação se dirige aos modelos que adotam o *common law*, daí a importância da análise jurisprudencial, em especial da Suprema Corte norte-americana.

Assim, ele propõe que a distinção entre os princípios e as regras se dá no campo da orientação, ou seja, dos seus comandos normativos. Por isso, as regras adotam o “*all or nothing*” tudo ou nada, devendo ser aplicadas de acordo com a literalidade do seu enunciado, enquanto os princípios “tendem a ir a uma certa direção”, ou seja, uma razão que opera na proteção de valores jurídicos nas hipóteses não abarcadas pelas regras. Não veiculam direitos ou obrigações específicas, mas pressupõem o atendimento dos valores fundamentais do Direito (DWORKIN, 2002, p. 27-39).

Os princípios são dotados, ainda, de uma segunda dimensão que as regras não possuiriam: o “peso” ou a “importância”, ao passo que as regras só deteriam a normatividade. Tal dimensão é fundamental para a superação das colisões entre princípios, é dizer, no caso concreto, qual o princípio mais adequado, qual possui o maior peso numa hipótese de sobreposição de razões, e/ou de obrigações jurídicas. Para tal juízo entre “pesos” valorativos, ou mesmo juízo de ponderação, deve-se levar em consideração, sobretudo, as circunstâncias do caso concreto (DWORKIN, 2002, p. 43-44).

Como se dá no campo das questões difíceis, *hard cases*, os princípios e as regras atuam de forma fronteira, sendo, portanto, completamente possível existência de princípios com estruturas de regra e de regras com estrutura de princípios.

Para superar essa questão o autor aponta a existência de termos gerais que, uma vez inserido em uma regra teriam como efeito o condicionamento desta à um princípio sendo estes: “razoável”, “negligente”, “injusto” e “significativo” (DWORKIN, 2002, p. 45).

Dialogando com Hart, e com os demais autores positivistas, Dworkin apresenta um conceito de Direito que necessita da existência de regras e princípios, sobretudo, para trazer um conceito mais amplo de Direito, no qual sejam limitados os perigos da discricionariedade, tratada pelo autor como “um espaço vazio, circundado por uma faixa de restrições” e que sejam protegidos, de forma mais eficiente, o próprio sistema jurídico e seus valores fundamentais (DWORKIN, 2002, p. 46-51).

É justamente nesse campo que irá se operar outro importante sustentáculo da sua teoria, a interpretação jurídica, fator complementar às teorias da norma em sua evolução através do século XX.

Portanto, levando em conta a importância do ambiente jurisprudencial para a concepção

normativa norte-americana à época, Dworkin, realiza suas investigações a respeito da discricionariedade, tendo como ponto de partida o poder discricionário da autoridade julgadora, de onde nasceria a distinção entre Poder Discricionário em sentido forte, ou pleno, quando a autoridade se utiliza de critérios técnicos pré-estabelecidos, que permitirão uma margem de escolha de elementos, dentro dos pré-estabelecidos, para optar por qualquer um deles, e Poder Discricionário em sentido fraco, ou limitado, no qual o critério de escolha da autoridade julgadora será dado pelo seu próprio discernimento.

O autor compreende como correto o sentido forte e demonstra que o momento de decisão não é um momento legislativo unilateral de criação de regras, trata-se, pois de uma práxis participativa e construtiva da norma por meio da atuação tanto do magistrado quanto das partes litigantes (COSTA, 2011, p. 94), sendo indispensável o respeito aos padrões de valores políticos e morais da sociedade, que não deveriam ser violados sob a prerrogativa de que se estaria adentrando em um espaço não construído do Direito, opondo-se ao que ele denomina de “absolutismo legislativo” (DWORKIN, 2002, p. 60).

Traz ainda o importante conceito do “juiz Hércules” (COSTA, 2011, p. 102-130), sendo ele uma figura hipotética capaz de executar uma fiel e sofisticada hermenêutica jurídica quando da aplicação do Direito. Assim, obedeceriam, fielmente, tanto aos desígnios intrínsecos das normas positivas, quanto aos valores gerais, ou valores “históricos institucionais”, da atividade jurisprudencial (aqueles constituídos por meio da cultura jurisprudencial de uma determinada corte).

Entretanto, aquele modelo de magistrado possui um apurado senso crítico capaz de fazê-lo compreender em que momento a jurisprudência fez uso correto de argumentos e valores normativos e quando não o fez, trazendo juízos coerentes que passarão a ser adotados como precedentes no sistema normativo.

Além de comporem as estruturas básicas da ciência já existente, os princípios funcionariam como diretrizes para a produção de uma nova ciência, que realizariam uma aproximação entre o campo da moral e do Direito.

3 OS PRINCÍPIOS E A TEORIA DA NORMA

No contexto alemão, a partir da da Lei Fundamental alemã, foi iniciado um estudo científico do fenômeno jurídico com foco nos direitos fundamentais, em virtude, principalmente, dos desrespeitos ocorridos durante a Segunda Guerra Mundial (PALMA, 2005, p. 6-10).

São, portanto, direitos fundamentados nos direitos humanos, destinados aos indivíduos e às generalidades de indivíduos que compõem a sociedade, inerentes à pessoa humana e indispensáveis tanto a sua sobrevivência, quanto à sua liberdade fática e capazes de vincular e limitar a atividade estatal (PIEROTH; SCHLINK, 2019, p. 50).

Nesse contexto, assume especial relevância a teoria da norma apresentada na obra “Teoria

dos Direitos Fundamentais”, voltada, sobretudo, para o plano das normas constitucionais que abrangem os direitos fundamentais e suas distinções.

A obra de Alexy se destina ao âmbito normativo alemão, pioneiro no que tange à hierarquia e ao amplo rol protetivo dos direitos fundamentais, consubstanciado, nos direitos humanos. O citado autor trouxe também as garantias fundamentais, bem como a vinculação metodológica entre o Direito e a moral (ROSÁRIO, 2010, p. 2), rompendo, definitivamente, com a pureza metodológica juspositivista.

Tal modelo de teoria da norma, assim como o de Dworkin, mais especificamente nos direitos frente ao Estado, leciona a existência de duas estruturas de normas jurídicas: regras e princípios. Porém, o autor se deteve mais na problematização dos direitos sociais, ou aqueles capazes de ensejar uma posição subjetiva ao particular, é dizer, direitos subjetivos a prestações positivas por parte do Estado. Trata-se de uma proposta mais ampla, que abrange outras categorias pensadas para um modelo de *ius civilis* e não de *commom law*, como é o caso do modelo de Dworkin.

Dessa forma, foi concebida uma teoria jurídica e analítica geral dos direitos fundamentais da Constituição alemã, centrada na “possibilidade de fundamentação racional do juízo de valor” (ALEXY, 2006, p. 36), para lançar um olhar crítico sobre a fundamentação das decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão.

Apartirdestamodalidade de controle, tambémprevistanoordenamentojurídicoconstitucional brasileiro em suas subcategorias, busca-se obter a “declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo [...] independente da existência de um caso concreto” (MORAES, 2017, p. 765-766), ocorre um verdadeiro controle de compatibilidade ou conformidade entre o ato normativo com o texto constitucional, tanto das leis federais, quanto das estaduais e distritais, e ainda verifica o atendimento dos direitos fundamentais, para realizar, também, um controle de fundamentalidade (SCHWABE, 2005, p. 36-39).

Assim, a questão da estrutura das normas dos direitos fundamentais, para o jus-filósofo alemão, recebeu contornos de racionalidade, ao ponto de, em vários momentos de sua obra, serem utilizados quadros comparativos e esquemas proposicionais para melhor racionalizar suas estruturas.

Então, para o autor, a diferenciação entre normas e princípios seria uma distinção entre espécies do gênero norma e perpassaria alguns critérios, sendo o primeiro deles a generalidade, que tende a ser maior nos princípios e menor nas regras, e inversamente proporcional quanto à complexidade, critério que remete a classificação científica adotada por Augusto Comte em seu “Curso de Filosofia Positiva” (MONTORO, 2013, p. 91).

Há também o critério da universalidade, que determinaria o alcance do Direito trazido pela norma (ROSS apud ALEXY, 2006, p. 87-88), que é análoga à questão da abertura normativa (ou as normas são universais ou são abertas).

De modo a trazer mais objetividade, o autor delimita a conceituação dos princípios como o ponto fundamental para a sua distinção em relação às regras, nominando-os como normas de otimização. Neste sentido, apresentariam mandamentos de que algo deve ser realizado “na maior

medida do possível”, respeitando sempre as possibilidades jurídicas e fáticas de cada circunstância.

Acerca das regras, o autor adota entendimento semelhante ao de Dworkin, entendendo-as como mandamentos de “determinação”, ou *all or nothing*, tudo ou nada, devendo ser atendidas conforme a literalidade do comando da regra.

O conflito normativo, também adotando as lições de Dworkin, será fundamental para a compreensão da natureza e dos efeitos dos princípios e das regras. Então, para Alexy, entre as regras ocorrem verdadeiros conflitos, que pressupõem sempre que uma das regras se aplicará em detrimento da outra, sendo que a regra não aplicável não se encontrará mais em conformidade com o sistema normativo vigente, devendo ser declarada inválida.

De forma a complementar o alcance e eficácia da norma, o autor propõe a figura da “cláusula de exceção” (ALEXY, 2006, p. 93-94), para a qual, em casos excepcionais, poderia ser adotado um comportamento diferenciado ou excepcional para a regra, com vistas a eliminar possíveis conflitos, não havendo, *a priori*, limites para a quantidade de cláusulas de exceção que uma regra pode adotar.

Também é válido observar que tais cláusulas buscariam minorar, mas não extinguir, os conflitos entre regras, não sendo possível o legislador trazer em seu bojo todas as hipóteses excepcionais que poderiam surgir da análise do caso concreto.

Já na colisão entre princípios, não há que se falar em conflitos, uma vez que não ocorre um juízo de validade, mas sim de ponderação em cada caso concreto. Tal juízo de ponderação não possui o condão de excluir o princípio não aplicado do ordenamento jurídico. O princípio não aplicado somente não o será naquele caso específico. Essa proposta decorre graças à dimensão do “peso” ou da importância, já destacado por Dworkin, que será levado em consideração pelo julgador, assim como a diretiva ou máxima da proporcionalidade, que o autor também denomina de “lei de colisões” constante no art. 2º, §2º, 1 da Constituição alemã.

A lei de colisões possui o mérito de apresentar critérios de precedência de um princípio em face do outro, de modo a harmonizar a aplicação do Direito com as normas constitucionais vigentes. Não se trata, portanto, da adoção de critérios objetivos, uma vez que os princípios, pela sua própria natureza, possuem maior indeterminabilidade e pesos diferentes, que não os permitem ser objetivamente quantificáveis.

Merece destaque, ainda, a atuação positiva do Tribunal Constitucional Federal Alemão, através da lei de colisões, ao realizar o controle de proporcionalidade, afastando ações e comportamentos que atentem contra os princípios de direitos fundamentais. Por meio desse controle será realizado o “sopesamento”, ou ponderação (ALEXY, 2006, p. 99-104) entre os princípios, e/ou “valores constitucionais”, ao final do qual, o princípio que obteve precedência será corretamente aplicado naquele caso específico, criando-se uma lei específica para aquela questão, ou lei de colisão (ALEXY, 2006, p. 94-99).

Num âmbito jurídico contemporâneo, merecem destaque o reforço constitucional e teórico ao campo da axiologia jurídica, muito debatida na obra de Robert Alexy, em que pese por intermédio da figura dos princípios jurídicos e suas subcategorias. Por conta disso, é necessário resgatar o

sentido do termo zetética jurídica e sua possível correlação com a estrutura dos princípios.

3.1 A LINGUAGEM ZETÉTICA E A TEORIA DA NORMA: A FIGURA DOS PRINCÍPIOS

A linguagem zetética possui uma configuração aberta, que lhe impinge uma maior generalidade e uma maior carga axiológica ou valorativa. É uma linguagem voltada para a aplicação de diretivas com conteúdo de práxis jurídica, ética e moral, sendo mais observada na figura dos princípios (FERRAZ, 2003, p. 44-46).

A linguagem jurídica, tanto em seu viés normativo, dogmático e zetético, quanto por meio das novas leituras a respeito da filosofia da linguagem modernas, fundamentadas nos estudos de Wittgenstein, na hermenêutica filosófica de Gadamer e nas doutrinas provenientes da corrente teórica da linguagem comum de Oxford, impactaram, sobretudo, na concepção da função, efeitos e alcance da norma.

Além da linguagem jurídica há também a inserção, ou reinserção, da moral, como critério condicional para a existência de um sistema jurídico democrático moderno, o que irá desaguar no reconhecimento da obrigação estatal de proteger os direitos fundamentais do sujeito, e de atender determinadas prestações positivas no sentido de concretizar direitos como meio de atendimento da justiça distributiva e, pois, do valor universal da justiça (MONTORO, 2013, p. 159-161).

Tais fatores, no que concerne às teorias da norma se tornam mais evidentes na medida em que se enfrenta a releitura proporcionada pelo neoconstitucionalismo em relação aos Direitos e às prestações positivas, elencadas por meio das lições de Alexy no tópico anterior.

Isso ocorre devido à necessidade de o atendimento aos direitos sociais dizer respeito, sobretudo, à concretização dos direitos subjetivos imanentes ao cidadão, cuja execução, por respeitar limites fáticos e normativos (dentre eles o suporte fático e a reserva do possível melhores explicitados por Sarlet (2012, p. 250-255), denotam um mandamento de otimização ou uma ordem a ser executada de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

Tais mandamentos se destinam a conferir, ainda, a liberdade ampla, ou a liberdade fática do sujeito. Assim, sem o atendimento do núcleo mínimo do direito a prestações sociais, certas camadas da população se encontram em condições mínimas para que possam gozar de uma vida plenamente livre e digna (SARLET, 2012, p. 271-275).

Assim, o que se observa no quesito da linguagem em tais normas é a sua configuração aberta ou zetética, que pode se operar tanto em sistemas jurídicos de *commom law*, conforme lecionado por Dworkin, como em sistemas jurídicos de *civil law*, como lecionado por Alexy. Além disso, percebe-se a importância da linguagem para os sistemas normativos, com vistas a atender seus valores fundamentais, bem como, para guiar as políticas públicas, sendo verdadeiros pré-requisitos de um Estado democrático (MORAES, 2017, p. 31-34).

Essa nova configuração do Direito, com a reintegração do valor à dimensão da norma, superando o modelo positivista, implanta um modelo mais sólido de pós-positivismo, centrado

na efetiva ação estatal em prol do indivíduo. Neste sentido, François Ost afirma que “o direito é chamado a estabelecer limites, em nome dos símbolos que conferem um sentido à nossa existência” (OST, 1997, p. 100, apud DUTRA, 2012, p. 84).

Portanto, essa nova concepção estrutural da regra, como linguagem aberta, destinada à proteção de valores morais e sua efetivação no mundo dos fatos, acaba por impingir uma remodelagem metodológica para superar o purismo metodológico jus-positivista e a separação entre o sujeito e o objeto, ou nos melhores dizeres de Heisenberg “Uma divisão nítida do mundo, em objeto e sujeito, deixou evidentemente de ser possível” (HEISENBERG apud POPPER, 1972, p. 244).

É importante reforçar que não deve se limitar a estrutura dos Direitos às prestações positivas, com o instituto dos princípios, havendo evidentemente princípios ensejadores de direitos a prestações negativas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em sede de conclusões, algumas premissas abordadas no texto merecem ser revisitadas. Nesse sentido, foi possível perceber que, de fato, a questão metodológico-epistemológica, foi determinante para a concepção das teorias da norma no contexto da segunda metade do século XX, mas também por lançar um olhar mais crítico a respeito do Direito no contexto social.

Também se observou a questão da linguagem jurídica, de bases, sobretudo, filosóficas, de grande impacto na concepção dos componentes do Direito, do seu sentido e do seu alcance, combinadas com o contexto neoconstitucionalista para reafirmar a eficácia dos Direitos fundamentais no mundo dos fatos.

Por fim, a pesquisa se prestou a evidenciar a dupla função das teorias da norma, servindo para demonstrar as estruturas jurídicas que compõem o Direito e, ao mesmo tempo, fornecer subsídios e/ou metodologias capazes de lançar uma correta interpretação e promover o desenvolvimento de conceitos básicos do Direito e da metodologia, alicerçados na reaproximação entre a dimensão do Direito e da moral.

Como resultado se observou o impacto das duas grandes guerras como determinantes para uma reanálise das teorias da norma jurídica, quanto ao seu método, que se solidificou na segunda metade do século XX, por meio do implemento dos valores e princípios de Direitos fundamentais.

Portanto, em oposição à pureza metodológica, se observa como o novo paradigma, a inserção da linguagem zetética, nas estruturas normativas, de modo a trazer uma maior responsabilidade do Estado e de seus poderes na proteção e efetivação de Direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2006.

- ANDAKU, Juliana Almenara. **Análise jurídica da teoria de Alf Ross**. 2005. Dissertação (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005.
- BYINGTON, Carlos Amadeu Botelho. **Psicologia simbólica junguiana: a viagem de humanização do cosmos em busca da iluminação**. São Paulo: Linear B, 2008.
- CASARIN, Júlio César. Isaiah Berlin: Afirmação e limitação da liberdade. **Sociologia Política**, Curitiba, v. 16, n. 30, p. 283-295, 2008.
- COSTA, Carlos Henrique Generoso. A interpretação em Ronald Dworkin. **Revista CEJ**, Brasília, v. 15, n. 55, p. 93-104, 2011.
- DUTRA, Tônia Andrea Horbatiuk. **Alteridade como tônica ética para uma cidadania ecológica: uma reflexão a partir da concepção de sujeito em Morin e Gattari**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012.
- DWORKIN, Ronald M. **A raposa e o porco espinho: justiça e valor**. São Paulo: Martins fontes, 2017.
- DWORKIN, Ronald M. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERRAZ, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas S.A., 2003.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. O positivismo, “historiografia positivista” e história do direito. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho, v. 113, n.10, p. 143-166, 2009.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Petrópolis: Vozes, 1999.
- HABERMAS, Jurgen. **Teoria da ação comunicativa**. São Paulo: Martins Fontes, 1981.
- HART, Herbert. **O conceito do direito**. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1994.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KUHN, Thomas, S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1998.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1997.
- LOBO, Jorge. Hermenêutica, interpretação e aplicação do direito. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 72, p. 125-146, 2019.
- MAIA, Paulo Sávio Peixoto. Forma e unidade como condições de uma ciência pura: a influência do neokantismo de marburgo no “primeiro” Hans Kelsen. **Sequência**, Florianópolis, v. 31, n. 60, p. 195-224, 2010.
- MELO, Osvaldo Ferreira de. A política e o empirismo de Alf Ross. **Sequência**, Florianópolis, n. 24, p.55-62, 1992.
- MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito: justiça, lei, faculdade, fato social, ciência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORAES, Alexandre De. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

OLIVEIRA, Pêrsio Santos de. **Introdução à sociologia**. São Paulo: Ático, 2001.

PALMA, Mariel. A evolução histórica dos direitos fundamentais e o descompasso do texto constitucional com a realidade. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 6, p. 541-558, 2005. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2005-RLAEC06-Evolucao.pdf>. Acesso em: 8 dez. 2022.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

POPPER, Karl R. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Cultrix, 1972.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSÁRIO, Luana Paixão Dantas do. O Neo-constitucionalismo, a teoria dos princípios e a dimensão ético moral do direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 47, n. 186, p. 245-264, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHWABE, Jurgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Montediveo: Konrad denauer Stiftung, 2005.

SILVEIRA, Daniel Barile da. Max Weber e Hans Kelsen: A Sociologia e a dogmática jurídicas. **Revista De Sociologia e Política**, Curitiba, n. 27, p. 171-179, 2006.

STOLTZ, Sheila. Um Modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Hebert Hart. **Direito Gv**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 101-120, 2007.

Como citar: OLIVEIRA, Eric Araújo Andrade; DE OLIVEIRA, Jadson Correia. O embate entre a linguagem dogmática e a zetética como superação do paradigma positivista. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 3, p. 190-208, dez. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n.3 p. 190. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 06/10/2022

Aceito em: 30/08/2022

**IN(TER)DEPENDÊNCIA ENTRE AS
ESFERAS DE RESPONSABILIZAÇÃO:
CONVERGÊNCIA ENTRE AS ESFERAS DE
RESPONSABILIZAÇÃO DA SAMARCO PELO
ROMPIMENTO DA BARRAGEM DE FUNDÃO**

IN(TER)DEPENDENCE BETWEEN
RESPONSIBILITY SPHERES: CONVERGENCE
BETWEEN THE SPHERES TO SAMARCO
RESPONSIBLE FOR THE BREACH OF THE
FUNDÃO DAM

Maria Luísa Brasil Gonçalves Ferreira*
Beatriz Souza Costa**

*Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Assistente judiciário no Tribunal de Justiça de Minas Gerais. E-mail: mlbrasil43@gmail.com

**Pós-doutora em Castilla-La Mancha/Espanha. Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela UFMG. Professora na Pós-graduação em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara e Pró-reitora de Pesquisa da Escola Superior Dom Helder Câmara. E-mail: biaambiental@yahoo.com.br

Como citar: FERREIRA, Maria Luísa Gonçalves; COSTA, Beatriz Souza. IN(TER)Dependência entre as esferas de responsabilização: convergência entre as esferas de responsabilização da Samarco pelo rompimento da Barragem de Fundão. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 3, p. 209-227, dez. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n3p. 209. ISSN: 1980-511X

Resumo: O objetivo do artigo foi o de analisar a possibilidade de convergência entre as esferas cível, criminal e administrativa para responsabilização da empresa Samarco Mineração S/A pelo rompimento da Barragem de Fundão, em 05 de novembro de 2015. O estudo apresentou as dimensões de responsabilização e as medidas tomadas pelos órgãos competentes em desfavor da empresa. A independência entre as esferas deve ser respeitada enquanto princípio constitucional, mas subsiste a necessidade de um mínimo grau de convergência entre as instâncias, considerando o objetivo comum de tutela do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida. O trabalho concluiu que as ações judiciais e procedimento administrativo atuam sobre o mesmo fato e buscam a responsabilização dos responsáveis de forma independente, mas que deve existir um grau de convergência entre as esferas buscando diminuir os custos das investigações e possibilitar a razoável duração do processo. A metodologia utilizada na pesquisa foi dedutiva, analítica, dogmática e comparativa e foram consultadas legislação nacional e estadual, textos bibliográficos específicos, autos de infração e decisões judiciais proferidas na ação penal e nas ações civis públicas, além de documentos disponibilizados nos sites do Ministério

Público Federal e do IBAMA.

Palavras-chave: desastre ambiental; direito ambiental; mineração; princípio da independência entre as esferas; responsabilização.

Abstract: The objective of the article was to analyze the possibility of convergence between the civil, criminal and administrative spheres for the accountability of the company Samarco Mineração S/A for the breach of the Fundão Dam, on November 5, 2015. The study presented the dimensions of accountability and the measures taken by Organs competent bodies to the detriment of the company. Independence between the spheres must be respected as a constitutional principle, but there remains a need for a minimum degree of convergence between the instances, considering the common objective of safeguarding the fundamental right to an ecologically balanced environment and a healthy quality of life. The work concluded that the legal actions and administrative procedure act on the same fact and seek the responsibility of those responsible independently, but that there must be a degree of convergence between the spheres seeking to reduce the costs of investigations and enable the reasonable duration of the process. The methodology used in the research was deductive, analytical, dogmatic and comparative and national and state legislation, specific bibliographic texts, infraction notices and judicial decisions handed down in criminal proceedings and public civil actions were consulted, in addition to documents made available on the websites of the Public Ministry Federal and IBAMA.

Keywords: environmental disaster; environmental law; mining; principle of independence between spheres; accountability.

INTRODUÇÃO

Em 05 de novembro de 2021, completam-se seis anos do desastre que, até o rompimento da Mina do Córrego Feijão em Brumadinho em janeiro de 2019, era considerado o maior desastre socioambiental vivenciado pelo Brasil. O rompimento da Barragem de Fundão em Bento Rodrigues, distrito de Mariana/MG, lançou na bacia do rio Doce mais de 40 milhões de metros cúbicos de rejeitos de minério, em uma extensão de 663 quilômetros, atingindo 41 municípios, nos Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo, até atingir o mar territorial brasileiro.

Para apuração da responsabilidade e reparação de danos, o Ministério Público Federal ajuizou ações civis públicas. A uma das ações foi atribuído valor de causa superior a 155 bilhões de reais. Também foi ajuizada ação penal para apuração da responsabilidade por crimes decorrentes do rompimento da barragem, imputando às pessoas físicas e jurídicas crimes previstos tanto no Código Penal, quanto na Lei de Crimes Ambientais. Na esfera administrativa, o IBAMA, até 2018, lavrou 25 (vinte e cinco) autos de infração em desfavor da Samarco Mineração S/A, cujas multas, somadas, ultrapassam 335 milhões de reais (IBAMA, 2020).

Contudo, até setembro de 2021, nenhuma das ações possuía trânsito em julgado, garantindo-se a reparação dos danos por meio de medidas liminares em ações civis públicas. As decisões liminares possuem importante papel na garantia da justiça, por considerarem que o tempo do dano não acompanha o tempo do processo. Lado outro, em sede de responsabilização criminal, não há que se falar em tutela de urgência em desfavor dos réus, uma vez que é vedado pela Constituição Federal a execução provisória das penas.

A empresa Samarco Mineração S/A figura no polo passivo de todas as ações de responsabilização instauradas por ser a empresa diretamente responsável pela administração do complexo Germano, que se rompeu e ocasionou os danos socioambientais. Verifica-se, em análise superficial, que em decorrência dos mesmos fatos, a conduta da mesma pessoa jurídica é avaliada por autoridades distintas. O IBAMA, o juiz da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, o juiz da 1ª Vara Federal da Subseção judiciária de Ponte Nova e os Procuradores Gerais da República designados ao caso dedicam sua atenção a analisar o mesmo fato, praticado, dentre outros agentes, pela empresa Samarco Mineração S/A.

A incidência da responsabilização administrativa, civil e criminal, de forma simultânea e independente é prevista na Constituição Federal, não pretendendo a presente pesquisa defender a invalidade do mandamento constitucional. O princípio da independência entre as esferas é fundamental, sobretudo ao considerarmos as particularidades de cada esfera jurídica e a necessidade de tutela multidisciplinar do meio ambiente. Entretanto, em que medida a independência entre as esferas se aproxima da indiferença e prejudica o processo de reparação dos danos causados?

A pesquisa busca avaliar o nível de articulação entre as esferas de responsabilização (civil, penal e administrativa) da empresa Samarco Mineração S/A pelo rompimento da barragem de Fundão, aferindo se há complementariedade entre elas e se é possível certo grau de integração entre as esferas. Este trabalho, portanto, busca responder ao seguinte questionamento: existem pontos de

convergência possíveis entre os processos administrativo, civil e criminal para responsabilização da empresa Samarco Mineração S/A pelos danos socioambientais decorrentes do rompimento da Barragem de Fundão?

Duas hipóteses conduzem o desenvolvimento da pesquisa. A primeira é que a incidência simultânea de múltiplos processos e procedimentos pode favorecer o isolamento das formas possíveis de interação entre os processos decisórios e contribuir para a demora no andamento processual e na reparação dos danos causados. A segunda hipótese é a de que existe, ainda que minimamente, uma possibilidade de interação e convergência entre as esferas, para apuração da responsabilização da empresa.

Nesse sentido, o artigo tem por objetivo geral discorrer sobre as modalidades de responsabilização do causador do dano ambiental. Como objetivo específico, o artigo busca investigar as ações instauradas em desfavor da empresa Samarco Mineração S/A nas esferas cível, penal e administrativa e identificar os pontos de possível integração entre as esferas.

A pesquisa se desenvolveu pela metodologia dedutiva, tendo sido utilizados os métodos analítico-dogmático, analítico-conceitual, analítico-descritivo e elementos básicos do estudo de caso. Foi empregada a técnica de pesquisa bibliográfica, por meio de livros e artigos disponibilizados em revistas científicas, com elementos de estudo de caso, valendo-se dos andamentos processuais, petições iniciais e autos de infração disponibilizados para consulta pública nos sites do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, do Tribunal Regional Federal e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Renováveis.

Espera-se que os resultados deste trabalho contribuam para o desenvolvimento de um novo olhar para o princípio da independência entre as esferas e a multiplicidade de processos e procedimentos sobre um mesmo fato, cooperando para o rompimento do bloqueio em aprender com o que está do outro lado da fronteira.

1 INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS DE RESPONSABILIZAÇÃO

A Lei 6.938/81 conceitua o meio ambiente como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (BRASIL, 1981). Como leciona Machado (2013), a Constituição Federal ampliou o conceito de meio ambiente, acrescentando a expressão “bem de uso comum do povo” (BRASIL, 1988), colocando o Poder Público como gestor do bem ambiental. Além disso, reconheceu-se o meio ambiente como direito humano de terceira geração, destacando a indisponibilidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrando, em razão de sua característica de direito fundamental inerente à própria condição humana.

Em razão disso, emerge a necessidade de tutela jurídica multidisciplinar do meio ambiente. De acordo com o art. 225, §3º da Constituição Federal “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados” (BRASIL,

1988). Isto significa que o causador de danos ambientais, seja pessoa física ou jurídica, será responsabilizado civil, penal e administrativamente de forma independente e, ainda que um dano ambiental não seja tipificado como crime ou infração administrativa, a reparação civil dos danos causados seja pleiteada judicialmente.

O mandamento constitucional é uma das expressões do princípio da independência entre as instâncias, que se consagra com a possibilidade de múltiplos procedimentos em instâncias diversas para apuração e responsabilização de um mesmo fato. Conforme leciona Machado (2013, p. 180), “a multiplicidade e a simultaneidade da atuação estatal sobre os mesmos fatos podem compor os mais diversos arranjos, dependendo do setor de regulação – ou tipo de situação problemática – observado” e demonstra sua preocupação com a aproximação crescente entre independência e indiferença entre as esferas, conforme se expressa:

Esta independência como indiferença tem favorecido certo isolamento ou formas muito pontuais de interação entre processos decisórios e autoridades igualmente competentes para oferecer respostas jurídicas a um mesmo caso concreto – embora estejam alocadas, de acordo com a lei, em diferentes áreas do direito. Esta forma de manifestar a independência entre as esferas parece ser tanto uma decorrência quanto um modo de fortalecer a departamentalização do saber jurídico (MACHADO, 2013, p. 181).

A autora fixa três dimensões do problema da departamentalização do saber jurídico: problema identitário, problema organizacional das instituições de ensino e problema epistemológico (MACHADO, 2013). Enquanto problema identitário, a departamentalização do saber jurídico é resultado de processo histórico de diferenciação entre as áreas do direito, fixando os componentes diferenciadores nas áreas do direito e não aos problemas regulados, criando retratos identitários que favorecem a cristalização de determinados conteúdos como os únicos possíveis. A autora exemplifica:

Uma ilustração para concluir este ponto: em face da possibilidade de a reparação do dano ser percebida como uma forma de sanção pela prática de um crime, o argumento da civilização do direito penal – e, logo, da perda de identidade deste último – impede que o debate se encaminhe para a identificação do modelo de regulação mais adequado para lidar com um determinado conjunto de problemas (MACHADO, 2013, p. 183).

Como problema organizacional, a departamentalização do saber jurídico encontra causa e efeito na dinâmica interna das faculdades de direito e das áreas de atuação do bacharel, “feudalizando o conhecimento do direito em rígidos campos de especialização e transformando civilistas, comercialistas, tributaristas, penalistas, administrativistas, e outros, em verdadeiros donatários de capitâneas hereditárias nas escolas de direito.” (FARIA apud MACHADO, 2013, p. 182). A autora destaca que o problema não está na especialização, mas na indiferença e no bloqueio que se tem em aprender com as demais áreas do direito.

Por fim, a dimensão epistemológica do problema, a forma de se observar o direito e se

produzir conhecimento sobre ele favorece a formação de lentes que condicionam e orientam o olhar do observador (MACHADO, 2013). Segundo a autora, o problema epistemológico se verifica em dois aspectos: o primeiro na capacidade do observador de ser flexível na filtragem do objeto observado e o segundo na imobilidade da lente para promover aproximações e distanciamentos em relação ao que está sendo observado, destacando que:

A alta mobilidade da posição do observador constitui uma habilidade fundamental ao desenho e à condução de pesquisas sobre fenômenos jurídicos, especialmente aquelas que buscam articular marcos normativos e desenhos institucionais, como ocorre com o projeto de pesquisa relatado neste texto, o sistema de justiça brasileiro no macroscópio (MACHADO, 2013, p. 183, grifo nosso).

A tramitação simultânea de processos distintos, por vezes com as mesmas partes envolvidas, somada ao complexo sistema recursal brasileiro, contribuem para a demora na solução, postergando por tempo indeterminado o alcance do trânsito em julgado das condenações. A reparação dos danos à população atingida e ao meio ambiente, cinco anos após o desastre, somente se deu por meio das tutelas de urgência que, apesar de compensarem “a espera pela *via crucis* recursal e pelo trânsito em julgado” (SILVA; COSTA, 2014, p. 255), não possuem efeito definitivo e não dão aos atingidos e à coletividade a sensação de justiça.

O problema, portanto, não está na especialização das áreas ou na filtragem do objeto de análise, mas na incapacidade de diálogo entre as áreas do direito e na inexistência de preocupação em focalizar a interação, privilegiando a precisão dos detalhes em detrimento da percepção global (MACHADO, 2013). A percepção global e a primazia dos detalhes não são excludentes.

É sabido que a responsabilidade civil por danos ambientais é objetiva, o que é inadmissível na esfera criminal, em atenção ao princípio da culpabilidade, sendo certo que cada especificidade deve ser considerada. No entanto, qualquer das esferas de responsabilização possui o mesmo objetivo: tutelar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida. Ademais, a atuação das esferas de responsabilização parte do mesmo marco inicial: o rompimento da barragem de Fundão. Também não se pode ignorar a função do processo de responsabilização dos agentes que, para além da reparação dos danos ambientais, deve atender à premente necessidade de prestar assistência à população atingida:

Que já eram afetados pela operação do complexo minerário de Germano sofreram perdas de vida e a deterioração de sua saúde, além de bens materiais e do comprometimento permanente de seu território. De *atingidos* passaram a *vítimas*, com o pleno direito de compensação pelos danos materiais e morais (ZHOURI *et al.*, 2016, p. 49).

Dessa forma, deve haver reflexão sobre a incidência simultânea de múltiplos processos e procedimentos sobre um mesmo fato, buscando a responsabilização das mesmas partes em áreas diferentes do Direito. A interdisciplinaridade e os pontos de convergência devem fazer parte da discussão e da tramitação dos processos, atentando-se para o risco de a multiplicidade de

processos contribuir para o aumento dos custos de investigação e responsabilização e do tempo para ressarcimento efetivo aos atingidos. Para tanto, passa-se a examinar individualmente as especificidades de cada esfera de responsabilização para, em seguida, investigar se há possibilidade de convergência entre elas.

2.1 RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

O artigo 70 da Lei 9.605/98 conceitua infrações administrativas como “toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente” (BRASIL, 1998). A responsabilidade administrativa decorre do poder de polícia administrativa e, no momento em que ocorre prática da infração a normas administrativas, surge para os órgãos ou entidades da Administração Pública o poder-dever de aplicar as penalidades administrativas. Verifica-se, portanto, que a responsabilização administrativa se fundamenta na capacidade das pessoas jurídicas de direito público de impor condutas aos administrados dentro dos limites de sua competência federativa (SILVA, 2013).

Em outras palavras, a responsabilidade administrativa é verificada nas relações entre a administração pública e o cidadão quando ocorre a “cominação de uma medida desvantajosa para o administrado, o qual, violando um preceito de conduta, impeça a satisfação de um interesse público” (ALBAMONTE apud FREITAS, 2010, p. 26). A Lei 9.605/98 atribuiu a todos os “funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA, designados para as atividades de fiscalização, bem como os agentes das Capitâneas dos Portos, do Ministério da Marinha” (BRASIL, 1998) a competência para lavrar o auto de infração.

Conforme disposto no art. 70, §3º da Lei 9.605/98 (BRASIL, 1998), a autoridade ambiental deverá instaurar o processo administrativo quando tiver conhecimento da infração ambiental, sendo que “o descumprimento desse dever pode ensejar não apenas falta funcional (segundo o disposto no estatuto de regência do agente omissor), como sua responsabilização penal (art. 68 da Lei 9.605/1998) e civil (art. 11, II, da Lei 8.429/1992)” (MILÁRE, 2014, p. 398).

A lavratura do auto de infração marca o início do processo administrativo e exige descrição clara da conduta caracterizadora da infração e: “Cada auto de infração constituirá processo administrativo próprio na unidade central ou descentralizada do órgão ambiental competente do local da infração, formalizado no prazo máximo de cinco dias úteis, contados de seu recebimento.” (MILÁRE, 2014, p. 402).

Lavrado o auto de infração, o autuado terá 20 (vinte) dias para apresentar defesa, contados da data de ciência da autuação (art. 71, I, Lei 9.605/98 c/c art. 113 (BRASIL, 1998), Dec. 6.514/08 (BRASIL, 2008) e a não apresentação da defesa não importa em revelia (reconhecimento da verdade dos fatos ou renúncia ao direito). Cabe ao autuado demonstrar a licitude da conduta e comprovar a ausência de participação na atividade danosa, uma vez que:

A responsabilidade administrativa, imputada a partir de um ato administrativo presumidamente legal (com relação a seus fundamentos) e verdadeiro (com

relação aos fatos neles descritos), importa em inversão do ônus da prova, cabendo ao suposto infrator elidir essa presunção relativa de ilegitimidade, através da produção probatória em sentido contrário (MILARÉ, 2014, p. 405).

Conforme leciona Milaré (2014), o princípio da ampla defesa se aplica ao procedimento administrativo para apuração de infração ambiental, permitindo ao autuado a produção de todas as provas que julgar necessários para sua defesa, vedadas as provas ilícitas e podendo ser recusadas as provas julgadas impertinentes, desnecessárias ou protelatórias. A autoridade julgadora também poderá requisitar produção de provas, além de parecer técnico, informações e esclarecimentos pelo órgão autuante, sem olvidar da possibilidade de abertura de prazo para consulta pública à terceiros antes ad prolação da decisão.

Encerrada a instrução do processo, intimam-se os interessados para apresentação de alegações finais no prazo de 10 (dez) dias. A autoridade julgadora deverá julgar o auto de infração em 30 dias, contados da sua lavratura e a decisão não se vincula às sanções aplicadas pelo agente autuante.

Das decisões proferidas no âmbito da Administração Pública Federal, caberá recurso voluntário à autoridade prolatora da decisão no prazo de 20 (vinte) dias para o exercício de retratação no prazo de 05 dias. Neste caminhar, e mantida a decisão, o recurso deverá ser dirigido à autoridade superior para julgamento. Em regra, o recurso não possui efeito suspensivo, salvo “quanto à multa e em caso de justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação, em que a autoridade recorrida ou a imediatamente superior poderá, de ofício ou a pedido do recorrente, conceder efeito suspensivo ao recurso” (MILARÉ, 2014, p. 408). Não cabe recurso das decisões proferidas pela autoridade julgadora em segunda instância¹.

A legislação confere ao órgão ambiental a competência para definir as hipóteses de cabimento do recurso de ofício pela autoridade que proferiu a decisão, tendo o IBAMA elencado as hipóteses na Instrução Normativa 10/2012 que possui natureza de ato administrativo infralegal (MILARÉ, 2014).

As sanções administrativas estão previstas no art. 72 da Lei 9.605 de 1998 (BRASIL, 1998). São elas: advertência; multa simples; multa diária; apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração; destruição ou inutilização do produto; suspensão de venda e fabricação do produto; embargo de obra ou atividade; demolição de obra; suspensão parcial ou total de atividades; restritiva de direitos. No caso do cometimento de múltiplas infrações, aplicam-se as penalidades cumulativamente.

A prescrição administrativa se dá em 05 anos, contados da prática do ato ou da cessação da permanência, nos casos de infrações administrativas permanentes. Opera-se a prescrição intercorrente nos casos de procedimentos administrativos sem movimentação há 03 anos ou mais. No caso de infrações administrativas que também são previstas como crimes, aplica-se o prazo prescricional previsto no art. 109 do Código Penal. São causas interruptivas da prescrição: o

¹ Ver: Art. 7º, IN 10/2012, IBAMA (2012).

recebimento do auto de infração, a cientificação do infrator por qualquer meio, atos de instrução do processo pela administração e qualquer decisão condenatória recorrível.

No caso do rompimento da barragem de Fundão, os autos de infração lavrados em desfavor da Samarco apontam diversas condutas passíveis de penalidades administrativas. O site do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis disponibilizou para consulta pública documentos relacionados ao desastre da Samarco em Mariana/MG, inclusive, os autos de infração lavrados em desfavor da Samarco.

Cada auto de infração indica, dentre outras informações, o número do auto, a infração imputada à empresa, a unidade de arrecadação das multas e o valor a ser pago a título de multa administrativa. As unidades de arrecadação indicadas nos autos são: IBAMA, Superintendência do IBAMA em Minas Gerais, Superintendência do IBAMA no Estado do Pará, Diretoria de Proteção Ambiental, Superintendência do IBAMA no Estado do Espírito Santo.

É possível verificar a existência de 25 (vinte e cinco) autos de infração lavrados em desfavor da Samarco Mineração S/A, cujas multas somadas ultrapassam 345 milhões de reais (IBAMA, 2020). Os valores previstos em cada auto de infração tratam-se de multas indicadas, definidas como aquelas estabelecidas pelo agente atuante no auto de infração, por ocasião de sua lavratura, que dá início ao processo administrativo sancionatório², não se tratando, portanto, de condenação definitiva, a qual não fica vinculada à multa aplicada pelo atuante. O causador de danos ambientais também poderá ser responsabilizado criminalmente, tendo a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) pacificado a possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas.

2.2 RESPONSABILIZAÇÃO PENAL

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) elegeu o meio ambiente como bem jurídico penalmente relevante. A responsabilidade penal ocorre quando um indivíduo comete um crime e se obriga a responder por ele diante do Estado, submetendo-se às sanções previstas nas leis penais. A intervenção penal se justifica em razão da natureza de direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida, devendo ser considerado o meio ambiente em sua acepção global, uma vez que:

O ambiente – elevado à categoria de bem jurídico essencial à vida, à saúde e à felicidade do homem – integra-se, em verdade, em um conjunto de elementos naturais, culturais e artificiais, de modo que possibilite o seguinte detalhamento: meio ambiente natural (constituído pelo solo, a água, o ar atmosférico, a flora, a fauna, enfim, a biosfera); **meio ambiente cultural** (integrado pelo patrimônio artístico, cultural, paisagístico, arqueológico, espeleológico, etc.); e **meio ambiente artificial** (formado pelo espaço urbano construído, consubstanciado no conjunto de edificações e nos equipamentos públicos: ruas, praças, áreas verdes, ou seja, todos os logradouros, assentamentos e reflexos urbanísticos, caracterizados como tal). **Todos esses elementos estão**

² Ver: Art. 2º, VIII, Instrução Normativa 10/2012, IBAMA (2012).

definitivamente protegidos pelo Direito Penal, como se vê da nova arquitetura tipológica da Lei 9.605/1998 (MILARÉ, 2014, p. 468, grifo nosso).

A responsabilização penal exige a demonstração do dolo ou culpa do agente, ou seja, é imprescindível a demonstração de que o agente tenha previsibilidade e quer a ocorrência do resultado danoso ou assuma o risco de sua ocorrência ou, ainda, causa o dano por negligência, imprudência ou imperícia. Verifica-se, portanto, o requisito “vontade” como elemento essencial para responsabilização criminal, não sendo possível nessa esfera a responsabilização objetiva.

Qualquer pessoa, física ou jurídica, poderá ser sujeito ativo do delito, devendo ser demonstrado o dolo ou a culpa, além do nexo causal entre a conduta e o resultado. O sujeito passivo do crime é o titular do bem jurídico e, em se tratando de meio ambiente, o sujeito ativo direto sempre será a coletividade, figurando como sujeito ativo secundário o indivíduo sobre o qual, eventualmente, recair a conduta lesiva ao meio ambiente (MILARÉ, 2014).

As penas aplicáveis podem ser privativas de liberdade (reclusão ou detenção)³, restritivas de direitos (prestação de serviços à comunidade; interdição temporária de direitos; suspensão parcial ou total de atividades; prestação pecuniária; recolhimento domiciliar)⁴ ou pena de multa. Às pessoas jurídicas podem ser impostas pena de multa; restritivas de direitos (suspensão parcial ou total de atividades; interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade; ou proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações) ou prestação de serviços à comunidade⁵.

Nos crimes ambientais, as ações penais são públicas incondicionadas, sendo do Ministério Público a titularidade para instauração do processo e não poderá desistir da ação penal. Na ação penal que tramita em desfavor da Samarco Mineração S/A são investigadas condutas de outras pessoas físicas e jurídicas que também concorreram para a prática dos crimes e, dentre os crimes investigados, está o previsto no art. 121 do Código Penal (BRASIL, 1940), cuja competência para julgamento é do Tribunal do Júri. A competência do Tribunal do Júri para processar e julgar crimes dolosos contra a vida atrai a competência para julgamento de crimes conexos, nos termos do art. 78, I do Código de Processo Penal⁶ (BRASIL, 1941).

Nesse caso a autoridade policial poderá instaurar o inquérito de ofício, por determinação da autoridade judiciária, mediante requisição do Ministério Público, a requerimento do ofendido ou de seu representante legal, após notícia de crime de terceiro ou após o flagrante delito. Independentemente da forma de instauração do inquérito, deverá ser encerrado, em regra, no prazo improrrogável de 10 (dez) dias, se o acusado estiver preso ou em 30 dias, prorrogáveis pelo tempo necessário, se o acusado estiver solto.⁷

3 Ver: Art. 30, Código Penal de 1940 (BRASIL, 1940).

4 Ver: Art. 8º, Lei 9.605 de 1998 (BRASIL, 1998).

5 Ver: Art. 21, Lei 9.605 de 1998 (BRASIL, 1998).

6 Ver: Art. 78. Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras:
I - no concurso entre a competência do júri e a de outro órgão da jurisdição comum, prevalecerá a competência do júri. (BRASIL, 1941).

7 Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela (BRASIL, 1941).

Recebido o inquérito policial, o Ministério Público, ao vislumbrar justa causa, deverá oferecer denúncia em 05 dias, se o acusado estiver preso, ou em 15 dias, se o acusado estiver solto. A denúncia deve arrolar as testemunhas que pretende ouvir, sendo permitido, no máximo, 08 testemunhas.

O juiz receberá a denúncia e determinará a intimação do acusado para apresentar resposta à acusação no prazo de 10 dias contados do “[...] efetivo cumprimento do mandado ou do comparecimento, em juízo, do acusado ou de defensor constituído, no caso de citação inválida ou por edital.” (BRASIL, 1941). Se o juiz não receber a denúncia, caberá interposição de recurso em sentido estrito ao Tribunal, possuindo o recorrente 05 dias para interpor o recurso e 02 dias para apresentar as razões.

Apresentada resposta à acusação, o juiz designará audiência de instrução, na qual serão ouvidas as testemunhas arroladas e realizado interrogatório dos réus. Apresentadas as alegações finais, o juiz proferirá decisão de pronúncia, se verificar a existência de indícios de autoria e prova de materialidade, sendo vedado o exercício de juízo de condenação. A competência para julgamento dos autores é do Tribunal do Júri, composto pros 07 jurados escolhidos dentre os cidadãos comuns, ficando o juiz togado adstrito à dosimetria da pena, em caso de condenação.

Em decorrência do rompimento da barragem de Fundão, o Ministério Público Federal ofereceu, no dia 20/10/2016, denúncia em desfavor da Samarco Mineração S/A, além de outras pessoas físicas e jurídicas. À Samarco foi atribuída a responsabilidade pela prática dos crimes previstos nos seguintes artigos: art. 13, § 2º, alínea “a”, art. 18, I e art. 70, do Código Penal (BRASIL, 1940) c/c arts. 2º e 3º ambos da Lei n.º 9.605/98 (BRASIL, 1998); nas figuras típicas dos artigos 29, caput, §1º, incisos I e II, § 4º, incisos I, III, V e VI, art. 33, art. 38, art. 38-A, art. 40, caput, §2º, art. 49, art. 50, art. 53, incisos I e II, alíneas “c”, “d” e “e”, art. 54, § 2º, incisos I, III, IV e V c/c art. 58, inciso I, art. 62, inciso I, todos da Lei n.º 9.605/98 (BRASIL, 1998), em concurso material (art. 69, CP) com os crimes previstos nos arts. 68, 69 e, duas vezes, no art. 69-A, §2º, da Lei n.º 9.605/98, esses últimos na forma do art. 70, CP, entre si (BRASIL, 1998). A denúncia estabelece o nexo causal entre a conduta e os danos causados em razão de ação e omissão da mineradora:

Mesmo conhecendo a situação típica de incremento de riscos não permitidos, tendo pleno conhecimento de suas responsabilidades como pessoa jurídica responsável pelo empreendimento e dele garantidora, SAMARCO omitiu-se, assumindo o risco da produção dos resultados decorrentes, [...]. Ademais, também se apurou que, apesar de ter conhecimento de que a Vale depositava “lama” na barragem de Fundão - proveniente do beneficiamento por ela realizado na Mina Alegria – bem como de ter consolidado e apresentado as informações constantes de seus Planos de Aproveitamento Econômico e dos Relatórios Anuais de Lavra durante os anos de 2013, 2014 e 2015, deixou de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental – consignado no art. 17, IV, da Lei n.º 12.334/10 c/c art. 3º e ss. da Portaria DNPM n.º 416, de 03 de setembro de 2012, e art. 3º, § 1º, da Portaria DNPM n.º 11, de janeiro de 2012 – e dificultou a ação fiscalizadora do Poder Público, uma vez que,

tendo dever legal e competências de supervisão, omitiu-se de apresentar, nos procedimentos administrativos minerários junto ao DNPM [...] (BRASIL, [2016a], p. 210-211, grifo nosso).

O juiz federal Jacques de Queiroz Ferreira, titular da Vara Única De Ponte Nova/MG, excluiu a agravante prevista no art. 15, II, “p” da Lei 9.605/98⁸ (BRASIL, 1998), recebendo a denúncia em desfavor da Samarco Mineração S/A, além de outros imputados, considerando que a empresa era a “[...] proprietária da Barragem do Fundão, assumindo, pois, a função de garantidora de sua segurança, nos termos dos arts. 1.128, §1º e 937, do Código Civil; art. 4º, III, da Lei 12.334/2010; e, arts. 2º e 3º, da Lei 9.605/1998” (BRASIL, 2016c, p. 17), fixando prazo de 30 (trinta) dias para apresentação de defesa prévia. O prazo para apresentação de defesa prévia por mais 30 dias foi renovado em 12/01/2017.

A Samarco Mineração S/A apresentou defesa prévia e suscitou a preliminar de inadequação do rito do tribunal do júri para os crimes cometidos por pessoa jurídica. A preliminar foi rejeitada pelo Magistrado, ao fundamento de que somente se afasta a competência do Tribunal do Júri em caso de foro previsto pela Constituição Federal e que a possibilidade de julgamento de pessoas jurídicas pelo Tribunal do Júri não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro e destacou que “na hipótese de julgamento pelo Conselho de Sentença, naturalmente que os quesitos relacionados às pessoas jurídicas deverão sofrer as devidas adaptações, considerando a peculiaridade destas acusadas” (BRASIL, 2016c, p. 11).

Em 02 de setembro de 2020 o processo migrou para o sistema do PJE (Processo Judicial Eletrônico) sem que fosse realizada audiência de instrução para encerramento da primeira fase do procedimento de competência do Tribunal do Júri. Conforme considerado pelo juiz titular na decisão de recebimento da denúncia, somente a inicial acusatória é composta de 29 volumes; um dos inquéritos instaurado pela polícia civil (processo 1.217-34.2016.4.01.3822) compõe-se de 14 volumes e aquele instaurado pela polícia federal (IPL 1.43/2015) tem 34 volumes, sendo 22 de apensos. Dessa forma, inviável estabelecer qualquer perspectiva de encerramento do processo criminal, mesmo após 05 anos do rompimento da Barragem de Fundão.

Em seguida, cabe tecer considerações acerca da responsabilização civil do causador dos danos ambientais, limitando-se esta pesquisa a apresentar o panorama geral da responsabilização civil e suas principais características, a fim de estabelecer pontos de convergências com as esferas já analisadas.

2.3 RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL

A responsabilidade civil ambiental prescinde da demonstração de dolo ou culpa e da legalidade do ato, sendo, portanto, responsabilidade objetiva. Neste sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 81), leciona que:

⁸ Art. 15. São circunstâncias que agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: [...] II - ter o agente cometido a infração: [...] p) no interesse de pessoa jurídica mantida, total ou parcialmente, por verbas públicas ou beneficiada por incentivos fiscais [...] (BRASIL, 1998).

Às vezes a atividade desempenhada pelo causador do incômodo é perfeitamente normal e não abusiva, estando até autorizada por alvará expedido pelo Poder Público. Mesmo assim, se causar danos aos vizinhos, podem estes pleitear em juízo a redução e até a cessação do incômodo, se exercida no interesse particular, ou uma indenização, se preponderante o interesse público.

Além disso, a responsabilidade civil ambiental não exige que o dano seja efetivamente causado. A mera ameaça de dano legitima a reparação civil, tendo como pressuposto uma atividade que gere riscos para o meio ambiente, dano ou ameaça de dano e nexo causal entre atividade e resultado, efetivo ou potencial (STEIGLEDER, 2011, p. 171). Portanto, o elemento-chave para responsabilização civil objetiva é o nexo de causalidade entre atividade e dano, ainda que meramente potencial. Steigleder (2011) problematiza os critérios normativos escolhidos para caracterização do nexo de causalidade, considerando que o dano ambiental pode ser resultado de várias causas. Contudo, conforme Nery Junior (apud BENJAMIM, 2011, p. 55) “seja qual for a participação de alguém na causação de um dano, há, para ele, o dever de indenizar.”

A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81) (BRASIL, 1981), anterior à Constituição Federal, já tratava da responsabilidade civil objetiva e atribuía ao Ministério Público a função de defender o meio ambiente:

Art. 14, § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente (BRASIL, 1981).

A Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) foi promulgada em acordo com a Lei 6.938 de 1981 (BRASIL, 1981), determinando, por meio do art. 129, inciso III que o Ministério Público tem a obrigação de “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (BRASIL, 1988). O Ministério Público, portanto, tem o papel fundamental na tutela do meio ambiente, por ter autoridade para ajuizar ação civil pública, inclusive, em face do próprio Estado.

A União juntamente com os governos estaduais de Minas Gerais e do Espírito Santo também ajuizaram ação civil pública contra a Samarco Mineração S/A, Vale S/A e BHP Billiton no dia 17/12/2015. O processo recebeu o nº 69758-61.2015.4.01.3400. No dia 03 de maio de 2016 propôs ação civil pública que recebeu o número 0023863-07.2016.4.01.3800 (BRASIL, 2016b) e tramita na 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, em desfavor de Samarco Mineração S.A, Vale S/A, BHP Billiton Brasil Ltda., União e Estado de Minas Gerais. O objetivo da ação é a condenação das rés na obrigação de integralmente os danos sociais, econômicos e ambientais causados pelo rompimento da barragem de Fundão, em Mariana/MG. À ação foi atribuído valor de causa de 155.052.000.000,00 (cento e cinquenta e cinco bilhões e cinquenta e dois milhões

de reais). O juízo concedeu tutela de urgência e proferiu decisão liminar fixando multa diária no valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) por descumprimento das medidas fixadas, assegurando a adoção de medidas emergenciais para reparação dos danos imediatos.

Em junho de 2018, quase dois anos após o rompimento da Barragem de Fundão e após longas discussões entre Ministério Público Federal, Advocacia Geral da União e empresas, foi celebrado com os objetivos de alterar o sistema de governança; aprimorar os mecanismos que garantam a efetiva participação dos atingidos em todas as fases do processo de reparação dos danos; e estabelecer processo negocial de repactuação dos programas socioambientais e socioeconômicos.

Estabelecidos os panoramas gerais sobre as esferas de responsabilização previstas no art. 225, §3º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), cabe agora avaliar se existem pontos de convergência entre as esferas de responsabilização.

3 PONTOS DE CONVERGÊNCIA ENTRE AS ESFERAS DE RESPONSABILIZAÇÃO

O Ministério Público Federal disponibilizou em meio eletrônico⁹, documentos que demonstram sua atuação nas esferas civil e penal para responsabilização da empresa Samarco Mineração S/A. A instituição disponibilizou respostas à possíveis dúvidas sobre o TAC da Governança¹⁰, sendo possível aferir a consagração do princípio da independência entre as instâncias, conforme se verifica:

5 – A ACP interfere na ação penal?

Não. **As ações têm objetivos diferentes e tramitam em esferas diferentes. Portanto, uma não interfere na outra.** A ação civil pública busca a reparação integral dos danos causados pelo rompimento da barragem de Fundão, enquanto a ação penal tem por objetivo a responsabilização criminal das pessoas e empresas que foram responsáveis pelo maior desastre ambiental da história brasileira. **A ação penal ajuizada contra a Samarco Mineração S/A (e outros) tramita na Vara da Justiça Federal no município de Ponte Nova/MG, que é a unidade da Justiça competente para processar e julgar os responsáveis pelos crimes cometidos em decorrência do rompimento da barragem de Fundão. Embora exista no MPF uma Força-Tarefa que cuida das duas ações, uma em nada interfere na outra.** Importante observar que o TAC Governança ajusta procedimentos de participação e governança a serem utilizados durante o processo de reparação, mas não abre mão dos direitos dos atingidos, seja na esfera cível, seja na esfera criminal.

6 – O TAC autoriza o retorno das operações da Samarco Mineração S/A?

Não. São questões distintas. **O licenciamento ambiental da Samarco Mineração S/A é tratado em processo próprio nos estados e sem vinculação com o TAC Governança (BRASIL, [2022b], grifo nosso).**

A independência entre as esferas também foi reconhecida pelo juiz titular da Vara única da subseção judiciária de Ponte Nova/MG quando, ao receber a denúncia, rejeitou o pedido do Ministério Público Federal para fixação de valor mínimo para reparação de danos, entendendo

⁹ Os documentos podem ser acessados no site, ver: Brasil ([2022a])

¹⁰ Ver: Brasil ([2022b]).

que a matéria acabaria por tumultuar o processo criminal e incorreria na produção duplicada e desnecessária de provas:

Neste ponto, reputo que, além de trazer para os autos da ação penal matéria cível de extrema complexidade, a quantificação dos danos nesta esfera criminal implica em uma duplicação desnecessária de provas, em especial de estudos e perícias, não esquecendo que, o valor, apurado no âmbito penal, deverá ser abatido posteriormente daquele fixado na jurisdição cível. Relembro, igualmente, que a esfera cível se qualifica como mais adequada para apuração dos prejuízos, já que naquele foro, os meios de prova admitidos são mais amplos (BRASIL, 2016c, p. 19-20).

A decisão, que em uma análise superficial parece endossar o princípio da independência entre as esferas, é expressão da necessária interdependência e integração entre as instâncias. Nos termos do art. 387, IV, do Código de Processo Penal, o juiz, ao proferir a sentença, “fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido” (BRASIL, 1941). Ainda que o momento de recebimento da denúncia não seja o adequado para fixação de valor a título de reparação de danos, o Magistrado reconhece que as ações civis públicas, com suas possibilidades distintas de instrução probatória e reparação dos danos, é mais adequada. A decisão pontua, inclusive, que a produção duplicada de provas em processos distintos contra a mesma empresa viola o princípio da razoável duração do processo:

Desta forma, permitir que matéria de tal complexidade seja trazida para o bojo do processo criminal, com a duplicação desnecessária de provas, implicará em injustificável prolongamento da ação penal, com ofensa ao disposto no inciso LXXVIII da CF/1988, motivo pelo qual reputo inadequada a admissão desta pretensão (BRASIL, 2016c, p. 20).

Além disso, a elaboração do Termo de Ajustamento de Conduta, no âmbito das ações civis públicas, ainda que restritas à esfera da responsabilização civil, demonstram a avanço na procura de soluções para evitar a tramitação de múltiplas ações que se debruçam sobre o mesmo fato.

Nem se fale na criação do Comitê Interfederativo liderado pelo IBAMA e compostos por representantes dos governos federal e estadual mineiro e capixaba, dos municípios atingidos, dentre outros membros, e tem o objetivo de orientar, acompanhar, monitorar e fiscalizar a execução das medidas previstas no TTAC e no TAC-Gov pela Fundação Renova, também sendo um indicativo do distanciamento da preocupante indiferença entre os órgãos atuantes.

Dessa forma, no caso de responsabilização da Samarco Mineração S/A pelo rompimento da Barragem de Rejeitos de Fundão em Bento Rodrigues, distrito de Mariana/MG, é possível verificar formas pontuais de convergência e interação entre as esferas de responsabilização, o que parece contribuir para a economia processual e a razoável duração do processo. Contudo, é certo que essa hipótese somente poderá ser confirmada quando houver o encerramento dos processos e for consolidada definitivamente a responsabilização, com a aplicação das sanções cabíveis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando que o artigo se propôs a investigar se existem pontos de convergência possíveis entre os processos administrativo, civil e criminal para responsabilização da empresa Samarco Mineração S/A pelos danos socioambientais decorrentes do rompimento da Barragem de Fundão, a partir do marco teórico do rompimento da referida Barragem no ano de 2015 e dos autos de infração, ações civis e ação penal interpostas em desfavor da empresa Samarco Mineração S/A, partindo das hipóteses que a incidência simultânea de múltiplos processos e procedimentos pode favorecer o isolamento das formas possíveis de interação entre os processos decisórios e contribuir para a demora no andamento processual e na reparação dos danos causados e que existe, ainda que minimamente, uma possibilidade de interação e convergência entre as esferas, para apuração da responsabilização da empresa, algumas conclusões são possíveis.

A primeira é a de que o ordenamento jurídico brasileiro consagrou o princípio da independência entre as instâncias e, em matéria ambiental, o princípio pode ser verificado no art. 225, §3º da Constituição Federal. A possibilidade de incidência simultânea de múltiplos procedimentos em áreas distintas sobre um mesmo fato jurídico e sobre os mesmos agentes é, portanto, autorizada constitucionalmente, não causando espanto as diversas ações que tramitam em desfavor da Samarco pelo rompimento da barragem da Fundão.

A segunda conclusão é a de que os processos administrativo, civil e criminal, em regra, não se comunicam, tramitando perante juízos distintos, sujeito a empresa Samarco Mineração S/A ao pagamento de multas administrativas aplicadas pelo IBAMA, ao pagamento de indenizações fixadas liminarmente em ação civil pública além da possibilidade de, ao final da instrução criminal, serem impostas penalidades previstas na legislação penal.

Conclui-se também que, ainda que sejam independentes as atuações das esferas, existe um mínimo nível de interação entre elas para responsabilização e reparação dos danos causados, podendo ser verificado na criação do Comitê Interfederativo, na celebração de acordo referente a duas ações civis públicas ajuizadas por pessoas distintas e no não recebimento da denúncia quanto ao pedido de fixação de *quantum* mínimo para reparação de danos.

Dessa forma, como conclusão derradeira, é possível perceber que a departamentalização do saber jurídico enquanto problema epistemológico, em alguma medida e mesmo que inconscientemente, apresenta perspectiva de superação no caso em análise, uma vez que foi possível visualizar certa flexibilidade do julgador no distanciamento do objeto da ação, para perceber as possíveis interações entre as áreas, afastando-se da indiferença entre as instâncias e do isolamento entre os processos. Espera-se que esses tímidos indícios de integração entre as instâncias produzam efeitos no andamento processual e, principalmente, na prestação de assistência aos atingidos, que demandam por uma resposta definitiva e anseiam pelo trânsito em julgado do sofrimento.

REFERÊNCIAS

- BENJAMIN, Antonio Herman De Vasconcelos e. **A responsabilidade civil pelo dano ambiental no direito brasileiro e as lições do direito comparado a responsabilidade civil pelo dano ambiental no direito brasileiro e as lições do direito comparado**. 2011. Disponível em: < https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/8632/A_Responsabilidade_Civil.pdf > Acesso em 02 de março de 2021.
- BRASIL. Congresso Nacional. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 126, n. 191-A, p. 1-32, 05 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 dez. 2022.
- BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 13 fev. 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 08 dez. 2022.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 2391, 31 dez. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 06 dez. 2022.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 19699, 13 out. 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 8 dez. 2021.
- BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2008. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 23 jul. 2008. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6514.htm. Acesso em: 08 dez. 2022.
- BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 16509, 02 set. 1981. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 08 dez. 2022.
- BRASIL. Ministério Público Federal. **Ações**. Brasília: MPF, [2022a]. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/duvidas-sobre-o-tac-governanca>. Acesso em: 07 dez. 2022.
- BRASIL. Ministério Público Federal. **Dúvidas sobre o TAC Governança?**. Brasília: MPF, [2022b]. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/duvidas-sobre-o-tac-governanca>. Acesso em: 07 dez. 2022.
- BRASIL. Ministério Público Federal. **IPL n.º 1843/2015 SRPF/MG**; Autos n.º 38.65.2016.4.01.3822 (Busca e apreensão); Autos n.º 3078-89.2015.4.01.3822 (Medida Cautelar); IPL Polícia Civil - MG 1271-34-2016.4.01.3822; IPL Polícia Civil - MG 1250-24.2016.4.01.3822; Procedimento Investigatório Criminal (PIC) - MPF n.º

1.22.000.003490/2015-78; Procedimento Investigatório Criminal (PIC) MPF n.º 1.22.000.000003/2016-04. Brasília: MPF, [2016a]. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/denuncia-samarco>. Acesso em: 08 dez. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). **Ação Civil Pública 0023863-07.2016.4.01.3800/MG**. Trata-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra a Samarco Mineração S/A, Agência Estadual de Recursos Hídricos – AGERH, Agência Nacional de Águas – ANA, ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária, BHP Billiton Brasil Ltda. [...]. [S. l.: s. n.]: 07 jun. 2016b. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=238630720164013800&secao=MG&pg=1&enviar=Pesquisar>. Acesso em: 07 dez. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). **Decisão processo nº 0002725-15.2016.4.01.3822/MG**. O Ministério Público Federal, ofereceu denúncia contra Samarco Mineração S/A, Vale S/A, Bhp Billiton Brasil Ltda., Ricardo Vescovi de Aragão, Kleber Luiz de Mendonça Terra, Germano Silva Lopes [...]. Ponta Nova: [s. n.]: 16 nov. 2016c. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/10/7b9c3be234b7fb2075ccf2ca787b35a3.pdf>. Acesso em: 07 dez. 2022.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Direito Administrativo e meio ambiente**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2012.

IBAMA - INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS. **Rompimento da Barragem de Fundão**: Documentos relacionados ao desastre da Samarco em Mariana/MG. Brasília: IBAMA, 2020. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/recuperacao-ambiental/rompimento-da-barragem-de-fundao-desastre-da-samarco/documentos-relacionados-ao-desastre-da-samarco-em-mariana-mg>. Acesso em: 08 dez. 2022. BRASIL

IBAMA - INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS. Instrução Normativa nº 10, de 07 de dezembro de 2012. Regula os procedimentos para apuração de infrações administrativas por condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, a imposição das sanções, a defesa, o sistema recursal e a cobrança de multas no âmbito do IBAMA. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 237, p. 98, 10 dez. 2012. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=10/12/2012&jornal=1&pagina=98&totalArquivos=232>. Acesso em: 08 dez. 2022.

MACHADO, Maira Rocha. Contra a departamentalização do saber jurídico: a contribuição dos estudos de caso para o campo direito e desenvolvimento. *In*: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; SANCHES, Samyra Naspolini; COUTO, Monica Bonetti. **Direito e Desenvolvimento no Brasil do Século XXI**. Brasília: IPEA, 2013. p. 177-200. (Desenvolvimento nas Ciências Sociais : o Estado das Artes. Livro 1). Disponível em: https://portalantigo.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_direito_desenvolvimento_brasil_vol01.pdf. Acesso em: 08 dez. 2022

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da; COSTA, Susana Henriques da. O controle judicial da corrupção e o modelo processual brasileiro: reflexões a partir do Caso TRT. *In*: MACHADO, Maira Rocha; FERREIRA, Luisa Moraes Abreu (org.). **Estudos sobre o caso TRT**. São Paulo: Direito FGV, 2014. p. 251-285. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/12028>. Acesso em: 08 dez. 2022.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental**: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ZHOURI, Andréa Luisa; VALENCIO, Norma; OLIVEIRA, Raquel S.; ZUCARELLI, Marcos Cristiano; LASCHEFSKI, Klemens Augustinus; SANTOS, Ana Flávia Moreira. O desastre de Mariana: colonialidade e sofrimento social. *In*: ZHOURI, Andréa; BOLADOS, Paola; CASTRO, Edna (org.). **Mineração na América do Sul**: neoextrativismo e lutas territoriais. São Paulo: Editora Annablume, 2016. p 45-65.

Como citar: FERREIRA, Maria Luísa Gonçalves; COSTA, Beatriz Souza. IN(TER)Dependência entre as esferas de responsabilização: convergência entre as esferas de responsabilização da Samarco pelo rompimento da Barragem de Fundão. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 3, p. 209-227, dez. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n3p. 209. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 14/09/2021

Aceito em: 30/08/2022

FUNCIONALISMO DE ROXIN NA EXECUÇÃO PENAL: A RELEVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE NA PROGRESSÃO DE REGIMES DIANTE DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL¹

FUNCTIONALISM OF ROXIN IN CRIMINAL EXECUTION: THE RELEVANCE OF THE PRINCIPLE OF COCULPABILITY IN PROGRESSION PROGRAMS IN THE STATE OF UNCONSTITUTIONAL STATES

Henrique Viana Pereira*
Glaison Lima Rodrigues**

*Doutor e Mestre em Direito pela PUC/MG. Professor do Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direito da PUC/MG, na linha de pesquisa “Intervenção Penal e Garantismo”. Professor de Direito Penal e Processo Penal da PUC/MG (graduação e pós-graduação) e do Centro Universitário Unihorizontes (graduação).
E-mail: henriquepenal@gmail.com

**Doutorando e Mestre em Direito Público pela PUC-Minas. Pós-graduado em Ciências Criminais pela UNICAM. Pós-graduado em Direito Público pela UNISEB. Professor da Academia de Polícia Civil de Minas Gerais.
E-mail: glaisonlr82@gmail.com

Como citar: PEREIRA, Henrique Viana; RODRIGUES, Glaison Lima. Funcionalismo de roxin na execução penal: a relevância do princípio da coculpabilidade na progressão de regimes diante do estado de coisas inconstitucional. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 3, p.228-244, dez. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n3p.228. ISSN: 1980-511X

Resumo: O presente artigo tem por fim apresentar as diretrizes gerais que regem o funcionalismo penal proposto pelo jurista Claus Roxin e estabelecer conexões entre a teoria funcionalista e o princípio da coculpabilidade no âmbito da execução penal, especialmente para os fins de progressão de regime no cumprimento de pena privativa de liberdade diante do reconhecido Estado de Coisas Inconstitucional existente no âmbito prisional brasileiro. O funcionalismo apresentado por Claus Roxin, de cariz moderado e com lastro na proteção ao bem jurídico, poderia servir de fundamento para o reconhecimento do princípio da coculpabilidade na aferição da progressão de regime de cumprimento da pena privativa de liberdade, em franca assunção pelo Estado de sua corresponsabilidade na lastimável situação prisional brasileira, que no ano de 2015 foi certificada formalmente pelo Supremo Tribunal Federal ao reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário nacional.

Palavras-chave: funcionalismo penal; coculpabilidade; progressão de regime; estado de coisas inconstitucional.

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

Abstract: The purpose of this article is to present the general guidelines governing the penal functionalism proposed by jurist Claus Roxin and to establish connections between the functionalist theory and the principle of co-culpability in the context of criminal execution, especially for the purposes of progression of the regime in serving sentences deprivation of liberty in the face of the recognized Unconstitutional State of Things existing in the Brazilian prison. The functionalism presented by Claus Roxin, of a moderate nature and based on the protection of the legal good, could serve as a basis for the recognition of the principle of co-responsibility in assessing the progression of the regime of fulfillment of the custodial sentence, in full assumption by the State of São Paulo. his co-responsibility in the pitiful Brazilian prison situation, which in 2015 was formally certified by the Supreme Federal Court when recognizing the Unconstitutional State of Things in the national prison system.

Keywords: penal functionalism; coculpability; regime progression; unconstitutional state of things.

INTRODUÇÃO

O funcionalismo penal é considerado uma teoria do crime contemporânea, tratando-se, em verdade, de teorias funcionalistas que tem por fim explicar o crime e estabelecer as funções da pena baseando-se em diversos parâmetros que podem confirmar ou afastar quaisquer dos elementos de um crime, seja o fato típico, a antijuridicidade ou mesmo a culpabilidade.

Em uma análise cronológica não excludente, o funcionalismo penal revela-se como a mais recente estrutura de estudos que permitiram a análise do Direito Penal sob pressupostos científicos, cujo nascedouro remonta o Idealismo Alemão, sob a forte influência de Hegel e de Ludwig Feuerbach; seguido do Positivismo, marcado pelas vertentes jurídica, de Garofalo, antropológica, de Lombroso, e sociológica, de Enrico Ferri; repensado no modelo do neokantismo sob pressupostos valorativos estruturados por Beling, Gustav Radbruch e Ernst Mayer; revolucionados pelo Finalismo de Hans Welzel e apresentado em novos parâmetros pelo Funcionalismo, cujos maiores expoentes são Claus Roxin e Günter Jakobs.

Para este trabalho, a vertente do funcionalismo utilizada como parâmetro será a do jurista Claus Roxin (2000), especialmente em razão do foco na proteção ao bem jurídico e maior clareza em apresentar as efetivas funções do direito penal perpassando-as por todo o conceito estratificado do crime.

A largueza conceitual do funcionalismo de Roxin permite ao intérprete e aplicador da Lei valer-se dos seus pressupostos não somente na aferição dos elementos que compõem a tríade que revela a existência de um crime em concepção analítica, mas também perceber sua incidência quando da aferição dos requisitos objetivos e subjetivos da progressão de regime no cumprimento da pena privativa de liberdade.

A análise dos requisitos da progressão de regime deve ser sopesada diante do reconhecido Estado de Coisas Inconstitucional pelo STF em relação ao sistema penitenciário brasileiro, conforme ADPF 347 cuja liminar foi deferida no ano de 2015 (BRASIL, 2015), tratando-se de verdadeira confissão da coculpa do Estado diante de sua inação qualificada (dada a sua posição de garante) em relação aos mais mezinhos direitos dos presos, entulhados em masmorras prisionais à própria sorte sob a vigilância omissiva do Estado, detentor exclusivo do *jus puniendi*.

É nesse sentido, portanto, que são apresentadas reflexões sobre o tema, sem pretensão exauriente, visando elasticizar o funcionalismo penal de Roxin como fundamento da aplicação do princípio da coculpabilidade na execução penal quando da progressão de regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade.

1 O FUNCIONALISMO PENAL DE CLAUD ROXIN

O funcionalismo afere a conduta de uma pessoa tendo por base os fins da pena e do Direito

Penal, apresentando um escopo de aproximar a dogmática penal da política criminal.

Dispõe Cláudio Brandão (2019, p. 73) que “o funcionalismo propõe que todos os institutos da dogmática penal, isto é, a ação, a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade sejam desenvolvidas a partir da perspectiva político-criminal.”

Acrescenta Fernando Galvão (2011, p.192) que:

No sistema funcionalista os fins da pena adquirem valor fundamental, pois se a teoria do crime reúne os pressupostos para a intervenção punitiva, seus elementos devem ser concebidos em razão das consequências sociais da punição. A finalidade retributiva da pena é abandonada em favor dos fins preventivos, que passam a ser reorientados com base na distinção entre seus aspectos de integração e exclusão.

Claus Roxin fundamenta o funcionalismo penal, considerado moderado, nos fins do Direito Penal, atrelado, portanto, à política criminal. Já Günter Jakobs lastreia o funcionalismo penal, tido por radical, focado nos fins da pena e na manutenção do sistema.

Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 572), ao distinguir as concepções de Roxin e Jakobs, afirma que:

A diferença mais significativa, no entanto, reside nas referências funcionais mediante as quais atribuem conteúdo aos conceitos. O normativismo teleológico (Roxin) preocupa-se com os fins do Direito Penal, ao passo que o normativismo sistêmico (Jakobs) se satisfaz com os fins da pena, isto é, com as consequências do Direito Penal. Em síntese, a orientação teleológica funcional norteia-se por finalidades político-criminais, priorizando valores e princípios garantistas; a orientação funcionalista sistêmica, por sua vez, leva em consideração somente necessidades sistêmicas e o Direito Penal é que deve ajustar-se a elas.

Roxin faz uma espécie de simbiose entre Direito Penal e Política Criminal, analisando os fins do Direito Penal com foco na proteção de bens jurídicos e na política criminal. Nas palavras de Roxin (2000, p. 82):

Direito penal e política criminal: se se seguir o que demonstrei, não se trata de opostos, como são apresentados pela tradição de nossa ciência. O direito penal é muito mais a forma, através da qual as finalidades político-criminais podem ser transferidas para o modo da vigência jurídica.

Diante do substrato teórico oriundo do pensamento de Claus Roxin, especialmente em relação às funções do Direito Penal como proteção do bem jurídico, é inegável refletir sobre a incidência dos ditames do funcionalismo na execução da pena, em perspectiva prevencionista e ressocializadora.

2 O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE NO DIREITO PENAL

Inicialmente é importante destacar as acepções da culpabilidade e, por conseguinte, buscar delinear um conceito para a coculpabilidade no Direito Penal.

É concepção bastante preconizada na doutrina atribuir ao termo culpabilidade como sendo o juízo de reprovabilidade ou de censura que recai sobre a conduta criminosa. Porém, como lembra Rogério Greco (2016, p. 140-141), o princípio da culpabilidade possui três sentidos fundamentais, sendo a culpabilidade como elemento integrante do conceito analítico de crime; a culpabilidade como princípio medidor da pena; e a culpabilidade como princípio impedor da responsabilidade penal objetiva, ou seja, da responsabilidade penal sem culpa.

A culpabilidade, portanto, integra o conceito tripartite de crime, em uma concepção analítica, sendo aferida após a tipicidade e a ilicitude de um fato terem sido devidamente analisadas.

Também a culpabilidade é considerada de princípio medidor da pena, percorrendo a tríade metodológica que referenda a existência de um crime. Assim, para fixar a pena cabível o julgador deve observar o critério estabelecido no art. 68 do Código Penal (BRASIL, 1940), fixando a pena-base nos termos do art. 59 do Estatuto Repressivo, que se refere às circunstâncias judiciais; prossegue o julgador nas considerações sobre a incidência de circunstâncias atenuantes e agravantes e, por fim, trata das causas de diminuição e de aumento de pena. É justamente no art. 59 do Código Penal (BRASIL, 1940) que se encontra a previsão da culpabilidade como uma das circunstâncias judiciais que devem ser observadas na fixação da pena-base.

Já a culpabilidade como princípio impeditivo da responsabilidade penal objetiva é importante para se estabelecer a imprescindibilidade da responsabilidade penal subjetiva, baseada no dolo ou na culpa, figurando, portanto, a culpabilidade como um princípio de observância cogente visando impedir qualquer burla à exceção que é, em si, o próprio Direito Penal.

A respeito do tema, Henrique Viana Pereira (2020, p. 58) entende que a palavra culpabilidade pode ser utilizada “como um dos pilares do conceito analítico de crime, como elemento para medição da pena, ou como proibição à responsabilidade penal objetiva, este último configurando, especificamente, o sentido do princípio da culpabilidade”.

No que tange à coculpabilidade, Grégore Moura (2006, p. 36-37) a define como sendo:

Um princípio constitucional implícito que reconhece a corresponsabilidade do Estado no cometimento de determinados delitos, praticados por cidadãos que possuem menor âmbito de autodeterminação diante das circunstâncias do caso concreto, principalmente no que se refere às condições sociais e econômicas, gerando consequências práticas não só na aplicação e execução da pena, mas também no processo penal.

Zaffaroni e Pierangeli (2002, p. 525) afirmam que:

[...] há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento de reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma ‘cocolpabilidade’, com a qual a própria sociedade deve arcar.

Portanto, a cocolpabilidade, nesta acepção, nada mais é do que a coculpa estatal decorrente da sua omissão no cumprimento de seus deveres constitucionais, tão visível no Brasil, consistente especialmente em conferir a todos os cidadãos as condições sociais e econômicas mínimas para que possam viver com dignidade. A cocolpabilidade, desta forma, não exclui a responsabilidade do autor, mas permite uma redução da pena sob o fundamento de existência da referida circunstância. Rogério Greco (2016, p. 524-525), ao tratar da cocolpabilidade, afirma que:

Sabemos, como regra geral, a influência que o meio social pode exercer sobre as pessoas. A educação, a cultura, a marginalização e a banalização no cometimento de infrações penais, por exemplo, podem fazer parte do cotidiano. Sabemos, também, que a sociedade premia poucos em detrimento de muitos. [...] A teoria da cocolpabilidade ingressa no mundo do Direito Penal para apontar e evidenciar a parcela de responsabilidade que deve ser atribuída à sociedade quando da prática de determinadas infrações penais pelos seus “supostos cidadãos”. Contamos com uma legião de miseráveis que não possuem um teto para se abrigar, morando embaixo de viadutos ou dormindo em praças ou calçadas, que não conseguem emprego, pois o Estado não os preparou ou qualificou para que pudessem trabalhar, que vivem a mendigar por um prato de comida, que fazem uso de bebida alcoólica para fugir à realidade que lhes é impingida. Quando tais pessoas praticam crimes, devemos apurar e dividir sua responsabilidade com a sociedade.

Entende-se como possível que a cocolpabilidade figure como uma circunstância judicial, aferida quando da fixação da pena-base, especialmente na análise da culpabilidade prevista no art. 59² do Código Penal (BRASIL, 1940), sendo também possível refletir sobre a incidência da cocolpabilidade como circunstância atenuante genérica, conforme prevê o art. 66³ do Código Penal (BRASIL, 1940).

O princípio da individualização das penas possui previsão constitucional, conforme art. 5º, XLVI da CF/88 (BRASIL, 1988), segundo o qual a lei regulará a individualização da pena. Referido princípio tem incidência, a priori, em três fases, quais sejam: fase legislativa, quando o legislador comina a pena a um crime; fase a aplicação da pena, quando o juiz impõe a sanção; e fase da execução penal, quando a pena é efetivamente cumprida.

Conforme adianta Nucci (2017, p. 141), ao tratar dos três momentos para a individualização da pena, temos:

2 Código Penal: Art. 59 - O juiz, atendendo à **culpabilidade**, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: [...]. (BRASIL, 1940, grifo nosso).

3 Código Penal: Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei (BRASIL, 1940).

a) individualização legislativa: cabe ao legislador, quando cria um novo tipo penal incriminador, estabelecer o mínimo e o máximo, em abstrato, previstos para a pena; b) individualização judiciária: compete ao julgador, na sentença condenatória, concretizar a pena, de acordo com as várias circunstâncias previstas em lei; c) individualização executória: a pena aplicada, quando em cumprimento, sofre variações, conforme o desenvolvimento do sentenciado; é possível reduzi-la (reinição, indulto etc.), alterar o regime (progressão ou regressão) entre outros fatores.

A imposição de uma pena deve observar o critério tripartite previsto no art. 68⁴ do Código Penal (BRASIL, 1940), o qual determina a fixação da pena base, que deve atender às circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do estatuto repressivo; em seguida são consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes e, por último, aplicam-se as causas de diminuição e de aumento.

É possível aventar a possibilidade de se reconhecer a coculpabilidade como circunstância judicial prevista no art. 59, quando da aferição do elemento culpabilidade, cabendo lembrar que referido dispositivo legal deve ser associado ao art. 187, §1^o do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), que na primeira fase do interrogatório exige que o acusado deva ser perguntado, dentre outros, sobre suas oportunidades sociais (BRASIL, 1941).

Também dispõe o art. 66 do Código Penal que “A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei” (BRASIL, 1940), tratando-se, portanto, de circunstância atenuante genérica que pode incidir na segunda fase de fixação da pena. É possível que a coculpabilidade figure, nesse contexto, como atenuante genérica. Percebe-se, assim, que é plenamente possível a aplicação da coculpabilidade no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, especialmente quando da condenação de um indivíduo preterido socialmente, figurando a culpa estatal justificativa suficiente para a incidência da atenuante genérica prevista no art. 66 do Código Penal (BRASIL, 1940).

Desta feita, os argumentos para incidência da coculpabilidade no Direito Penal podem resultar em redução da pena, seja no âmbito das circunstâncias judiciais, seja no âmbito da atenuante genérica, conforme delineado.

2.1 A COCULPABILIDADE ÀS AVESSAS

Sem a pretensão de dar cabo ao conteúdo do tema proposto, cabe salientar que a coculpabilidade possui uma vertente conhecida como ‘às avessas’, em situações que escancaram a seletividade do sistema penal, já que ao invés de minorar uma pena em reconhecimento à inércia ou inadimplência estatal, condutas são tipificadas e direcionadas às pessoas marginalizadas,

4 Código Penal – Art. 68. A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento (BRASIL, 1940).

5 Código de Processo Penal: Art. 187. O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos. § 1^o Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, **oportunidades sociais**, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais (BRASIL, 1941, grifo nosso).

como ocorre, por exemplo, na contravenção penal de vadiagem prevista no art. 59⁶ da Lei de Contravenções Penais (BRASIL, 1941) (e também como ocorreu na revogada contravenção penal de mendicância, outrora prevista no art. 60 da LCP – que vigeu até o ano de 2009).

Também se entende como coculpabilidade às avessas o abrandamento das penas por eventuais condutas praticadas pelos detentores do poder econômico, como é o caso, por exemplo, dos crimes tributários⁷, nos quais há previsão de extinção da punibilidade pelo pagamento do débito, inclusive até mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória⁸.

É possível, ainda, atribuir à coculpabilidade às avessas a possibilidade de apenar condutas de forma mais severa, aplicável às pessoas de maior poder econômico que, nos dizeres de Masson (2017, p. 505):

[...] abusam desta vantagem para execução de delitos (tributários, econômicos, financeiros, contra a Administração Pública, etc.), em regra prevalecendo-se das facilidades proporcionadas pelo livre trânsito nas redes de controle político e econômico.

Como exemplos desta última vertente da coculpabilidade às avessas, o art. 76, IV, a), segunda parte⁹, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) considera como circunstância agravante dos crimes nele tipificados se cometido por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima, dispositivo semelhante ao disposto no art. 4º, §2º, IV, a), segunda parte¹⁰, da Lei nº 1.521/51 (Lei dos Crimes contra a Economia Popular) (BRASIL, 1951), ao tratar das circunstâncias agravantes no crime de usura.

Desta feita, a coculpabilidade pode assumir sentido comum, voltado à atenuação da pena em decorrência da corresponsabilidade penal do Estado na conduta dos seus cidadãos; ou às avessas, que tanto serviria para agravar ou criar tipos penais, quanto para abrandar sanções penais de certa parcela de detentores do poder econômico.

6 LCP – Art. 59. Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita (BRASIL, 1941).

7 - Lei nº 9.249/95 - Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia (BRASIL, 1995).

- Código Penal – Apropriação indébita previdenciária - Art. 168-A – [...] §2º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal (BRASIL, 1940).

- Código Penal – Sonegação de contribuição previdenciária - Art. 337-A – [...] §1º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal (BRASIL, 1940).

8 - Lei nº 10.684/03 – Art. 9º, §2º. Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios (BRASIL, 2003).

9 CDC – Art. 76. São circunstâncias agravantes dos crimes tipificados neste código: [...] IV - quando cometidos: a) por servidor público, **ou por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima;** (BRASIL, 1990, grifo nosso).

10 Lei nº 1.521/51 – Art. 4º. [...] §2º. São circunstâncias agravantes do crime de usura: [...] IV - quando cometido: a) por militar, funcionário público, ministro de culto religioso; **por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima;** (BRASIL, 1951, grifo nosso).

3 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL RECONHECIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Estado de Coisas Inconstitucional refere-se a um instituto criado pela Corte Constitucional Colombiana em julgado do ano de 1998¹¹, restando declarado quando a Corte se depara com uma situação de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais que afeta um número amplo de pessoas.

São três os pressupostos principais para que se configure o Estado de Coisas Inconstitucional, quais sejam: situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades.

No ano de 2015, ao julgar a medida cautelar na ADPF 347/DF (BRASIL, 2015), que trata das condições desumanas dos presos brasileiros, o STF inovou ao declarar o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário do país, fazendo surgir, inclusive, a obrigatoriedade do comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão.

Na ocasião do julgamento, o Ministro Marco Aurélio Mello manifestou no sentido de que:

[...] no sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se ‘lixo digno do pior tratamento possível’, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. Daí o acerto do Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, na comparação com as ‘masmorras medievais’ (BRASIL, 2015, 07).

Após a decisão da medida cautelar na ADPF 347 do STF, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou a Resolução nº 213 de 15/12/2015 (BRASIL, 2015), que dispôs, expressamente, sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas, vinculando todo o Poder Judiciário nacional, atendendo, inclusive, ao art. 9º, item 3¹², do Pacto Internacional

11 O Estado de Coisas Inconstitucional foi cogitado pela primeira vez pela Corte Constitucional Colombiana na Sentencia de Unificación 559/1997, que reconheceu omissões estruturais e problemas generalizados para além das partes de um dado processo, em julgado voltado a direitos de professores, mas que logo abriu precedente para o reconhecimento efetivo do Estado de Coisas Inconstitucional referente ao caos do Sistema Carcerário do país, declarado na Sentencia de Tutela 153/98.

12 Art. 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas: Item 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 (BRASIL, 1992a).

de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, bem como o art. 7º, item 5¹³, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) (BRASIL, 1992).

Importante ressaltar que a audiência de custódia tem por finalidade avaliar a prisão que foi realizada e, nas palavras de André Nicolitt (2018, p. 833), a audiência:

[...] tem por escopo exclusivamente a análise da prisão e a verificação de eventual abuso ou tortura. Não há espaço na audiência de custódia para qualquer atividade instrutória. Não se presta o ato ao interrogatório do indiciado sobre os fatos, mas tão somente se examina as circunstâncias e a necessidade da prisão.

No ano de 2019 foi promulgada a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (BRASIL, 2019), com vigência a partir de 23/01/2020, que ficou conhecida como ‘Pacote Anticrime’, alterando, dentre outros, o art. 310 do Código de Processo Penal, que passou a dispor, por lei, que:

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

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

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança (BRASIL, 1941).

Lima (2020, p. 292) dispõe que a audiência de custódia pode ser conceituada como

[...] a realização de uma audiência *sem demora* após a prisão em flagrante (preventiva ou temporária) de alguém, permitindo o contato imediato do custodiado com o juiz das garantias, com um defensor (público, dativo ou constituído) e com o Ministério Público.

Prossegue Lima (2020, p. 294) afirmando que a audiência de custódia tem dois objetivos precípuos, quais sejam:

coibir eventuais excessos como torturas e/ou maus tratos, verificando-se o respeito aos direitos e garantias individuais do preso;

conferir ao juiz das garantias, no caso da prisão em flagrante, uma ferramenta mais eficaz para fins de convalidação judicial, é dizer, ara ter mais subsídios quanto à medida a ser adotada – relaxamento da prisão ilegal, decretação da prisão preventiva (ou temporária), ou concessão da liberdade provisória, com (ou sem) a imposição isolada ou cumulativa das medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 310, I, II e III), sem prejuízo de possível substituição da prisão

13 Art. 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): Item 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, á presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo (BRASIL, 1992b).

preventiva pela domiciliar, se acaso presentes os pressupostos do art. 318 do CPP.

Em recente decisão liminar nos autos da Reclamação nº 29.303/RJ (BRASIL, 2020), datada de 10/12/2020, o Supremo Tribunal Federal, através do Ministro Relator Edson Fachin, decidiu que as audiências de custódia devem abranger todas as modalidades de prisão, e não somente os casos de flagrante delito, abarcando, portanto, as prisões temporárias, preventivas e definitivas.

Assim, resta assentado que todos os poderes da República reconhecem direta ou indiretamente o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, em vergonhosa situação que ainda persiste sob as lentes do Poder Público cuja equivocada, excludente e talvez dolosa política criminal penitenciária faz perpetuar um sistema de objetificação do ser humano privado de liberdade.

4 OS CRITÉRIOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS NA PROGRESSÃO DE REGIMES E A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE NA EXECUÇÃO PENAL

Nos termos acima delineados, o princípio da individualização das penas possui previsão constitucional, conforme art. 5º, XLVI da CF/88 (BRASIL, 1988), segundo o qual a lei regulará a individualização da pena.

Fernando Galvão (2011, p. 120) já adverte que o princípio da individualização da pena:

[...] estabelece que a resposta estatal ao crime deve ser imposta em estrita observância às peculiaridades do fato e da pessoa que é apenada. A reprovação individual decorre do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e significa que a aplicação da pena é trabalho que considera e respeita cada uma das pessoas condenadas.

É certo, como já relevado, que referido princípio deve estar presente, especialmente, em três momentos, quais sejam: na elaboração da norma penal com a definição da infração penal e pena respectiva (critério legislativo); na fixação da pena atendendo aos ditamos previstos no Código Penal (critério judicial) (BRASIL, 1940); e na execução penal como satisfação da pretensão punitiva do Estado (critério executório ou administrativo).

Especificamente sobre a individualização da pena na fase executória (ou administrativa)¹⁴ é que o condenado será alçado à realidade do lastimoso sistema penitenciário à brasileira, com as peculiaridades do cárcere deliberadamente preconizadas e caracterizadora do mais repugnante depósito de pessoas-coisas privadas de liberdade.

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) esculpe em seu art. 5º, incisos XLIX e XLVIII, direitos básicos fundamentais que tem a pretensão de proteger a pessoa privada de liberdade, como o respeito à sua integridade física e moral e o cumprimento das penas em estabelecimentos

¹⁴ Luiz Luisi (1991, p. 39), ao tratar da fase da individualização da pena na execução penal afirma que “Outros preferem chamá-la de individualização executória. Esta denominação parece mais adequada, pois se trata de matéria regida pelo princípio da legalidade e de competência da autoridade judiciária, e que implica inclusive o exercício de funções marcadamente jurisdicionais”.

distintos, atendendo à natureza do delito, à idade e ao sexo do apenado.

O art. 33, §2º do Código Penal (BRASIL, 1940) trata da progressão de regime no cumprimento da pena privativa de liberdade, que deixa expresso a relevância do mérito do condenado na aferição do benefício, observados os critérios definidos no próprio estatuto repressivo¹⁵ e na Lei de Execução Penal (LEP - Lei nº 7.210/84) (BRASIL, 1984), conforme dispõe o seu art. 112.

Após a Lei nº 13.964/19 (BRASIL, 2019), que ficou conhecida como ‘Pacote Anticrime’, houve alteração no critério objetivo para progressão de regime no cumprimento da pena privativa de liberdade, agora havendo previsão de percentuais que variam de 16% a 70%, a depender do tipo de infração (crime comum ou hediondo), primariedade ou reincidência do agente, existência ou não de violência ou grave ameaça à pessoa, ocorrência ou não de morte da vítima, além de critérios específicos como, por exemplo, exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado ou mesmo condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada.

Releve-se que o único critério que permaneceu em fração foi o caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, que ao invés de percentual exige, para progressão de regime, o cumprimento de 1/8 da pena, atendidas os demais requisitos cumulativos previstos no art. 112, §§3º e 4º da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984). Superados estes critérios objetivos, em todos os casos o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, revelando critério subjetivo assente no art. 112, §1º da LEP (BRASIL, 1984).

A fixação de regime de cumprimento da pena privativa de liberdade está expressa no Código Penal, conforme art. 33, §3º, segundo o qual “A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código” (BRASIL, 1940).

Ocorre que a progressão de regime cinge-se aos critérios subjetivos e objetivos previstos expressamente em lei para a concessão do benefício, não restando prevista nenhuma compensação pela miserável e repugnante manutenção do condenado no cárcere brasileiro, marcado pelas sevícias de toda ordem, em sistema claramente decadente e apodrecido, revelador de uma verdadeira fábrica de reincidentes encampados num modo de vida fomentado pelo Estado com sua permanente conduta dolosa e sádica que chama de política criminal. Prova disso é o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, conforme alhures destacado.

É nesse sentido que toda a análise de critérios subjetivos e objetivos para a progressão de regime no cumprimento da pena privativa de liberdade deve ser feita no sentido de se abrandar os requisitos concessivos da progressão, aplicando-se a teoria da coculpabilidade na fase da execução penal permitindo, por consectário, a redução dos rigores relativos aos critérios delineados para a progressão de regime.

Se a fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade deve observar o disposto no art. 59 do Código Penal (que trata das circunstâncias judiciais) (BRASIL, 1940) –

¹⁵ Dispõe o art. 33 e parágrafos do Código Penal (BRASIL, 1940) sobre os regimes fechado, semiaberto e aberto, seus parâmetros de pena para inserção em cada um dos regimes destacados e, ainda, sobre os respectivos locais de cumprimento da reprimenda criminal.

que contém entre seus oito critérios a menção à culpabilidade do agente – e constatado que a pena efetivamente executada é, em termos reais, sumamente superior ao crime cometido (afinal, o condenado deveria perder tão somente a liberdade e não sua completa dignidade) e que o Estado trai seu compromisso com a sociedade ao encampar a exclusividade do *jus puniendi* e fazer deste direito protetivo um Estado de Coisas Inconstitucional, não resta alternativa senão que reconheça sua mea-culpa e estabeleça percentuais para reduzir o tempo da reprimenda, flexibilizando os critérios para a legítima progressão de regime do preso em condições deletérias, como é bem comum nas masmorras das terras tupiniquins.

A questão melindrosa poderia versar sobre o quanto diminuir do critério objetivo e como reduzir o parâmetro subjetivo de progressão de regime de cumprimento da pena.

Sugere-se, para os critérios objetivos, a redução de ao menos 1/8 do parâmetro fixado para progressão de regime, levando em conta a coculpabilidade com base para a atenuação equivalente às oito circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal (BRASIL, 1940), com destaque para uma delas, a culpabilidade. Como lembra Rogério Sanches Cunha (2016, p. 414),

[...] o Código Penal não fixou o *quantum* de aumento para as circunstâncias judiciais desfavoráveis ao sentenciado. Esse montante, portanto, fica a critério do juiz, que deverá sempre fundamentar a sua decisão. A jurisprudência sugere 1/6 para cada circunstância presente; a doutrina, 1/8.

Nesse caso, embora reste sugerida a aplicação do art. 59 do Código Penal (BRASIL, 1940), que trata das circunstâncias judiciais, em analogia *in bonam partem* para incidência no critério objetivo da progressão de regime, não restaria pertinente aplicar o inciso II do art. 59 do *codex*, que só permite a redução dentro dos limites previstos no preceito secundário do tipo penal, em razão da incompatibilidade dentro do tema tratado.

Assim, por exemplo, se um condenado a 5 anos de pena privativa de liberdade por crime praticado sem violência ou grave ameaça, caso seja reincidente em crime cometido sem violência ou grave ameaça, sua progressão de regime ocorrerá com o cumprimento de 20% da pena, conforme art. 112, II da LEP (BRASIL, 1984), ou seja, após 1 ano de cumprimento da pena. Em razão da coculpabilidade constatada pelo Estado de Coisas Inconstitucional do ambiente carcerário brasileiro, estes 20% deveriam ser reduzidos em, pelos menos, 1/8 (um oitavo), em alusão ao art. 59 do Código Penal (BRASIL, 1940), fazendo com que a primeira progressão de regime ocorra com o cumprimento de 10 meses e 15 dias de pena (e não mais 1 ano, como seria).

Ainda, pode-se utilizar o art. 66 do Código Penal (BRASIL, 1940), que trata da circunstância atenuante genérica, também aventada como possível em reconhecimento à coculpabilidade, e como também o estatuto repressivo não dispõe de qualquer parâmetro relativo ao *quantum*, entende-se aplicável a redução em 1/8, tendo por parâmetro o somatório das oito circunstâncias atenuantes do Código Penal previstos no art. 65 e 66 do Código Penal (BRASIL, 1940), resultado na mesma diminuição do exemplo mencionado.

No que tange aos critérios subjetivos, sugere-se a análise dos seus ditames levando em

consideração a coculpa estatal, inclusive no comportamento do condenado, que por vezes não consegue cumprir os ditames da docilização ou infantilização a que é submetido ao ver-se imerso na indignidade carcerária.

Assim, diante da anunciada função ressocializadora da pena e frente à constatação da lastimável situação carcerária, a coculpabilidade incidente na fase da execução penal é fator que pode abrandar o tempo de cumprimento da pena privativa de liberdade incidindo como fator redutor na progressão de regime em analogia ao arts. 59 ou 66 do Código Penal (BRASIL, 1940).

CONCLUSÃO

O funcionalismo penal apresentado pela vertente de Claus Roxin, ligada à política criminal e à proteção ao bem jurídico, permite a reflexão da aplicação de suas ideias para além da tríade que perfaz o conceito estratificado de crime, delineado pelo fato típico, antijurídico e culpável.

Jungindo os preceitos funcionalistas de Roxin ao princípio da individualização da pena, especialmente em sua fase administrativa, que ocorre quando da efetiva execução da pena imposta, é certo que o escopo visado na fase executória, para além da reprovação que remonta ao mero caráter retributivo da pena, tem por foco a prevenção do crime (ao menos teoricamente), como já expressa a parte final do art. 59 do Código Penal (BRASIL, 1940) e, ainda, o art. 1º da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), que deixa expresso como objetivo da execução da pena proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Não obstante os fins formais declarados na norma e na doutrina, o que se percebe na realidade do Brasil é a flagrante violação aos mais mezinhos direitos da pessoa presa, um verdadeiro estado de putrefação de todo o plexo prisional do país, reconhecido, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a liminar da ADPF 347 no ano de 2015 (BRASIL, 2015) e considerar o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

Diante disso, foram delineadas as bases conceituais da coculpabilidade, que reconhece a mea-culpa estatal pelo delito cometido por alguns dos seus cidadãos diante a indignidade de vida a que estão submetidas inúmeras pessoas decorrentes da ausência das mais rasteiras condições de educação, saúde, segurança, moradia, lazer, dentre tantos outros direitos sociais que são preteridos pelo Estado ao não oportunizar a mais reles dignidade aos seus.

A aplicação da coculpabilidade foi aventada, inicialmente, para incidir como circunstância judicial favorável ao acusado, em leitura reversa da culpabilidade do art. 59 do Código Penal (BRASIL, 1940), possibilitando uma redução da pena base. Também foi refletida sobre a incidência da coculpabilidade como circunstância agravante genérica, prevista no art. 66 do Código Penal (BRASIL, 1940), que igualmente permite a redução da pena.

Ocorre, porém, que nada se tem falado sobre a indignidade do cárcere como fator de redução dos critérios objetivos e subjetivos para a progressão do regime de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Nesse contexto, foram trazidas reflexões como forma de provocar o debate em torno do tema e permitir que a coculpabilidade figure como um fator que incida sobre os critérios objetivos e subjetivos de progressão de regime no cumprimento da pena para que o Estado seja responsabilizado e reconheça sua mea-culpa pela lástima do sistema prisional, reduzindo o tempo para que o preso galgue a progressão de regime.

É certo que a jurisprudência ainda é recalcitrante em reconhecer a coculpabilidade na fase de aplicação da pena, não se cogitando ainda na fase de execução. Porém, diante das funções do Direito Penal, do princípio da individualização das penas, do reconhecido Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional brasileiro, das reflexões em torno da coculpabilidade e da sua possível incidência na progressão de regime de cumprimento da pena privativa de liberdade, nada mais salutar do que provocar reflexões sobre a responsabilidade constitucional e legal do Estado em conferir dignidade aos seus e, diante de sua desídia, que compense as falhas, em formato corresponsável, minorando as consequências do cárcere àqueles cuja pena suplanta a perda da liberdade.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <https://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17637/material/Direito%20Penal%20I%20-%20Cesar%20Roberto%20Bitencourt.pdf>. Acesso em: 6 dez. 2021.

BRANDÃO, Cláudio (coord.). **Teoria jurídica do crime**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. (Coleção: Ciência Criminal Contemporânea, v. 1).

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 126, n. 191-A, p. 1-32, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 dez. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015**. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade no prazo de 24 horas. [S. l.]: CNJ, 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/04/resoluo-n213-15-12-2015-presidencia.pdf>. Acesso em: 6 dez. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 19696, 13 out. 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em: 6 dez. 2021.

BRASIL. Justiça e Segurança Pública. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 157, n. 248-A, p. 1, 24 dez. 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm. Acesso em: 6 dez. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal.

Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 2391, 31 dez. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 6 dez. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, p. 19699, 13 out. 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 6 dez. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, p. 10227, 13 jul. 1984. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 6 dez. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça. Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003. Altera a legislação tributária, dispõe sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social e dá outras providências. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, p. 1, 30 maio 2003. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.684.htm. Acesso em: 6 dez. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, p. 1, 12 set. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 6 dez. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça. Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, p. 22301, 27 dez. 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19249.htm. Acesso em: 6 dez. 2021.

BRASIL. **Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992.** Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, 1992a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em:

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, p. 15562, 09 nov. 1992b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 6 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental (AG. REG.) 29.303/RJ.** DECISÃO: 1. Por meio da petição n. 106824/2020, a Defensoria Pública da União postula a extensão dos efeitos da liminar anteriormente concedida que, ad referendum do E. Plenário desta Corte, determinou ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro a realização, no prazo de 24 horas, de audiência de custódia em todas as modalidades prisionais, inclusive temporárias, preventivas e definitivas. Recorrente: Defensoria Pública da União. Procurador: Defensor Público Geral da União. Relator: Min. Edison Fachin, 15 dez. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345288707&ext=.pdf>. Acesso em: 6 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347/DF.** Custodiado – integridade física e moral – sistema penitenciário – arguição de

descumprimento de preceito fundamental – adequação. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. Sistema penitenciário nacional – superlotação carcerária – condições desumanas de custódia – violação massiva de direitos fundamentais – falhas estruturais – estado de coisas inconstitucional – configuração [...]. Recorrente: Partido Socialismo e Liberdade - PSoL. Procurador: Advogado-Geral da União. Relator: Min. Marco Aurélio, 9 set. 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 6 dez. 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral**. 4 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

GALVÃO, Fernando. **Direito penal: parte geral**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 18 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime: Comentários à Lei nº 13.964/19**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. v 1.

MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no direito penal**. Niterói: Impetus, 2006.

NICOLITT, André. **Manual de processo penal**. 7 ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Henrique Viana. **Teoria da incapacidade penal da pessoa jurídica**. Belo Horizonte: Editora Expert, 2020.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Como citar: PEREIRA, Henrique Viana; RODRIGUES, Glaison Lima. Funcionalismo de roxin na execução penal: a relevância do princípio da coculpabilidade na progressão de regimes diante do estado de coisas inconstitucional. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 3, p.228-244, dez. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n3p.228. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 20/10/2021

Aceito em: 30/08/2022

DOCTRINA PENAL NAZISTA: A DOGMÁTICA PENAL ALEMÃ ENTRE 1933 A 1945

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Doutrina penal nazista**: a dogmática penal alemã entre 1933 a 1945. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. p. 127-154

João Pedro Ayrosa¹

Nesta obra recentemente traduzida por Rodrigo Murad do Prado e publicada pela editora Tirant lo Blanch, o professor argentino Eugenio Raul Zaffaroni se insere em uma tradição de estudos sobre a dogmática penal nazista, seu contexto e autores. Segue na linha daquela que pode ser apontada como a obra pioneira nesta linha: “*Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo*”, do professor espanhol Francisco Muñoz Conde, o qual é, inclusive, responsável pelo prefácio da obra aqui discutida.

Ao contrário do que pode parecer ao início, o livro não se limita a descrever as tentativas de criação de uma dogmática ao gosto do *Führer*, mas aborda a realidade jurídico penal da época em três dimensões: o contexto político envolvendo os juristas alemães da época, a dogmática penal desenvolvida e os reflexos desta após o fim do nazismo, principalmente na América Latina. Em especial, aqui será abordado o capítulo 5 da obra, intitulado “o nazismo e a tradição neokantiana”.

Inicia-se o capítulo a partir da recepção da dogmática penal neokantiana na América Latina após a Segunda Guerra Mundial. Por meio da contextualização política da época, o autor torna de fácil compreensão as razões da decadência do discurso penal racista do positivismo anteriormente hegemônico na região, vinculando-a à alteração do centro de poder das oligarquias regionais para os governos populistas e à perda de prestígio de teorias explicitamente racistas ao fim da segunda guerra.

Assim, retrata a dogmática penal alemã que aportava como uma “rajada de ar fresco”, como um instrumental novo que permitia a formulação de novas respostas para intrincados problemas dogmáticos da época. Mais que isso, o novo sistema importado era uma injeção de racionalidade, era uma manifestação do direito penal como ciência pura. E aqui se nota a inteligência na estruturação da obra, pois quem a lê se questiona como poderia tal dogmática, originária de um sistema marcado pela irracionalidade e pelo racismo, ser vista como algo cientificamente asséptico. Com base nisso, o autor inicia a análise do sistema neokantiano

Descreve-se o surgimento do dito sistema como uma resposta ao positivismo perigosista italiano, que buscava, em suas manifestações extremas, a subordinação do direito penal à criminologia. Assim, os autores alemães neokantianos se empenharam em desvincular o direito penal desta, isolando-o em um campo teórico. Para tanto, valeram-se da separação entre ciências naturais e ciências culturais, colocando a criminologia entre aquelas e o direito penal, nestas.

Após explanar o contexto do nascimento, Zaffaroni esboça a característica essencial de

¹ Aluno do quarto ano da graduação de direito (UEL). Email: joaobayrosa@gmail.com

tal doutrina: a busca de dar ordenamento às coisas do mundo por meio do valor, tratando-se, logo, de uma ciência referida a valores. Também passa por algumas contribuições dogmáticas de autores liberais do neokantismo, responsáveis por contribuições imorredouras à ciência penal, como a descoberta dos elementos subjetivos do tipo, por Mayer e Hegler, e as construções de uma culpabilidade normativa, por Goldschmidt.

Porém, com a chegada do nazismo ao poder em 1933, os penalistas liberais *são* afastados de suas cátedras e, em alguns casos, obrigados a fugir, e inicia-se o desenvolvimento de um sistema que tinha centro valorativo os ideais nazistas. Neste ponto, *é traçado* um quadro das consequências da cooptação do sistema pelo nazismo, como a visão de que o trabalho dogmático *é* um esforço feito para ajudar o *Führer*.

Mas, ao não ignorar as “guerras dogmáticas” dentro da própria ciência jurídica nazismo, deixa Zaffaroni transparecer de forma clara as razões da produção de alguns autores: não apenas uma identificação com os ideais nazistas, mas também a necessidade de oferecer as melhores respostas *às necessidades do regime*, em comparação com outras escolas - no contexto, principalmente em decorrência da tensão entre os neokantianos e a escola de Kiel, outro grupo de penalistas que buscava, de forma ainda mais radical, dobrar as construções penais à serviço do nacional-socialismo. Como expressa o professor argentino: “A verdade é que este ataque (de Kiel) forçou o neokantismo penal a redobrar seus esforços para *interpretar* da melhor maneira possível e conforme os valores do *Führer* a terrível legislação penal a que nos referimos antes [...]” (ZAFFARONI, 2019, p. 135).

Como exemplo de doutrinador que produziu neste contexto e da recepção de sua obra posteriormente, o autor cita Edmund Mezger, penalista muito conhecido na América Latina em razão da difusão de sua obra como um dos mais avançados desenrolares da dogmática penal da *época*. Como bem explica Zaffaroni, a recepção de sua obra como algo cientificamente neutro se deu de forma premeditada, pois, após o final da guerra, Mezger buscou dissimular seu envolvimento teórico com o nazismo por meio de um manto de assepsia científica. Assim, explica-se como foi possível por tanto tempo sustentar que construções oriundas do nazismo fossem vistas como neutras.

No campo das categorias dogmáticas, há duas exposições principais. Em primeiro lugar, as construções de Kohlrasuch, Sauer e, principalmente, Mezger. O autor *não se limita, porém, a descrever* os desenvolvimentos dogmáticos, como, por exemplo, a possibilidade de aplicação da pena integral em casos de erro de proibição a partir da teoria do dolo cego proposto por Mezger. Antes, busca demonstrar que tais construções são consequência da aplicação dos valores nazistas ao sistema neokantiano de direito penal, destacando o alto grau de moralismo e antissemitismo incutido neles e completamente recepcionado pelos juristas. Em outras palavras, o texto busca explicitar como os doutrinadores penais neokantianos reconstruíram a teoria do delito a partir dos valores ordenadores do nazismo, valendo-se de um sistema regido por valores para adaptá-lo aos ideais nazistas.

Em um segundo momento, aborda os autores de uma vertente específica do neokantismo,

chamada escola de Marburgo, para ilustrar a “guerra dogmática” da época, tendo em vista que polemizam diretamente com a escola de Kiel. E aqui surge a justificativa para o trabalho de análise do contexto histórico e a recusa em tratar apenas dos aspectos dogmáticos: Zaffaroni reconhece que, ao fim e ao cabo, os resultados alcançados pela utilização do direito penal edificado por ambas a escola seria o mesmo, qual seja, um sistema totalitário e racista, sendo mais interessante para a compreensão do fenômeno entender a lógica por trás dos sistemas jurídicos do que seus resultados.

Doutrina penal nazista é uma obra importante para se entender como se deu a produção dogmática penal nos anos do nacional socialismo, bem como de que forma ela influenciou vários setores da ciência jurídico penal latina. Portanto, recomenda-se a leitura a todos os profissionais da área das ciências criminais e estudantes, sendo um tema que ainda pode ser campo para inúmeras pesquisas.

Recebido em: 14/07/2020

Aprovado em: 30/08/2022

RENÚNCIA À NACIONALIDADE BRASILEIRA: DIREITO FUNDAMENTAL À APATRIDIA VOLUNTÁRIA

RODRIGUES, Paulo Cesar Villela Souto Lopes. **Renúncia à nacionalidade brasileira: direito fundamental à apatridia voluntária**. Belo Horizonte, Fórum, 2019. 258p.

Ariadne Celinne de Souza e Silva ¹

Esta resenha tem por objeto o livro: *Renúncia à nacionalidade brasileira: direito fundamental à apatridia voluntária* de autoria de Paulo Cesar Villela Souto Lopes Rodrigues. O autor é mestre e doutor em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e juiz federal convocado no gabinete do Ministro Luís Roberto Barroso no Supremo Tribunal Federal (STF). O livro resulta da tese de doutorado do autor.

O título da obra já nos convida à leitura, visto que é um tema não comumente tratado na doutrina brasileira. Intriga-nos a possibilidade de renunciar à nacionalidade brasileira para permanecer em situação de apatridia, tese defendida pelo autor.

A situação de apatridia, não ter a nacionalidade reconhecida por qualquer Estado, no campo de direito internacional, em especial no direito internacional dos direitos humanos, está em regra associada às violações de direitos humanos, e a condição de vulnerabilidade das pessoas que são consideradas apátridas.

Em uma realidade que campanhas internacionais combatem à situação de apatridia de milhões de pessoas, vislumbrar a possibilidade do direito fundamental de renunciar à nacionalidade brasileira para se manter em situação de apatridia causa estranhamento. Desta forma, logo nas primeiras páginas, deparamo-nos com a originalidade e solidez esperada de uma tese de doutorado.

A obra é dividida em cinco capítulos: Capítulo 1: Nacionalidade, nação e nacionalismo; Capítulo 2: A nacionalidade; Capítulo 3: A Nacionalidade no Direito Brasileiro; Capítulo 4: Fundamentação da Renúncia à nacionalidade brasileira; Capítulo 5: Apatridia.

No primeiro capítulo: “Nacionalidade, nação e Nacionalismo” o autor em extensa pesquisa apresenta conceitos sociológicos, jurídicos e filosóficos e define a nacionalidade, em seu sentido jurídico, como o vínculo que liga um indivíduo a um Estado soberano. Além disso, traz fundamentos históricos e debates contemporâneos relacionados ao tema.

Como exemplo, a história de Elke Maravilha, que era naturalizada brasileira, mas nos anos 1970, durante o regime civil militar, teve sua naturalização cancelada e passou a condição de apátrida, e assim permaneceu até o fim de sua vida. A artista não readquiriu a nacionalidade brasileira como forma de protesto diante das arbitrariedades do governo militar, viveu e trabalhou no Brasil como estrangeira regular.

No segundo capítulo: “A nacionalidade” são expostas diversas teorias doutrinárias do

¹ Advogada. Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (PPGD/UFMS). Especialista em Direito Civil Pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Email: ariadnecelinne@outlook.com

direito de nacionalidade, suas vertentes como tema de direito internacional público e privado, constitucional e civil. O autor adota o direito de nacionalidade como um direito fundamental e como tema do direito internacional privado.

O autor distingue nacionalidade de cidadania, definindo cidadania como estatuto jurídico-político com tripla dimensão: jurídica, psicológica e política, por conferir direitos, a noção de pertencimento e o direito à participação política no Estado. Enquanto no sentido sociológico é a aptidão para o exercício de direitos no Estado de Direito: direito a ter direitos, aponta, inclusive a distinção que no sentido jurídico uma criança não é cidadã, enquanto no sentido sociológico, uma criança sempre será cidadã.

Neste capítulo há ampla exposição da nacionalidade no direito comparado, além de seus princípios norteadores. Como pano de fundo o direito a renunciar à nacionalidade de um país e permanecer em condição de apatridia, visto que a partir do princípio da inconstrangibilidade, o indivíduo não pode ser obrigado a adquirir uma nacionalidade.

No terceiro capítulo “A nacionalidade no direito brasileiro” a nacionalidade brasileira, os critérios para adquiri-la, o autor afirma que a renúncia pura e simples à nacionalidade brasileira, sem a aquisição de outra nacionalidade, não é reconhecida pelo ordenamento positivo brasileiro, mas é conhecida pelo direito comparado e pelo direito convencional. Para o autor, diante da ausência de previsão constitucional para a renúncia pura e simples, caberia no Brasil a fundamentação da renúncia no princípio da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, CRFB/88), para proteção da autonomia do indivíduo.

Esta fundamentação é explanada no capítulo 4: “Fundamentação da Renúncia à nacionalidade brasileira”, o autor classifica o direito à nacionalidade como direito fundamental de segunda dimensão, pois dele decorrem direitos à prestação do Estado, como o direito à proteção diplomática e o direito de não ser expulso do país. Para o autor, tratar as pessoas com dignidade inclui o direito de liberdade, o direito de fazer escolhas:

Assim, tratar as pessoas com dignidade significa, entre outras coisas, reconhecê-lhes o direito de fazer escolhas pessoais e segui-las, desde que estas escolhas não afetem as escolhas, a liberdade e a dignidade de terceiros. Respeitar as escolhas, nestes moldes, é respeitar a autonomia das pessoas, como parte do conteúdo da dignidade humana. E respeitar a autonomia é reconhecer que os indivíduos têm o direito de empreender seus projetos pessoais, além de realizar suas escolhas existenciais, a partir de suas próprias compreensões do que seja uma vida boa. O contrário é revelado pelo paternalismo, consistente na suposição de que o Estado tem de proteger o indivíduo de si próprio (RODRIGUES, 2019, p. 206).

Para o autor, a renúncia à nacionalidade brasileira, classificar-se-ia como renúncia ao exercício do direito fundamental, e destaca que a nacionalidade brasileira perdida poderia sempre ser readquirida, para isso sustenta seu argumento na decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na Extradução nº 441, em que o tribunal entendeu que a nacionalidade originária sempre será readquirida como originária.

Desta forma, o autor ressalta que o indivíduo ao se colocar voluntariamente na condição de apátrida exerce legitimamente sua autonomia. Quanto ao argumento de que o indivíduo colocar-se-ia em condição de vulnerabilidade, argumenta que no Brasil o apátrida é protegido pelo regime jurídico do estrangeiro regular, e por isso, seus direitos fundamentais seriam protegidos minimamente.

No Capítulo 5, o autor explica a situação de apatridia e a proteção internacional e nacional assegurada aos indivíduos nesta condição. Por fim, esclarece que no Brasil não há previsão de autorização expressa para o indivíduo colocar-se voluntariamente em situação de apatridia, mas salienta que o que não se encontra expressamente proibido, deve ser permitido. Desta maneira, uma possível negativa administrativa da renúncia livremente manifestada, pode ser judicializada, podendo o Poder Judiciário emitir provimento declaratório e constitutivo reconhecendo a perda da nacionalidade brasileira.

O autor conclui que a renúncia à nacionalidade brasileira pode ser compreendida como efetivo exercício de direito fundamental, e em sentido estrito como o não exercício de determinadas prerrogativas próprias do direito.

Recomenda-se a leitura desta obra, pois traz uma robusta pesquisa quanto ao direito à nacionalidade e o autor estabelece um diálogo com o leitor, respondendo as questões levantadas ao decorrer das páginas com clareza e precisão. Ademais, a tese defendida pelo autor é original e causa inquietações desde as primeiras linhas, mantendo o leitor envolvido com a questão até as últimas páginas da leitura. Esta obra seria uma excelente aquisição para a biblioteca de estudantes e pesquisadores da área jurídica.

Recebido em: 03/02/2021

Aprovado em: 30/08/2022