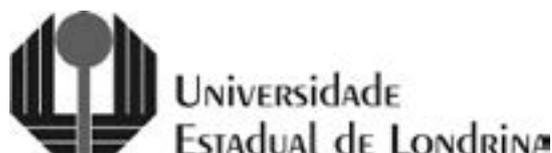




UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA



Revista do
DIREITO PÚBLICO



REITOR

Prof.º. Dr.º. Sérgio Carlos de Carvalho

VICE-REITOR

Prof. Dr. Décio Sabbatini Barbosa

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

Pró-Reitor: Prof. Dr. Amauri Alcindo Alfier

Diretora de Pós-Graduação: Prof.ª. Silvia Marcia Ferreira Meletti

Diretor de Pesquisa: Prof. Arthur Eumann Mesas

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS

Diretora: Prof.ª. D.ª. Tânia Lobo Muniz

Vice-Diretor: Prof. Daniel da Silva Barros

Chefe do Departamento de Direito Privado: Profa. Ms. Marília Salerno

Chefe do Departamento de Direito Público: Profa. Ms. Nélia Edna Miranda Batisti

CURSO DE MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL

Coordenador: Prof. Dr. Elve Miguel Cenci

Vice-Coordenador: Prof.ª. 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, 2020-.v.2 ; 29 cm.

Quadrimestral.

Descrição baseada em: v. 15, n.2, mai./ago. (2020).

ISSN: 1980-511X (online).

I. 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 EM DIREITO
NEGOCIAL

DEPARTAMENTO DE
DIREITO PÚBLICO



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA



ISSN 1980-511X (eletrônico)
Revista do Direito Público da UEL
Volume 15, número 2, ago. 2020

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)
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

Ângelo Ricardo Christoffoli	Santa Catarina
Carlos Alberto das Neves Bolonha	Rio de Janeiro
Carlos Maurício Lociks de Araújo	Distrito Federal
Cristina Godoy Bernardo de Oliveira	São Paulo
Daiane Moura de Aguiar	São Paulo
Edilton Meireles de Oliveira Santos	Bahia
Fernando César Costa Xavier	Roraima
Geziela Iensue	Mato Grosso do Sul
Gustavo José Mendes Tepedino	Rio de Janeiro
Juliane Caravieri Martins	Minas Gerais
Lucas Galvão de Britto	São Paulo
Marcelo Negri Soares	Rio de Janeiro
Marcelo Pereira Almeida	Rio de Janeiro
Nelson Finotti Silva	São Paulo
Roberto de Freiria Estevão	São Paulo
Rogério Mollica	São Paulo
Rubens Beçak	São Paulo
Sergio Urquhart de Cademartori	Santa Catarina
Yvete Flávio da Costa (em memória)	São Paulo

ASSESSORIA TÉCNICA
Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)

Alana Tiosso, Amanda Machado Sorgi, Bruna Faria, Gabriela Amorim Paviani, Laudicena Ribeiro, Natali Silvana Zwaretch, Luiz Gustavo Campana Martins, Mylena de Souza Santos, Raíssa Fabris de Souza e Vítor Gabriel Garnica

SUMÁRIO | CONTENT

EDITORIAL.....	8
OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO: DO FENÔMENO DE PERSONALIZAÇÃO À CLÁUSULA GERAL DE DIREITO DA PERSONALIDADE.....10	
PERSONALITY RIGHTS IN BRAZILIAN LAW: FROM THE PERSONALITY PHENOMENON TO THE GENERAL CLAUSE OF PERSONALITY LAW	
<i>Valéria Silva Galdino Cardin e Mariana Franco Cruz</i>	
A (IN)VISIBILIDADE DAS MINORIAS NA (DES)CONSTRUÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: DEMOCRACIA E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO DA NOVA FACE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS POPULAÇÕES LGBTQ+27	
THE (IN)VISIBILITY OF MINORITIES IN THE CONSTRUCTION OF PUBLIC POLICIES: DEMOCRACY AND EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE CONTEXT OF THE NEW FACE OF PUBLIC ADMINISTRATION AND LGBTQ+ POPULATIONS	
<i>Arthur Ramos do Nascimento e Fernando de Brito Alves</i>	
A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE NEIL MACCORMICK: DIMENSÃO NORMATIVA, RACIOCÍNIO PRÁTICO E JUSTIFICAÇÃO DAS DECISÕES JURÍDICAS49	
NEIL MACCORMICK’S THEORY OF LEGAL ARGUMENTATION: NORMATIME DIMENSION, PRACTICAL REASONING AND JUSTIFICATION OF LAW DECISIONS	
<i>Teresinha Inês Teles Pies</i>	
A ATUAÇÃO DO BANCO CENTRAL DO BRASIL NA SUPERAÇÃO DA CRISE BANCÁRIA: UMA ANÁLISE DOS REGIMES ESPECIAIS DE INTERVENÇÃO71	
THE ROLE OF BRAZIL’S CENTRAL BANK IN OVERCOMING THE BANKING CRISIS: AN ANALYSIS OF SPECIAL INTERVENTION SYSTEMS	
<i>Eduardo Silveira Frade e Hamilton da Cunha Iribure Júnior</i>	
A NOVA LEI GERAL PARA AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL – LEI N.º 13.848/201991	
THE NEW GENERAL LAW FOR REGULATORY AGENCIES IN BRAZIL – LAW N.º 13.848/2019	
<i>Danilo Vieira Vilela</i>	
A CONTRIBUIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DAS RELAÇÕES SOCIAIS116	
THE CONTRIBUTION OF PUBLIC PROSECUTORS TO THE JUDICIALIZATION OF POLITICS AND SOCIAL RELATIONS	
<i>José Filomeno de Moraes Filho e Fabiana Costa Lima de Sá</i>	
OS CONSÓRCIOS INTERMUNICIPAIS: ENTRE BARREIRAS E POTENCIALIDADES.....135	
THE INTERMUNICIPAL PARTNERSHIPS: BETWEEN BARRIERS AND POTENTIALITIES	
CONSTRUCCIONES INTERMUNICIPALES: ENTRE BARRERAS Y POTENCIALIDADES	
<i>Érika Loureiro Borba e Dênis Renato de Oliveira</i>	

BULLYING NA ESCOLA: DE QUEM É A RESPONSABILIDADE PELA COIBIÇÃO DESTA PRÁTICA?.....	155
BULLYING IN SCHOOLS: WHO IS RESPONSIBLE?	
<i>Amadeus de Sousa Lima Neto e José Weidson de Oliveira Neto e Romualdo Flávio Dropa</i>	
CONCESSÃO LIMINAR DA TUTELA DA EVIDÊNCIA EM MANDADO DE SEGURANÇA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA	177
PRELIMINARY CONCESSION OF RELIEF BASED ON PRIMA FACE EVIDENCE WITHIN A WRIT OF MANDAMUS ON TAX MATTERS	
<i>Sergio Torres Teixeira e Enéas César Douetts Alves</i>	
AVERBAÇÃO PRÉ-EXECUTÓRIA: A (IN)CONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL DA LEI N.º 13.606/18	195
PRE-EXECUTORY REGISTRATION: THE FORMAL AND MATERIAL (IN) CONSTITUTIONALITY OF LAW N.º 13.606/18	
<i>José da Silva Alves Junior e Bruno Teixeira de Paiva</i>	
RESENHAS.....	219
FRONTEIRA: A DEGRADAÇÃO DO OUTRO NOS CONFINS DO HUMANO.....	219
FRONTIER: THE DEGRADATION OF THE OTHER IN THE HUMAN CONNECTIONS	
<i>Patrícia Rodrigues da Silva</i>	
LAS ESFERAS JURÍDICAS DE DOS MUNDOS: BINOMIO POSESIÓN-DOMINIO....	222
<i>Eder Fernandes Monica</i>	

EDITORIAL

Ainda sob o impacto da pandemia, que continua atrapalhando as atividades acadêmicas em todo o mundo, conseguimos, com o esforço de todos os nossos colaboradores, apresentar a nova edição da Revista do Direito Público.

Apresentamos a edição de agosto de 2020 (v. 15, n. 2) da Revista do Direito Público.

Esta edição é constituída por textos elaborados por autores de nosso estado, Paraná, e de todo o Brasil, com temas relacionados aos direitos da personalidade, minorias e políticas públicas, atuação do Ministério Público, Filosofia do Direito, Direito Administrativo – nos temas das autarquias, consórcios e agências reguladoras – responsabilização do Estado e educação e Direito Tributário.

Em relação aos direitos da personalidade, o trabalho “*Os direitos da personalidade no Direito brasileiro: Do fenômeno de personalização à cláusula geral de direito da personalidade*” analisa o artigo 12 do Código Civil à luz do neoconstitucionalismo, identificando-o enquanto uma cláusula geral do direito da personalidade.

Explorando a temática das minorias e das populações LGBTQ+, o trabalho “*A (in)visibilidade das minorias na desconstrução das políticas públicas: Democracia e efetivação dos direitos fundamentais no contexto da nova face da administração pública e as populações LGBTQ+*” propõe a análise da teoria democrática na elaboração de políticas públicas para a população LGBTQ+, diante da ampliação, nos últimos anos, dos movimentos sociais minoritários.

O estudo “*A contribuição do Ministério Público para a judicialização da política e das relações sociais*” reflete a respeito do papel do *Parquet* diante da discussão sobre a judicialização da política e das relações sociais. A pesquisa parte do papel atribuído pela Constituição ao Ministério Público e explora a atuação ministerial como autor de ações de controle de constitucionalidade e ações civis públicas.

No estudo da Filosofia do Direito, o artigo “*A teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: Dimensão normativa, raciocínio prático e justificação das decisões jurídicas*” parte da teoria proposta por Neil MacCormick para analisar a justificação argumentativa, a interpretação das normas jurídicas e as decisões judiciais.

Na área do Direito Administrativo, o estudo “*A atuação do Banco Central do Brasil na superação da crise bancária: Uma análise dos regimes especiais de intervenção*” tematiza a importância do Banco Central no sistema financeiro e no controle de crises econômicas

relacionadas ao sistema econômico nacional.

O trabalho “*A nova lei geral para as agências reguladoras no Brasil: Lei n.º 13.848/19*” analisa as vantagens da recente Lei 13.848/19 para os investimentos no Brasil, uma vez que, até então, as agências reguladoras, apesar de constituídas desde as reformas da Administração Pública da década de 90, não possuíam lei geral com regras específicas que delimitassem a sua atuação.

Ainda no Direito Administrativo, o artigo “*Os consórcios intermunicipais: Entre barreiras e potencialidades*” debruça-se sobre o estudo da celebração de consórcios entre municípios, apontando as barreiras e potencialidades encontradas por estes entes federados na busca conjunta pela efetivação de interesses comuns, prestação de serviços públicos e desenvolvimento local.

Com pauta nos temas da responsabilidade civil, responsabilização do Estado e direito à educação, o estudo “*Bullying na escola: De quem é a responsabilidade pela coibição desta prática?*” aponta a responsabilização da família, da escola e também do Estado na coibição dos atos de *bullying* entre crianças e adolescentes no ambiente escolar, a fim de efetivar de forma plena o direito à educação.

Por fim, dois trabalhos aqui veiculados estudam temas de Direito Tributário. O primeiro deles, “*Concessão liminar da tutela da evidência em mandado de segurança em matéria tributária*”, enfoca a aplicação da tutela de evidência, prevista pela legislação processual, ao mandado de segurança em assuntos tributários, buscando analisar a possibilidade da concessão dessa tutela processual para suspensão do crédito tributário, à luz das normas do Código Tributário Nacional.

O segundo, “*Averbação pré-executória: A (in)constitucionalidade formal e material da Lei n.º 13.606/18*”, por sua vez, propõe estudo constitucional da recente Lei n.º 13.606/18, que passou a viabilizar o exercício da averbação pré-executória pela Fazenda Pública. A pesquisa analisa, assim, os limites dos mecanismos estatais para a satisfação do crédito tributário diante dos princípios e garantias constitucionais do contribuinte.

Nesta edição, a revista conta ainda com duas resenhas, que analisam as obras “*Fronteira: a degradação do Outro nos confins do humano*”, de José de Souza Martins e “*Las esferas jurídicas de dos mundos: Binomio posesión-dominio*”, de Guillermo Suárez Blázquez.

Esperamos que apreciem a leitura de nosso segundo volume deste ano e que as pesquisas divulgadas aqui fomentem novos estudos.

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti

Agosto de 2020

**OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO DIREITO
BRASILEIRO: DO FENÔMENO DE PERSONALIZAÇÃO À
CLÁUSULA GERAL DE DIREITO DA PERSONALIDADE**

PERSONALITY RIGHTS IN BRAZILIAN LAW: FROM THE
PERSONALITY PHENOMENON TO THE GENERAL CLAUSE OF
PERSONALITY LAW

Valéria Silva Galdino Cardin*
Mariana Franco Cruz**

* Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Lisboa; Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP); Docente da Universidade Estadual de Maringá (UEM) e no Doutorado e Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR); Pesquisadora e Bolsista Produtividade em Pesquisa do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI); Advogada no Paraná
E-mail: valeria@galdino.adv.br

**Mestranda em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR); Pós-Graduada em Direito Público pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR); Pós-Graduada em Direito Público pela Escola da Magistratura do Paraná (EMAP); Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade Potiguar (UnP); Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA); Tabela
E-mail: marianafrancoc@hotmail.com

Como citar: CARDIN, Valéria Silva Galdino; CRUZ, Mariana Franco. Os direitos da personalidade no Direito brasileiro: do fenômeno de personalização à cláusula geral de direito da personalidade. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 2, p. 10-26, ago. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n2p. 10. ISSN: 1980-511X

Resumo: A consagração dos direitos de personalidade no Código Civil brasileiro de 2002 é consequência de uma série de transformações sociais e jurídicas operadas ao longo dos séculos XIX e XX, que culminaram na concepção de que o novo centro do ordenamento jurídico é a pessoa humana, circunstância que gera um processo de personalização do direito. Com isso, o Direito Civil aos poucos perde o seu caráter eminentemente patrimonialista e passa a ser orientado pela Constituição Federal de 1988. Hodiernamente, os direitos de personalidade estão expressamente previstos a partir do artigo 11 do Código Civil de 2002, entretanto, à luz do neoconstitucionalismo, ainda insta reconhecer o artigo 12 do referido diploma como uma cláusula geral de direito da personalidade. Para tanto, a presente pesquisa utilizou o método teórico, fundamentado na análise e revisão bibliográfica de obras, artigos científicos, doutrina e jurisprudência aplicáveis ao caso.

Palavras-chave: Direitos da personalidade. Dignidade humana. Despatrimonialização. Personalização. Positivção.

Abstract: The implementation of personality rights in the Brazilian Civil Code of 2002 is the result of a series of social and legal transformations throughout the nineteenth and twentieth centuries, culminating in the conception that the new center of the legal order is the human person, a circumstance that personalizes

law. With this, Civil Law gradually loses its patrimonial characteristic and is guided by the Brazilian Federal Constitution of 1988. In Brazil, article 11 of the Civil Code of 2002 establishes personality rights, however, in light of *neoconstitutionalism*, article 12 of the code defines personality law's general clause. In this way, this research utilizes the theoretical method, based on the analysis and bibliographical revision of works, scientific articles, legal doctrines and jurisprudence.

Keywords: Personality Rights. Human dignity. Despatrimonialization. Personalization; Positivation.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo demonstrar o ingresso da categoria de direitos de personalidade no ordenamento jurídico brasileiro, o momento jurídico que permitiu tal construção e a sua positivação pelo Código Civil brasileiro de 2002. A temática se faz relevante na medida em que a positivação dos direitos da personalidade inaugura uma nova fase do Direito Civil, denominado de personalização ou despatrimonialização.

O caminho para que os direitos da personalidade passassem a integrar o Direito pátrio foi possível graças ao ambiente jurídico proporcionado pelo surgimento e pela consolidação do Estado Social que, calcado na dignidade da pessoa humana, deu início a um processo de despatrimonialização do Direito Civil. Processo este que se tornou possível em razão da assunção da pessoa como centro do ordenamento jurídico nas cartas constitucionais promulgadas ao redor do mundo após a Segunda Guerra Mundial.

Paralelamente, o foco do Direito Civil, no atendimento desta nova ordem constitucional, passa a ser a proteção do indivíduo, não apenas no campo das relações entre os particulares, mas também nas relações destes com o Estado. Em resposta a esse movimento, de maiores garantias individuais, em que a pessoa assume um papel preponderante em relação ao patrimônio, surge a categoria dos direitos da personalidade.

Com o objetivo de enfrentar o tema, tratar-se-á, primeiramente, da relação entre os direitos de personalidade e a dignidade da pessoa humana, apontando o processo de despatrimonialização ou personalização do Direito Civil e a eleição da pessoa humana como núcleo do ordenamento jurídico. Em seguida, passa-se a uma breve noção acerca dos direitos de personalidade. A par disso, aponta-se a previsão dos direitos de personalidade no Código Civil brasileiro de 2002, onde o artigo 12 figura como verdadeira cláusula geral de tutela da personalidade humana.

Para tanto, foi utilizado o método teórico, fundamentado na análise e revisão bibliográfica de livros, artigos científicos, periódicos, notícias, doutrina e jurisprudência aplicáveis ao caso e pertinentes para a propositura de soluções acerca da temática.

2 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Ao abordar o tema concernente aos direitos de personalidade, se faz necessário, essencialmente, situar tal questão dentro de um dado panorama histórico, visto que qualquer análise jurídica que não tenha como base a realidade em que se impõe, levando em conta somente aspectos científicos, mostrar-se-á falha, como bem observa Amaral (2003, p. 110-111), é impossível:

Uma perfeita compreensão do fenômeno jurídico, principalmente do Direito Civil, sem recurso à investigação histórica, que permite identificar os fatores que nele vêm influenciando, ao longo do seu processo de formação, principalmente os que

se verificam no seu estágio atual, de significativas mudanças.

Para tanto, procurar-se-á apontar brevemente o modelo ideológico em que se encontrava a sociedade e, conseqüentemente, o direito vigente, quando da inserção desta categoria de direitos no ordenamento jurídico. Tal premissa se mostra basilar para o desenvolvimento do presente artigo, pois é a partir dela que se poderá corroborar o motivo pelo qual construiu-se a categoria dos direitos de personalidade e o alcance que tais direitos assumem atualmente no direito pátrio.

Deve-se atentar, ainda, para alguns aspectos. Primeiramente, ao falar de direitos de personalidade, é necessário relacioná-los com o direito constitucional, pois como demonstrar-se-á, este último representa a base sob a qual se sustentam os primeiros. De outro lado, há que se ter em mente os novos valores que levaram à criação e à concretização desta categoria de direitos, denominada direitos da personalidade. A par desta noção histórica, pode-se então desenvolver a questão da construção de tais direitos como formas de proteção dos valores essenciais da pessoa humana.

2.1 Os Novos Aspectos do Direito Civil: Despatrimonialização e Personalização

Enquanto base jurídica do ordenamento de todas as sociedades, o Direito Civil experimentou, desde o seu surgimento, com o Direito Romano, diversas modificações e adaptações frente ao desenvolvimento da sociedade. Como não poderia deixar de ser e, como instrumento voltado a disciplinar as relações travadas pelo homem, sua evolução é constante, desenvolvendo-se à luz das novas realidades criadas pelo homem¹.

Atualmente², vivencia-se no Direito Civil um momento de superação do modelo ideológico e social e a inauguração de uma nova fase e visão, conforme bem colocado por Moraes (2003, p. 64):

O sistema de Direito Civil vive hoje um momento de profundas incertezas e indefinições. O descompasso existente entre, de um lado, seus conceitos essenciais, a parte fundante de sua dogmática, provenientes do Direito romano e reelaborados pela Pandectista, e, de outro, o contexto completamente diferente – talvez mesmo oposto – em que tais conceitos permanecem sendo invocados, gera uma verdadeira crise de identidade.

Este rompimento traz consigo uma série de transformações as quais o direito contemporâneo vem procurando se adaptar. Dentre estas alterações, destaca-se como a mais

1 Ihering (2002, p. 30), ilustra como perfeição a evolução constante do direito: “Não podemos deixar de reconhecer que, tal qual a língua, também o direito realiza uma evolução involuntária e inconsciente, ou, para usar a expressão orgânica, que se processa de dentro para fora.”

2 Embora já se decorram dezesseis anos de promulgação do Código Civil de 2002, vivemos quase um século sob a égide do Código Civil de 1916, fundado em valores voltados para a proteção do patrimônio. Ainda que a Constituição Federal de 1988 tenha trazido como fundamento a dignidade da pessoa humana e que o novo Código Civil tenha sido inspirado por esses valores, a modificação prática e a realização efetiva de tais direitos não é automática. É nesse sentido que se emprega a palavra “atualmente”.

significativa, àquela que culminou em um processo de despatrimonialização do Direito Civil.

Para bem compreender tal fenômeno, deve-se ter em mente que a ideologia inspiradora dos códigos civis dos séculos XIX e XX adveio da Revolução Francesa, ou seja, do individualismo jurídico liberal que estabeleceu, dentre outras coisas, a tríade sob a qual se orientou o Direito Civil moderno (liberdade, igualdade e patrimônio) e a dicotomia entre direito privado e direito público. Sintetiza Radbruch (1997, p. 252-253) de forma bastante clara as concepções de direito privado e público sob a perspectiva do Estado Liberal:

Para o liberalismo o direito privado é o coração de toda a vida jurídica e o direito público, pelo contrário, apenas uma leve moldura que deve ser de protecção ao primeiro particularmente ao direito de propriedade. E na verdade, se a declaração dos direitos do homem e do cidadão, de 1789, via na Coroa apenas um poder revogável, delegado pela nação no interesse de todos e não do monarca, via, por outro lado, na propriedade privada, um direito natural, sagrado, inviolável e imprescritível. O soberano absoluto não fazia mais do que ceder o seu lugar no trono ao capital absoluto.

Conforme afirma Amaral (2003, p. 69), a dicotomia entre direito público e privado representou um dos postulados básicos do Estado Liberal, sendo que a separação entre tais ramos de direito correspondia à separação existente também entre os sistemas da política e da economia, com outra característica, a da abstenção do Estado em intervir na segunda.

Portanto, o que se vislumbrava era um Direito Civil que procurava ao máximo se afastar do direito público, sob o argumento de protecção da liberdade do indivíduo, mas cujo objeto era a protecção do patrimônio de forma absoluta. O fracasso do modelo liberal e o advento do Estado Social romperam com essa estrutura, traçando um novo paradigma para o Direito Civil contemporâneo.

Isso porque o modelo do Estado Social continha valores diversos daqueles que sustentavam o liberalismo. Por óbvio, estas alterações também refletiram no direito, em especial, na distinção existente entre o direito público e o privado, pois, como coloca Radbruch (1997, p. 256), “dentro de uma ordem jurídica de carácter social o direito público e o privado não se acham ao lado um do outro, separados por uma fronteira rigorosa. Pelo contrário, tendem a confundir-se e invadir-se reciprocamente”.

Dessa forma, o alicerce do Direito Civil, focado essencialmente no patrimônio, transmuta-se e passa a ter como enfoque a pessoa humana, passando então, da patrimonialização à personalização. Com a despatrimonialização³, aduz Perlingieri (2002, p. 33), ocorre uma tendência normativo-cultural em que o ordenamento opta entre o personalismo (a superação do indivíduo) em detrimento do patrimonialismo (a superação da patrimonialidade como fim em si mesma, do positivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores).

O Direito Civil, então, abandona o seu carácter patrimonialista e firma-se como um

3 A doutrina, por vezes, se refere ao fenômeno da despatrimonialização com outros termos, como socialização, publicização e humanização.

“direito personalista⁴, na medida em que tem por objetivo a proteção da pessoa e dos seus interesses de ordem familiar e patrimonial”. (AMARAL, 2003, p. 110). Assim, é de se perceber que esta mudança tão significativa em um dos pilares fundamentais do Direito Civil não se deu de forma repentina, mas resultou de um longo processo em que o mundo passou por intensas modificações sociais e morais, tais como as advindas da Segunda Guerra Mundial e do surgimento do Estado Social de Direito. Segundo Gebran Neto (2002, p. 46):

Desde a Declaração dos Direitos do Homem até o advento da Segunda Guerra Mundial prevaleceu no mundo ocidental uma concepção de Estado liberal, com restrições à ação estatal e um catálogo mínimo de direitos e garantias individuais. Após a Segunda Guerra ocorre uma mudança paradigmática, voltando-se as cartas constitucionais para modelos democráticos e social-democráticos, estabelecendo direitos fundamentais.

Então, com o surgimento do Estado Democrático de Direito, a figura da pessoa humana desloca-se para o centro do ordenamento jurídico e tem-se a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana⁵ nas cartas constitucionais advindas do período posterior à Segunda Guerra Mundial. Destaca também Lotufo (2006, p. 25) que as mudanças ocorridas no Direito Civil em razão do fenômeno de redemocratização do mundo após a Segunda Guerra:

Muitas matérias relativas à pessoa humana acenderam, neste período, em nível Constitucional, sendo necessário, portanto, uma ampla reforma de concepção do Direito Civil, bem como uma reestruturação dos Códigos Civis. Surge um descompasso e a necessidade de um novo estudo, o que muitos autores, entre estes, Joaquim Arce Florez-Valdes, na Espanha, Ana Prata, em Portugal, Marc Frangi e Pierre Kayser, na França, Pietro Perlingieri e Antonio Badassare, na Itália, chamaram de Direito Civil Constitucional, pregando a inteligência do Direito Civil tendo como centro não mais o Código Civil, mas a Constituição dos respectivos países.

A partir do momento em que a dignidade da pessoa humana adquire *status* constitucional e passa a ser o princípio orientador de todo sistema, rompe-se, automaticamente, com toda a estrutura ideológica sob a qual se fundava o Direito Civil que, em decorrência do personalismo, passa a ter como fundamento ideológico, na expressão de Larenz (1978, p. 45), a pessoa humana.

Desta forma, destaca-se que somente a partir do surgimento do Estado Democrático de Direito é que se pôde falar em processo de personalização do ordenamento jurídico, em

4 Quando se aduz que o Direito Civil assume uma visão personalista deve-se levar em conta que esta visão vai ser assumida em todo o ordenamento jurídico e não apenas no Direito Civil. Isso porque, com o fim da dicotomia entre direito público e privado, o Direito Civil será orientado também de acordo com os valores de direito público trazidos pela Constituição. De outro lado, o fato de o Direito Civil assumir a concepção personalista não significa uma adoção de noção individualista de sociedade e sim a partir de uma noção de pessoa inserida numa comunidade.

5 Claro é o conceito de princípio da dignidade da pessoa humana apontado por Szaniawski, (2005, p. 143): “O princípio da dignidade da pessoa humana pode ser vislumbrado sob dois aspectos. De um lado, representa uma qualidade substancial do ser humano. A dignidade como sendo a expressão da essência da pessoa humana, e de outro, o fundamento da ordem política e de paz social, revelando-se uma fonte de direitos”.

direitos fundamentais e, posteriormente, em direitos de personalidade. Estes quatro pontos: Estado Democrático de Direito; caráter personalista do direito; direitos fundamentais e direitos de personalidade se inter-relacionam e se pressupõem, o que culmina numa ordem lógica, onde a falta de um dos elementos implica na inexistência do subsequente.

Porquanto, o Estado Democrático de Direito implica que a pessoa seja tida como centro de todo ordenamento jurídico e que receba uma efetiva tutela de seus direitos, que se traduzem na garantia dos direitos fundamentais do homem. De outro lado, não se pode conceber direitos de personalidade sem que exista uma tutela efetiva dos direitos fundamentais. Também é nesse sentido a posição de Oliveira; Muniz (1979), que visualizam não ser possível a concepção de uma tutela efetiva dos direitos da personalidade desconexa com a proteção dos direitos humanos, uma vez que somente no Estado de Direito esta proteção alcança real concretização.

Conforme Larenz (1978, p. 96), a Constituição passa a ter fundamental importância para a interpretação e para o desenvolvimento do direito privado, à medida que não se limita apenas a regular a organização do Estado, mas também a estabelecer princípios gerais de direito, os quais delimitam a área de atuação de todos os ramos de direito⁶. Em vista disso, há que se ter em mente que as Constituições Democráticas no Estado Social se transformam em fundamento do ordenamento jurídico, o que significa que o Direito Civil passa a ser orientado de acordo com os princípios e os valores elencados nestes documentos.

2.2 A Pessoa Como Centro do Sistema Jurídico: O Novo Paradigma Do Direito Civil

Decorre do pensamento da Igreja Social Cristã o pioneirismo com relação à concepção de uma dignidade pessoal, pertencente a cada indivíduo, a qual se desenvolveu na filosofia moderna e se consolidou como atributo de valor absoluto e inerente ao homem⁷. De igual modo é a explicação de Silva (2000, p. 177), quanto ao favorecimento, no pensamento cristão, do desenvolvimento da dignidade da pessoa humana:

O cristianismo primitivo continha uma mensagem de libertação do homem, na sua afirmação da dignidade eminente da pessoa humana, porque o homem é uma criatura formada à imagem de Deus, e esta dignidade pertence a todos os homens sem distinção, o que indica uma igualdade fundamental de natureza entre eles.

Destaca Camargo (2006, p. 46) que a tradição cristã e a filosofia kantiana representam as duas grandes correntes das quais a dignidade retira toda a sua riqueza de conteúdo:

6 No original: “La Ley Fundamental no se ha limitado a regular la organización del Estado Federal, sino que contiene, ante todo en la parte relativa a los derechos fundamentales y también en otras secciones, principios jurídicos generales que vinculan a los tribunales como derecho de vigencia inmediata”. (LARENZ, 1978, p. 96).

7 O constitucionalista português Canotilho (1996, p. 502) indica o pensamento cristão e o surgimento da noção dos direitos naturais como precursores da ideia que culminou nos direitos fundamentais do homem: “As concepções cristãs medievais, especialmente o direito natural tomista, ao distinguir entre *lex divina* e *lex positiva*, abriram o caminho para a necessidade de submeter o direito positivo às normas jurídicas naturais, fundadas na própria natureza dos homens”.

A doutrina cristã foi a grande responsável pelo surgimento da noção de dignidade humana no mundo ocidental. Apesar de alguns de seus elementos terem sido formulados pela Escola Estoicista, é no Cristianismo que o conceito de pessoa, como ser dotado de dignidade, encontra suas raízes. Com o surgimento do Iluminismo, no século XVIII, que substituiu a religião pelo homem, colocando-o no centro do sistema de pensamento, destaca-se o pensamento de Immanuel Kant, pioneiro na formulação da concepção moderna de dignidade humana. É na filosofia Kantiana que esta noção encontra seu suporte filosófico fundamental, assim como a sua concepção humanista e universalista.

Tem-se então, que é a modificação do conceito de pessoa, ligado à dignidade, que permitiu ao homem ser colocado no centro de todo pensamento moderno. Para melhor demonstrar tal evolução, é essencial recorrer ao pensamento desenvolvido pelo doutrinador alemão Larenz (1978, p. 44), segundo o qual, a pessoa deve ser entendida como um conceito ético fundamental que se traduz num personalismo ético, sendo este a base ideológica do Código Civil. Leciona o referido autor que:

Esta consideración que el código civil hace del ser humano como persona nacida, por así decirlo, se hace comprensible, junto con todas las consecuencias que de ello se derivan, solamente sobre el fondo de una comprensión del hombre según la cual la condición de persona es cualidad que distingue al hombre sobre todos los demás seres vivientes. Con ello se considera que el hombre, de acuerdo con su peculiar naturaleza y su destino, está constituido para configurar libre y responsablemente su existencia y su entorno en el marco de las posibilidades dadas en cada caso, para proponerse objetivos e imponerse a sí mismo límites en su actuación (LARENZ, 1978, p. 45).

Esta noção de homem, continua Larenz (1978, p. 46), decorre da manifestação do personalismo ético enunciado por Kant, onde o homem, enquanto fim em si mesmo, representa um imperativo ético fundamental do ordenamento:

Los seres irracionales tienen solamente un valor relativo, como medios y, por ello, se llaman cosas; en cambio, los seres racionales son llamados personas, pues su naturaleza les distingue ya como fines en sí mismos, esto es, algo que no está permitido. De ello se sigue que todo ser humano tiene frente a cualquier otro el derecho de ser respetado por él como persona, a no ser perjudicado en su existencia (la vida, el cuerpo, la salud) y en un ámbito propio del mismo y que cada individuo está obligado frente a cualquier otro de modo análogo.

Assenta ainda Larenz (1978) que o personalismo ético atribuí ao homem, precisamente porque é pessoa, um sentido ético, um valor em si mesmo, não simplesmente como meio para outros fins, e, neste sentido, uma dignidade. De tal modo, o ser humano, exatamente porque é pessoa, possui dignidade, sendo esta a característica que o distingue de todos os demais seres irracionais. Como o direito é voltado para homem e este possui como característica distintiva

a qualidade de ser pessoa, deve o direito se orientar para garantir a sua dignidade, sendo este o fundamento ideológico de todo o sistema jurídico.

Tendo como base essa ideia de pessoa é que as Constituições dos Estados Democráticos começaram a estabelecer os direitos fundamentais do homem, dentre os quais se encontra o da dignidade da pessoa humana.⁸ Considerando que Direito Civil, até o advento destas cartas constitucionais, tinha como fundamento ideológico a proteção do indivíduo (e não da coletividade), sob uma ótica patrimonial, viu-se a necessidade da releitura deste ramo do direito, fato que culminou no processo de constitucionalização do Direito Civil. (CANOTILHO, 1996). Tal processo representa a superação da dicotomia entre o direito público e o privado, pois a aplicação de ambos é orientada para o mesmo fim: a proteção da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, postula Lorenzetti (1998, p. 253) que:

A Constituição tem disposições de conteúdo civilista aplicáveis ao âmbito privado. Igualmente, tem em seu seio as normas fundamentais da comunidade, a sua forma de organizar-se, às quais se remete permanentemente o Direito Privado. De outro ponto de vista, o Direito Privado é Direito Constitucional aplicado, pois nele se detecta o projeto de vida em comum que a Constituição tenta impor, o Direito Privado representa os valores sociais de vigência efetiva.

Perlingieri (2002, p. 45), segue o mesmo raciocínio:

O Direito Civil não se apresenta em antítese ao Direito Público, mas é apenas um ramo que justifica por razões didáticas e sistemáticas, e que recolhe e evidencia os institutos atinentes com a estrutura da sociedade, com a vida dos cidadãos como titulares de direitos civis. Retorna-se às origens do Direito Civil como direito dos cidadãos, titulares de direitos frente ao Estado. Neste enfoque, não existe contraposição entre privado e público, na medida em que o Direito Civil faz parte de um ordenamento unitário.

A partir desta nova visão, em que o Direito Civil e direito público, obrigatoriamente, se inter-relacionam, é que irá se desenvolver a teoria relativa aos direitos de personalidade, tendo como plano de fundo a dignidade da pessoa humana.

3 DA POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 Breve Noção Acerca dos Direitos da Personalidade

⁸ Oportuno colocar a relação existente entre os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, como aponta Camargo (2006): “É indiscutível a existência de uma relação de dependência entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. Ao mesmo tempo em que os direitos fundamentais surgiram como uma exigência da dignidade de proporcionar um pleno desenvolvimento da pessoa humana, é certo também que somente através da existência desses direitos a dignidade poderá ser respeitada, protegida e promovida. Por esta razão, a exigência de cumprimento e promoção dos direitos fundamentais, encontra-se estritamente vinculada ao respeito à dignidade da pessoa humana”.

Ao abordar o tema atinente aos direitos de personalidade é de se colocar, conforme apontado por Tepedino (2004), que tal categoria de direitos é fruto de elaboração teórica originária das doutrinas francesa e germânica da segunda metade do século XIX, ou seja, é categoria jurídica relativamente recente. Em razão disso, perdura ainda uma grande dificuldade em se estabelecer um conceito unívoco de tal categoria de direitos, visto que subsistem discussões quanto à natureza de tais direitos e mesmo quanto ao seu alcance.

Diante da necessidade de procurar traçar uma noção dos direitos de personalidade, tem-se que atentar para alguns aspectos. O primeiro deles refere-se à abrangência que o conceito de personalidade humana assume em nosso sistema jurídico e, o segundo, de que os direitos de personalidade visam garantir a sua tutela. Quando se fala em personalidade no âmbito do direito, deve-se levar em conta as acepções que podem assumir tal termo.

De tal modo, num primeiro momento, o termo “personalidade” traduz-se na possibilidade de a pessoa ser sujeito de direito, ou seja, de ser titular de direitos e obrigações. A personalidade aqui equivale à capacidade, onde a pessoa figura como o elemento subjetivo das situações jurídicas. De outro lado, a personalidade deve ser entendida como o “conjunto de características e de atributos da pessoa humana” (TEPEDINO, 2004, p. 41) e, nesse sentido, a personalidade não pode ser vista como um direito, mas como um valor fundamental do ordenamento. No entender de Dantas (1979 apud TEPEDINO, 2004, p. 28):

Quando falamos em direito de personalidade, não estamos identificando aí a personalidade com a capacidade de ter direitos e obrigações; estamos então considerando a personalidade como um fato natural, como um conjunto de atributos inerentes à condição humana; estamos pensando num homem vivo e não nesse atributo especial do homem vivo, que é a capacidade jurídica em outras ocasiões identificado como a personalidade.

Os direitos de personalidade visam proteger a personalidade em sua segunda acepção, ou seja, como valor, onde a pessoa não representa apenas o elemento subjetivo da relação jurídica, mas também o seu elemento objetivo, conforme defende Perlingieri (2002, p. 155):

A esta matéria não se pode aplicar o direito subjetivo elaborado sobre a categoria do “ter”. Na categoria do “ser” não existe a dualidade entre sujeito e objeto, porque ambos representam o ser, e a titularidade é institucional, orgânica. Onde o objeto da tutela é a pessoa, a perspectiva deve mudar, torna-se necessidade lógica reconhecer, pela especial natureza do interesse protegido, que é justamente a pessoa a constituir ao mesmo tempo o sujeito titular do direito e o ponto de referência objetivo de relação.

Destarte, a noção de personalidade que enseja proteção é justamente àquela em que esta é vista como um valor que decorre do próprio ser humano, como sintetiza Amaral (2003, p. 141):

A personalidade é, então, o instituto básico do Direito Civil, e a pessoa, o seu núcleo fundamental. O direito protege-a e garante-lhe a reprodução e a

conservação, por meio dos direitos de personalidade, do direito de família e do direito patrimonial. O instituto da personalidade, compreende, assim, as normas sobre o princípio e o fim da existência, qualificação e exercício dos direitos das pessoas físicas e jurídicas.

A par da noção de personalidade, pode-se, então, partir para a busca de uma definição dos direitos relativos à mesma. Portanto, os direitos de personalidade abrangem os direitos que são considerados essenciais à pessoa humana, no que se refere a sua dignidade, ou dito de outra forma, os direitos de personalidade são aqueles que visam tutelar os atributos decorrentes da personalidade enquanto valor. Quanto ao alcance dos direitos de personalidade, discorre De Cupis (2004, p. 24):

Existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse pelo indivíduo – o que equivale dizer que se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São esses os chamados direitos essenciais, com os quais se identificam precisamente os direitos de personalidade.

Por sua vez, Gomes (1997, p. 151), relata a dificuldade de estabelecer um conceito acerca dos direitos de personalidade, afirmando que tal definição deve levar em conta o objeto de tais direitos:

A diversidade dos conceitos na doutrina atesta a dificuldade de formulação, agravada pela circunstância de ser heterogênea a categoria dos direitos de personalidade e convertida sua fundamentação. Noção mais clara obtém-se mediante delimitação de seu objeto em termos perfeitamente admissíveis. Constituem-no os bens jurídicos em que se convertem projeções física ou psíquicas da pessoa humana, por determinação legal que os individualiza para lhes dispensar proteção.

Para Rodrigues (2003, p. 61), direitos de personalidade são àqueles “inerentes à pessoa humana e, portanto, a ela ligados de maneira perpétua e permanente”, não podendo existir um ser humano sem direito à vida, por exemplo. Já Pereira (1999, p. 152), aduz que, a par dos direitos economicamente apreciáveis, outros há, não menos valiosos, merecedores de amparo e proteção da ordem jurídica atinente à própria natureza humana.

Certo é que os conceitos apresentados pela doutrina se assemelham na medida que colocam os direitos de personalidade como direitos que visam tutelar a pessoa humana no que se refere a seus atributos. Atributos estes que decorrem da personalidade entendida como valor, onde o objeto e o sujeito de tais direitos residem na própria pessoa.⁹

⁹ Gomes (1997, p. 151) discorda desta visão em que o sujeito e o objeto dos direitos de personalidade se confundem e residem na própria pessoa. Afirma o referido autor “Não é a personalidade, por outro lado, objeto desses direitos, visto que, sendo o pressuposto de todos os direitos, em si mesma não é um direito e muito menos objeto de qualquer relação”. Para o autor, o objeto desses direitos seria constituído de bens jurídicos, os quais seriam enunciados pela lei, e que não se confundiriam com a personalidade, que jamais poderia ser objetos desses direitos. É de se observar que a posição de Orlando Gomes foi calcada sob a ótica patrimonialista do Direito Civil, onde o objeto da relação

3.2 Os Direitos Da Personalidade No Código Civil De 2002

O Código Civil brasileiro de 1916 não previa expressamente os direitos de personalidade e tão somente lançava alguns meios indiretos de proteção de direitos relativos à pessoa humana. Já o Código Civil de 2002¹⁰, construído sob uma ótica distinta do anterior, representou um grande avanço no que se refere à tutela da personalidade humana, ao contemplar um capítulo próprio para tratar dos direitos de personalidade, o Capítulo II, do Livro I, da Parte Geral, composto pelos artigos 11 a 21. Neste contexto, Doneda (2003, p. 35), destaca a importância dessa inovação no Código Civil de 2002:

O Código Civil brasileiro dedica todo um capítulo aos direitos de personalidade, categoria à qual o legislador se refere pela primeira vez. Sua posição, na parte geral do código, reflete uma mudança paradigmática do Direito Civil, que se reconhece como parte de um ordenamento cujo valor máximo é a proteção da pessoa humana. A esta constatação segue uma reelaboração da dogmática civilista, na qual os direitos de personalidade desempenham importantíssimo papel fundamental.

Pinto (2003, p. 8) também se refere à inovação do Código Civil brasileiro, como algo que deve ser saudado, acentuando sua relevância em face do texto constitucional:

A consagração no Código Civil desses direitos marca, com a chancela do legislador, o acolhimento e a recepção dos “direitos do Homem” no diploma fundamental do direito privado. Estes, que já eram direitos fundamentais perante o poder público – reconhecidos, pelo menos, desde a época das grandes declarações de direitos e, se estendiam também às relações privadas por força das próprias disposições constitucionais que os consagravam, passam agora a ter, consagrado na lei, um “equivalente” civilístico, através do qual se haverá de processar, em primeira linha, a recepção e a atuação das correspondentes valorações constitucionais neste domínio.

No Código Civil brasileiro, os direitos de personalidade podem ser divididos em dois grupos: em tutela geral de personalidade¹¹, constante do art. 12¹² e direitos especiais de

jurídica deveria representar necessariamente um bem jurídico externo à pessoa humana. Segundo Tepedino (2004), esta visão não mais se justifica e consolidado está o fato de que os direitos de personalidade têm por objeto a própria pessoa do sujeito.

10 Lotufo (2006, p. 28) destaca a ideologia que inspirou o Código Civil de 2002, tornando-o Código aberto e fundado no indivíduo e na coletividade: “Este Código, pelas suas próprias raízes metodológicas e filosóficas, não tem a aspiração de ser um Código fechado. É um Código que está embutido do que o professor Miguel Reale chamou de princípio da socialidade, ou seja, todos os valores do Código encontram um balanço entre o valor do indivíduo e da sociedade. Não exacerba o social e, ao mesmo tempo, procura em todas as regras não exacerbar o individualismo”.

11 Oportuna é a definição de Larenz (1978, p. 161) quanto ao direito geral de personalidade: “Ha de entenderse por derecho geral de la personalidad el derecho al respeto, a la no lesión de la persona en todas sus manifestaciones inmediatas dignas de protección (tales como lo declarado oralmente o escrito por la misma) y en la esfera privada e íntima, substraída a la curiosidad y a la inoportunidad de otros sin que con ello se dé ya una delimitación terminante y segura”.

12 Embora a maioria dos autores entenda que a cláusula geral de personalidade no Código Civil brasileiro seja representada apenas pelo art. 12, Tepedino (2004) coloca que o art. 21 também é uma cláusula geral de personalidade.

personalidade, dos artigos 13 a 21, onde se encontram algumas tipificações específicas de alguns desses direitos. Especial atenção deve ser dada quando da interpretação do art. 12, que prevê a possibilidade de cessão de ameaça ou de lesão à direito de personalidade. Tal artigo teve como inspiração o art. 70 do Código Civil português¹³, que prevê, expressamente, uma cláusula geral de tutela da personalidade humana¹⁴. Assim, o art. 12 se constituiria, também, em uma cláusula geral de tutela da personalidade humana.

Contudo, a doutrina brasileira diverge quanto a esta questão. Enquanto alguns autores entendem que o art. 12 constitui-se em cláusula geral de personalidade, outros apontam que o referido artigo não conseguiu atingir o alcance constante do art. 70 do Código Civil português, não podendo, então, ser entendido como cláusula geral de tutela da personalidade humana.

Na esteira daqueles que defendem o art. 12 do Código Civil brasileiro como cláusula geral de personalidade estão Tepedino (2004, p. 36) e Szaniawski (2005, p. 179). Para os autores, a leitura do referido artigo não pode ser feita de maneira isolada, apenas à luz do Código Civil, e em cotejo com a Carta Constitucional de 1988, pois é onde reside o seu fundamento: o princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, a partir de uma leitura civil-constitucional, o art. 12 do Código Civil brasileiro de 2002 representaria uma cláusula geral infraconstitucional de tutela da personalidade humana.

Como assevera Tepedino (2004, p. 37):

Ambos dispositivos (artigos 12 e 21), lidos isoladamente no âmbito do corpo codificado, não trazem grande novidade, sendo certo que a vida privada é constitucionalmente inviolável e que qualquer lesão ou ameaça de lesão possibilita a correspondente tutela jurisdicional. Os preceitos ganham, contudo, algum significado se interpretados como especificação analítica da cláusula geral de tutela da personalidade prevista no Texto Constitucional nos arts. 1º, III (a dignidade humana como valor fundamental da República), 3º, III (igualdade substancial) e 5º, §2º (mecanismo de expansão do rol de direitos fundamentais). A partir daí, deverá o intérprete romper com a ótica tipificadora do Código Civil, ampliando a tutela da pessoa humana não apenas no sentido de admitir uma ampliação de hipóteses de ressarcimento mas, de maneira muito mais ampla, no intuito de promover a tutela da personalidade mesmo fora do rol de direitos subjetivos previstos pelo legislador codificado.

13 Quanto à influência do Código Civil português, destaca Pinto (2003, p. 7): “Um primeiro aspecto em que é flagrante a aproximação entre ambos os diplomas é o que respeita a localização das normas sobre direitos de personalidade no sistema do Código. A matéria encontra-se no Código Civil brasileiro logo nos artigos 11 a 21, no Capítulo II, do Título I (Pessoas naturais) da Parte Geral. Em Portugal, a localização é a correspondente à secção II do capítulo do Código Civil português relativo às pessoas singulares da Parte Geral (dentro do subtítulo relativo às pessoas e do título da relação jurídica). É igualmente patente que as opções do legislador brasileiro se aproximaram muito do Código português quanto à extensão e, mesmo, à estrutura da regulamentação. Assim, ambos os Códigos dedicam um número aproximado de artigos ao tema (onze artigos no Código brasileiro - artigos 11 a 21 - e doze no Código português - artigos 70 a 81). Além disso, ambos os diplomas se limitam a regular aspectos comuns aos direitos de personalidade, e, apenas, alguns direitos de personalidade em especial, em relação aos quais se entendeu que havia pontos a necessitar do esclarecimento legislativo.”

14 Quanto a questão coloca Sousa (1995, p. 104): “O vigente Código Civil português incorpora no art. 70.º uma cláusula geral de tutela geral de personalidade humana, pela qual a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física e moral”.

De outro lado, Pinto (2003, p. 15), pontua que o Código Civil brasileiro se distancia do Código Civil português exatamente porque não consagrou um direito geral de personalidade:

Uma diferença que chama imediatamente a atenção entre as disciplinas de ambos os Códigos reside, na verdade, no facto de o Código Civil Brasileiro não ter consagrado expressamente uma cláusula de proteção ou “tutela geral da personalidade” [...]. Enquanto o Código Civil Português abre o regime dos direitos de personalidade através desta previsão de uma “tutela geral de personalidade”, o Código Civil Brasileiro refere-se, pois, logo a “direitos de personalidade”.

Segundo o autor retro, a previsão constante no art. 12 do diploma brasileiro não contém a indeterminação necessária para prever uma fundamentação positiva do direito geral de personalidade. Todavia, assegura que o direito brasileiro permite a complementação, no que se refere à proteção dos direitos de personalidade, por outros ramos do direito, e até mesmo, por construções doutrinárias e jurisprudenciais, como ocorre no direito português. Sendo que esta complementação se dá a partir da concepção de personalidade como valor (PINTO, 2003, p. 15).

Portanto, é de se concluir que a falta de consagração de um direito geral de personalidade no ordenamento pátrio não significa uma falha que não possa ser remediada através de outros mecanismos, não prejudicando a proteção efetiva de tais direitos. Dessa forma, a existência ou não de um direito geral de personalidade no Código Civil brasileiro não implica em um desamparo do nosso direito com relação à proteção da personalidade humana no âmbito do Direito Civil.

Pelo contrário, como a interpretação dos artigos constantes do Código Civil tem que ser feita de acordo com os princípios da Constituição, pode-se dizer que a consagração de tais direitos representa a introdução de comandos normativos abertos, o que era impensável no Código anterior, por força do ideal positivista em que fora construído.

Com isto, o legislador possibilita uma ampla proteção à personalidade humana, pois a abertura de tais comandos permite que eles sejam aplicados no decorrer do tempo, disciplinando as possíveis novas situações que poderão surgir sem que se tenha um esvaziamento dos mesmos. Acima disso, é forçoso mencionar que se entende como presente no direito brasileiro uma cláusula geral de personalidade consagrada no art. 12 do Código Civil.

CONCLUSÃO

Com o presente artigo pretendeu-se demonstrar o panorama jurídico-histórico que permitiu a inserção dos direitos de personalidade no Código Civil brasileiro de 2002. Entende-se que a compreensão desse panorama é de grande valia não apenas no trato dos direitos de personalidade, mas também para a compreensão dos valores que passaram a sustentar o movimento que culminou no fenômeno da constitucionalização do direito.

A Constituição Federal de 1988 representou a ruptura com o Estado Liberal para a

assunção do Estado Social, onde o indivíduo e, não mais o patrimônio, passou a ocupar o centro do ordenamento jurídico. Em consequência disso, as normas constitucionais passaram a ocupar o lugar das normas civilistas na regulação das relações sociais, sejam essas relações entre indivíduos ou entre os indivíduos e o Estado.

Nesse contexto, desaparece a dicotomia entre direito público e privado, na medida em que todas as relações devem obediência estrita à Constituição Federal que, por sua vez, tem como fundamento a tutela e a preservação da dignidade humana. Logo, a repersonalização do direito exigiu uma nova resposta do Direito Civil e a positivação expressa dos direitos de personalidade no Código Civil de 2002 é decorrente deste fenômeno.

Entender a relação entre os direitos de personalidade, a dignidade da pessoa humana, a pessoa e a Constituição é compreender muito do que o direito brasileiro disciplina e tem como importante. Concomitantemente, esse entendimento é também revelador dos valores que a atual sociedade quer proteger e resguardar e, como procurou-se demonstrar, a positivação dos direitos de personalidade é resultado de uma grande transformação jurídica (deslocamento do Código Civil do centro do ordenamento jurídico), como também social (surgimento do Estado Social em detrimento do Estado Liberal).

Evidentemente que com grandes transformações surgem a todo momento novos desafios. Assentados os direitos de personalidade, hodiernamente é premente a necessidade de garantir uma real efetividade a esses direitos. Assim, fundamental é o abandono de conceitos normativos quanto à pessoa, de forma a se adotar um conceito substantivo de pessoa, baseado no alcance dos direitos da personalidade.

Essas discussões fogem ao tema deste artigo, porém se faz necessário citá-las, na medida que a efetividade dos direitos de personalidade é o mais importante passo para a garantia real da dignidade humana. Visto que os fundamentos de tais direitos já estão consagrados, cabe agora aos operadores de direito utilizar esses instrumentos para promover uma proteção real desses direitos, visando garantir ou, ao menos, não impedir, que a todos seja assegurado o livre desenvolvimento da personalidade.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 10 jun. 2019.

CAMARGO, Marcelo Novelino. O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana. *In*: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras complementares de direitos constitucional**.

Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 45-65.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1996.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romana Jurídica, 2004.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no novo código civil. *In*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 35-59.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

LARENZ, Karl. **Derecho civil: parte general**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOTUFO, Renan. Da oportunidade da codificação civil e a constituição. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo código civil e a constituição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 25-26.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OLIVEIRA, José Lamartine Correa de Oliveira; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O estado de direito e os direitos da personalidade. **Biblioteca Digital de Periódicos**, Curitiba, v. 19, 1979. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8833/6143>. Acesso em: 18 jul. 2019.

PEREIRA, Cáo Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Paulo Mota. Direitos de personalidade no código civil português e no novo código civil brasileiro. **Revista Jurídica, São Paulo**, ano 51, n. 314, p.7-35, dez. 2003.

RADBRUCH, Gustav. **A filosofia do direito**. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor Sucessor, 1997.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: parte geral**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, José. Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995.

SZANIAWISKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 583 p.

Como citar: CARDIN, Valéria Silva Galdino; CRUZ, Mariana Franco. Os direitos da personalidade no Direito brasileiro: do fenômeno de personalização à cláusula geral de direito da personalidade. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 2, p. 10-26, ago. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n2p. 10. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 19/06/2019

Aprovado em: 17/02/2020

A (IN)VISIBILIDADE DAS MINORIAS NA (DES)CONSTRUÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: DEMOCRACIA E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO DA NOVA FACE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS POPULAÇÕES LGBTQ+

THE (IN)VISIBILITY OF MINORITIES IN THE CONSTRUCTION OF PUBLIC POLICIES: DEMOCRACY AND EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE CONTEXT OF THE NEW FACE OF PUBLIC ADMINISTRATION AND LGBTQ+ POPULATIONS

Arthur Ramos do Nascimento *
Fernando de Brito Alves**

* Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Mestre em Direito Agrário (UFG). Docente efetivo da Faculdade de Direito e Relações Internacionais - UFGD. Bolsista de Doutorado pela CAPES e Fundação Araucária.

E-mail: arthurnascimento@ufgd.edu.br

** Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE / Bauru-SP (2012). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Advogado.

E-mail: fernandobrito@uenp.edu.br

Como citar: NASCIMENTO, Arthur Ramos do; ALVES, Fernando de Brito. A (in)visibilidade das minorias na (des) construção das políticas públicas: democracia e efetivação dos direitos fundamentais no contexto da nova face da Administração Pública e as populações LGBTQ+. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 2, p. 27-48, ago. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n2p. 27. ISSN: 1980-511X

Resumo: O artigo analisa a teoria democrática na formulação de políticas públicas voltadas para a população LGBTQ+, buscando aferir se a gestão administrativa no contexto da (boa) Administração Pública adota a dinâmica participativa como elemento imprescindível de legitimação. A reflexão observa na constitucionalização do Direito Administrativo um fenômeno que reforça a necessidade de garantir-se o direito de voz para grupos minoritários, o dever de ouvir a população por parte do Estado, e, por fim, a existência de ferramentas de fiscalização e acompanhamento da execução e dos resultados por parte da população (e do público alvo). O desenvolvimento da pesquisa permitiu identificar que historicamente a invisibilidade dos grupos LGBTQ+ nos espaços públicos foi uma constante, numa realidade que está mudando a partir da CRFB/88, mas que só passa a ser relevante nos últimos anos com a ampliação dos movimentos sociais minoritários. Ao contrário da crença estabelecida de que a sociedade brasileira busca manter-se alheia aos processos de deliberação e de participação, a população LGBTQ+ busca cada vez mais ocupar esses espaços públicos e garantir legitimidade de políticas públicas no Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Boa administração pública. Direitos de minorias. LGBTQ+. Participação democrática. Políticas públicas.

Abstract: This article analyzes democratic theory in the formulation of public policies aimed at the LGBTQ+ population, seeking to assess whether administrative management in the context of (good) public administration adopts participatory dynamics as an indispensable element of legitimation. This paper examines the constitutionalization of Brazilian Administrative Law, a phenomenon that reinforces the need to guarantee rights of minority groups; the State's duty to listen to all its people, and, finally, a monitoring system in order to track state practices. Whilst researching this topic, this paper examined that LGBTQ+ groups were invisible in public spaces, even after the enactment of the Brazilian Constitution in 1988. Only in recent years have minority groups been given more spotlight, specifically because of the expansion of social movements. Contrary to the popular belief that Brazilian society aims to ignore LGBTQ+ rights in public spaces, the Brazilian LGBTQ+ population is increasingly occupying public spaces traditionally reserved for privileged groups of society. This movement provides legitimacy for public policies and guarantees the democratic rule of law.

Keywords: Good Public Administration. Minority Rights. LGBTQ+. Democratic Participation. Public Policy.

INTRODUÇÃO

A dinâmica democrática e o aumento dos canais de participação da população na tomada de decisões permitiram uma maior percepção das tensões que existem nesse tipo de ambiente. As percepções dos conflitos sociais e o fortalecimento de coletivos como locais de fala e de reivindicação de maior participação política, resultaram igualmente na intensificação da (re) interpretação da dimensão democrática da Administração Pública e das políticas públicas na perspectiva atual.

Dentro desse contexto é necessário que as reflexões jurídicas partam dos postulados do Estado Democrático de Direito, na tentativa de enfrentar a questão de como a aplicação dos direitos fundamentais e os mecanismos de participação popular na esfera administrativa encontram seus fundamentos, bem como analisar as consequências apresentadas pela realidade. As demandas atuais (especialmente de grupos minoritários que antes eram *invisibilizados* pela arquitetura do poder) implicam na necessária investigação e releitura dos institutos presentes na Administração Pública (e Direito Administrativo) sob a ótica dos direitos fundamentais, do *neoconstitucionalismo*, dos princípios norteadores da Administração e a responsabilidade Estatal nesse processo. Não se pode negar, dentro dessa perspectiva, a importância do protagonismo da participação popular e no controle social como formas de legitimação democrática da gestão pública, sempre buscando a efetivação do direito à boa gestão pública.

O exercício da cidadania, bem como o gozo dos direitos fundamentais (e numa perspectiva internacional o gozo dos direitos humanos) analisados no presente artigo, não deve ser tomado como uma tentativa de garantir um tratamento privilegiado para as populações LGBTQ⁺. Aqui a proposta se limita a tecer considerações críticas ao modelo de construção das políticas públicas que invalidam a participação democrática de grupos minoritários.

Não cabe no (e nem é a pretensão do) presente artigo oferecer um panorama exaustivo sobre o tema, cabendo apenas indicar os recortes temáticos relativos a dois pontos principais: (i) se existe permeabilidade, de um modo geral, nas arquiteturas das políticas públicas para participação LGBTQ⁺; e (ii) se a população LGBTQ⁺ tem apresentado algum índice significativo de participação e exercício democrático na construção dessas políticas públicas. A abordagem da construção de tais políticas voltadas a essa população específica se limita a considerar uma reflexão à luz dos direitos fundamentais e da nova Administração Pública². Uma análise pormenorizada se

1 Faz-se necessário destacar que a sigla *LGBTQ+* significa “Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgênero, *Queer* e mais”. Considerando a multiplicidade de movimentos dentro do próprio movimento, é possível identificar que a sigla sofre algumas variações. A sigla mais “atualizada” é representada pelas seguintes letras e símbolos: *LGBTQIAP+* que busca significar *Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais* (mas onde o “T” também representa os grupos *Transgênero* e *Travestis*), *Queer* (sigla inglesa que remete à “estranho” como um grupo de indivíduos que não se encaixam em nenhum dos tipos anteriores, assim por desafiarem o não enquadramento, o “Q” poderia ser assumido em língua portuguesa como “Questionando”), *Intersexo, Assexuais/Arromântiques/Agênero, Pansexuais/Polissexuais, e mais* (onde esse “+” supostamente incluiria todo e qualquer grupo que porventura se sinta não contemplado pelas letras anteriores). A despeito dessa observação, o presente artigo, mesmo não ignorando as demandas de todos esses grupos por visibilidade e reconhecimento, adota a sigla simplificada em destaque, ainda que a sigla “LGBT” possa ser a mais conhecida e adotada.

2 Para uma análise mais pormenorizada sobre esse tipo de enfoque sugere-se a leitura de “Políticas Públicas: uma revisão de literatura” de Celina Souza (2006), onde a autora aborda a formação histórica e conceitual das políticas públicas.

apresentaria com desafios *aporéticos* dentro de uma reflexão tão multifacetada e complexa³.

Como é possível observar, o delineamento de conceitos e o estabelecimento de provocações quanto ao que são (e qual a dimensão efetiva dos direitos fundamentais e da Democracia no plano das) políticas públicas são salutares para aferição da qualidade desses institutos no plano da realidade. Assim, cabe no presente espaço oferecer não conceitos propriamente ditos, mas uma base de orientação para reflexões outras envolvendo a participação da população destinatária das políticas públicas como forma de validação desses atos.

Tome-se, como exemplo, que a própria noção de Democracia já oferece incertezas suficientes (visto que não há uma resposta objetiva e definitiva sobre seu formato e sua efetividade) assumindo uma “aura” quase etérea de perfeição inatingível ou mesmo de modelo perfeito a ser seguido (o que é contraditório por si só, por não haver um modelo mundialmente convencionado como referência)⁴. Além disso, há que se reconhecer que a Democracia é uma experiência eminentemente ocidental⁵ o que já, em princípio, acrescenta mais um obstáculo à ideia de definição definitiva de Democracia.

Há, todavia, necessárias reflexões que acompanham a análise da dimensão democrática (ou de sua inexistência) das políticas públicas para a população LGBTQ+: é possível afirmar que os direitos fundamentais fundamentam a Democracia e a Democracia é alcançável apenas com a devida efetividade dos direitos fundamentais? Para refletir, se a democracia não é plena em um determinado Estado (como o brasileiro) é pelo excesso de Direitos Fundamentais ou exatamente pela razão que esses direitos fundamentais não foram ainda garantidos e efetivados? Com relação à esses direitos, eles existem a tal ponto que os indivíduos (para além do *direito de falar*) também possam afirmar que gozam do *direito de serem ouvidos e levados em consideração* no processo decisório?

Parece claro que é exatamente por ter menos direitos fundamentais efetivos é que se tem “menos” Democracia. De forma alguma existe razão em se pensar que a Democracia seria inviável por força do reconhecimento de direitos fundamentais (especialmente de minorias) como querem fazer crer os grupos hegemônicos em seus discursos conservadores. Os resultados da pesquisa indicam, ao final, que a arquitetura das políticas públicas passou por transformações no sentido de adequar-se aos ideais democráticos, ainda que não de forma expressiva. Outro aspecto também identificável é o risco de retrocesso que essas políticas sofrem em razão da instabilidade político-social da atualidade brasileira com sinais de *efeito backlash* colocando em xeque os avanços

3 Qualquer questão envolvendo as populações LGBTQ+ se apresentará multifacetada e complexa por partir necessariamente do plano da realidade em que há múltiplas vulnerações e marginalizações (econômicas, culturais, jurídicas, sociais, simbólicas entre outras) sendo impossível que apenas a Ciência Jurídica seja capaz de apresentar uma resposta suficiente. O tema, dentro dessa análise, demanda reflexões sociológicas, antropológicas, mercadológicas entre tantas outras que possibilitam a compreensão da questão e a proposição de respostas e soluções possíveis.

4 Para um maior aprofundamento sobre o conceito de Democracia, sugere-se a leitura de “Constituição e Participação Popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental” de Fernando de Brito Alves (2013).

5 Essa pesquisa, no que tange à adoção da expressão “ocidental”, acompanha as reflexões de Marcelo Maciel Ramos que, em sua obra “Fundamentos Éticos da Cultura Jurídica Ocidental: dos gregos aos cristãos” (2012), aponta que a noção de cultura ocidental e oriental está muito além do que seriam os lados de um mapa ou de um meridiano fictício. O autor aponta com muita propriedade que a cultura ocidental (independente do “lado geográfico”) é aquela marcada pela filosofia grega, pelo direito romano e pela religião cristã.

vivenciados nas últimas décadas.

1 A (IN)VISIBILIDADE DA POPULAÇÃO LGBTQ+ NO BRASIL

Fala-se da invisibilidade da população LGBTQ+ por conta da situação de ampla marginalização e exclusão sofridas no âmbito social (vistos como “desviados” e “antinaturais”), no âmbito jurídico (quando lhe são vedados direitos como o de constituir família, herança, divisão de bens, mesmo a dignidade e a cidadania⁶), econômico (o mercado de um modo geral os exclui, fazendo com que o acesso aos trabalhos bem remunerados seja mais difícil⁷), entre outros.

Não se busca apresentar um conceito, até pela questão da multiplicidade de grupos e interesses que juntos formam a comunidade LGBTQ+, mas aqui se está a considerar indivíduos que de alguma forma não se enquadram no padrão *heteronormativo*, se constituindo de pessoas homossexuais *cisgênero* (onde se incluem gays, lésbicas e bissexuais, por exemplo) e *transgêneros* (que podem ou não ser homossexuais) entre outros.

As pessoas LGBTQ+ sofrem de falsa inclusão social, não se sentindo inseridas de fato por presenciar atos *lgbtfóbicos*⁸ cotidianamente, como se fossem práticas normalizadas e aceitáveis, o que implica em uma vivência de *pseudo-cidadania*. Nesse sentido, as políticas públicas inclusivas (cor)respondem como uma possibilidade de contribuição para a redução das desigualdades sociais. Tais políticas também permitem a inclusão dessa população, como a promoção do necessário respeito às diferenças e, também, ao “reconhecer a singularidade de cada indivíduo” na construção dessas políticas (FRANCO, 2017, p. 13). A negação da cidadania efetiva da população LGBTQ+ (e dos problemas sociais de discriminação e violência sofrida) demonstra que “ainda é um desafio muito grande alçar grandes conquistas e mudanças no cenário político e jurídico brasileiro” (SOUZA, 2015, p. 3). Com a ascensão do discurso conservador e de ódio contra as minorias (destacadamente com as campanhas presidenciais de 2018 e com o governo federal em 2019) o cenário político brasileiro se torna ainda mais inóspito para essas minorias.

Considerando o texto constitucional, entretanto, é possível afirmar que a “não-discriminação contra a população LBGT [sic] é um direito fundamental e que merece tratamento protetivo dos órgãos públicos”. Destaca-se que a despeito da urgência do tema, “pouco ou quase nada de concreto tem sido feito, o que contrasta com ações do Brasil como entidade de Direito Público Externo”, especialmente em razão dos compromissos assumidos “em Documentos

6 Cabe mencionar que existem países que ainda criminalizam a prática homossexual bem como manifestações em que se reivindiquem igualdade e direitos, como se tem amplamente testemunhado na Rússia contemporânea.

7 Apenas a título de exemplo é possível mencionar o caso das mulheres transgênero e travestis, que por não terem acesso à direitos básicos (como o direito de ser reconhecidas em sua identidade feminina) acabam sendo excluídas do mercado de trabalho, restando como meio de sobrevivência a prostituição.

8 Como explicado por Lucas Nascimento Franco, o termo *homofobia* é o mais adotado nos setores sociais, buscando abarcar o preconceito com toda a população. Entretanto, em razão da diversidade existente dentro do grupo LGBTQ+ (diversidade de identidades de sexualidade e de gênero), alguns grupos podem se sentir não contemplados. Tecnicamente o termo *homofobia* se refere ao medo, aversão ou ódio irracional aos homossexuais gays, a *lesbofobia* seria esse sentimento/postura em face das lésbicas, *transfobia* o seu equivalente em face das pessoas transexuais e travestis, a *bifobia* se refere aos bissexuais entre outras variações (FRANCO, 2017, p.13). Como uma forma de possibilitar uma maior aplicação do termo, *lgbtfobia* tem sido o mais indicado nesse tipo de reflexão, o que não significa dizer que usar o termo homofobia em uma perspectiva mais generalista seja, necessariamente, incorreto.

Internacionais de que o país é signatário, algumas delas inclusive propostas por ele” (BAHIA, 2010, p. 90).

Cabe destacar que existe uma mudança sensível no cenário mundial, como é possível perceber em países da União Europeia (em sua maioria) e na América Latina (apenas alguns, como Argentina e Uruguai), onde nações estão apostando na “regulamentação jurídico-legal dos direitos LGBT”, entretanto o Brasil aposta em atos administrativos (ações do Poder Público) e “retrocedido na pauta dos direitos humanos” quando o assunto é tratado pelo Legislativo e, no ano de 2019, pelo Executivo Federal. É possível perceber que o Poder Judiciário, na sua função de garantir a efetividade da CRFB/88 “permanece regulamentando matérias individuais”, mas tem “onerado a cidadania das pessoas LGBT e as condicionado a processos de judicialização dos direitos humanos”⁹ (RODRIGUES; IRINEU, 2013, p. 6). As demandas pela cidadania plena, nessa perspectiva, envolvem diversos aspectos e cenários:

Especificamente no que tange à agenda do Movimento LGBT brasileiro, identificamos um conjunto bastante amplo de reivindicações tais como direito à adoção conjunta de crianças, à livre expressão de sua orientação sexual e/ou de gênero em espaços públicos, à redesignação do “sexo” e à mudança do nome em documentos de identidade, ao acesso a políticas de saúde específicas e, ainda mais fundamental, à proteção do Estado frente à violência por preconceito. Como estratégia fundamental na luta por cidadania e formulação de políticas pró-LGBT’s [sic] tal agenda tem sido promovida através de uma rede complexa e múltipla de relações, em que alguns sujeitos (ONGs, agências governamentais, partidos políticos, parlamentares, juizes, juristas, centros de pesquisa universitários, agências de fomento, categorias profissionais etc.) atuam conscientemente no sentido de apoiá-la, enquanto outros lutam para negá-la ou desqualificá-la. Esse cenário se configura enquanto palco de disputas e contestações no centro do processo em relação à transformação da necessidade de políticas públicas LGBT’s [sic] em problema político, se retirando do preocupante “estado de coisas” (SOUZA, 2015, p.4-5).

Tais considerações, como é possível observar, refletem direta e indiretamente nas estratégias de formulação e implementação de políticas públicas. O pensamento contemporâneo ligado à (boa) Administração Pública não pode ignorar essas dinâmicas sociais e direitos postulados, devendo-se pensar a legitimação da construção de políticas públicas a partir da participação do público alvo nas etapas de deliberação, planejamento, execução e fiscalização dos resultados.

2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO, A DEMOCRACIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO BRASILEIRO

A ideia de constitucionalização do Direito Administrativo surge como uma tentativa de

⁹ Cabe destacar que isso de modo algum é negativo, pois a *judicialização* dos direitos de minorias tem sido a única forma de promoção da cidadania desses grupos. Considerando que os atuais contornos e poderes judiciais são pautados no texto constitucional democraticamente aprovado, o uso dos espaços oficiosos de luta pela democracia lastreada pelos direitos fundamentais e humanos é também um espaço de conquista histórica, filosófica e ideológica.

resposta ao que pode ser chamado de “crise” da Administração Pública. A adoção do “sistema de direitos fundamentais e do sistema democrático”, se apresentando como “vetores axiológicos – traduzidos em princípios e regras constitucionais”, busca a nortear (e pautar) a atuação da Administração Pública nesse novo cenário. Nessa perspectiva, converge a Administração Pública para o “princípio maior da dignidade da pessoa humana”, situando tais vetores axiológicos “acima e para além da lei”, vinculando-se juridicamente ao conceito de interesse público, estabelecendo “balizas principiológicas para o exercício legítimo da discricionariedade administrativa” e admitindo “um espaço próprio para as autoridades administrativas independentes no esquema de separação de poderes e na lógica do regime democrático, [que] fazem ruir o arcabouço dogmático do velho direito administrativo.” (BINENBOJM, 2008, p. 7-8).

A partir dessa nova lógica, a Constituição passa a situar-se no cerne da vinculação administrativa à juridicidade e não apenas à lei, daí a relevância dos princípios (especialmente os constitucionais) norteadores. A compreensão do que é interesse público passa por nova redefinição, bem como o que vem a ser a supremacia sobre os interesses particulares, deixando de estar ao arbítrio absoluto do administrador. A interpretação desses institutos passa a depender de juízos de valor, de forma que a discricionariedade se convola em um resíduo de legitimidade “preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa”. A dicotomia entre ato vinculado e ato discricionário perde relevância para um sistema de graus de vinculação à juridicidade em razão da incidência de princípios constitucionais (BINENBOJM, 2008, p. 7-8).

Dentro da dimensão proposta, o conceito de Democracia deve ser refletido à luz da CRFB/88, especialmente por estar claro que uma conceituação absoluta (ou “livre”) de “democracia” seria *aporético*¹⁰. Na atualidade, o fundamento etimológico e a ideia de “governo do povo, pelo povo e para o povo” já não mais (cor)responde aos problemas sociais ou mesmo oferece resposta aos paradoxos contemporâneos¹¹. Um ambiente democrático não é, portanto, tão simples como a ideia de eleições livres e periódicas poderia sugerir. Basta observar que a própria concepção de “povo” passou por diversas transformações desde o ideal clássico grego de Democracia¹².

A despeito de tais complexidades não é possível furtar-se de indicar a compreensão que a presente análise adota sobre Democracia. Cabe, de início, observar que mesmo em sua gênese, “democracia” não significava que todos (o “povo”) governavam, indicando, todavia, que aqueles considerados como cidadãos tinham acesso ao (ou participação no) governo. Esse “ter acesso” ao governo resulta em algumas implicações, como é o caso da identidade entre governados e governantes no sentido em que são iguais. Por conta dessa identidade, todos os que são governados

10 O termo aporético ou aporia significa um desafio, dificuldade ou dúvida (à luz da razão) decorrente da impossibilidade objetiva de obter resposta ou conclusão para uma determinada indagação filosófica, o que, por extensão, pode significar uma situação insolúvel, sem saída.

11 Pode-se mesmo afirmar que essa ideia arraigada de governo democrático sendo o “poder do povo” por vezes assume muito mais uma função de manipulação das massas do que uma proposta sistemática de governo justo ou legítimo.

12 Sempre que se evoca que Democracia é o “poder/governo do povo” cabe a reflexão do que se está falando. Observe-se, também, que a concepção de povo e cidadania (no seu sentido original) encontram muitos paradoxos quando se colocam elementos como a existência de refugiados, as pessoas apátridas e imigrantes que protagonizam alguns aspectos da vida social sem, entretanto, gozar de direitos políticos.

poderão, em princípio, ocupar o lugar do governante, e aquele que governava volta ao lugar de governado. Assim, todos estão submetidos ao império da lei, não podendo o governante se colocar como “soberano” e acima da vontade da lei (que, em tese, revela a vontade do povo). Outra implicação se identifica na possibilidade do povo poder exercer controle permanente e efetivo sobre aqueles que governam, utilizando para tanto os mecanismos de participação, fiscalização e sanção.

Tais elementos (dadas as devidas proporções) já se encontravam presentes no nascimento da democracia antiga, mas também são encontráveis nas democracias contemporâneas. Obviamente, não se está a afirmar que se tem o mesmo tipo de democracia, mas não houve uma ruptura dessa proposta, se identificando apenas novas redefinições e remodelamentos, uma diferença de intensidade e/ou de perspectiva entre elas. É possível mesmo dizer que a Democracia hoje está mais rica de conceitos (do ponto de vista teórico) e inserida (do ponto de vista prático) em uma técnica jurídico-política (GOYARD-FABRE, 2003).

O ideal de democracia nesse sentido (dentro da proposta de Luigi Ferrajoli, destaca-se), poderia ser concebido como um método de formação de decisões coletivas, ou mesmo o conjunto de regras que atribui ao povo o poder de tomada de decisões (que pode ser direto ou por meio de representantes). Sob tal perspectiva, a Democracia se apresenta como uma dimensão formal e procedimental de realização de um exercício político para garantir no processo decisório a vontade popular¹³. Entretanto, se faz necessário uma integração desse sentido (formal) com uma noção substancial (ou seja, de conteúdo), o que remete ao modelo pluridimensional da democracia, o que significa dizer (ainda na proposta de Ferrajoli) que esta está vinculada a um amplo conjunto de valores (FERRAJOLI, 2015).

Dito de outra forma, a dimensão formal (política ou procedimental) se vincula à regras e normas (por isso formal) de onde se origina a legitimidade democrática da decisão (fortemente marcado pela maioria das vontades dos cidadãos¹⁴). Já a dimensão substancial (de conteúdo) se vincula à validade das normas e das decisões não à luz da maioria, mas se esta está de acordo com as regras e princípios estabelecidos pelo texto constitucional, ou seja, se está coerente com os direitos fundamentais¹⁵.

Um paradigma democrático se apresenta quando se verifica a seguinte contradição: se todos são titulares de direitos fundamentais substancialmente garantidos e cuja participação é um pressuposto da legitimidade democrática, como explicar que maiorias possam negar continuamente

13 Algumas críticas podem ser tecidas sobre essa proposta de se conceber a democracia, visto que há uma margem possível de “legitimação” da dominação da maioria sobre a minoria. Ainda que seja uma análise necessária para melhor compreensão das reflexões democráticas o presente artigo não se debruça sobre esse aprofundamento. Para saber mais sugere-se a leitura de *A democracia através dos direitos*, de Luigi Ferrajoli (2015).

14 A grande questão que suscita a reflexão é o fato de que o grupo de cidadãos (ou de povo) possui por sua vez uma dimensão teórica e ideal e uma dimensão efetiva e real. Quando se pensa na participação política os grupos marginalizados e minorias políticas se encontram à margem do processo decisório e, mesmo gozando da titulação de cidadão (no aspecto formal/teórico/ideal) não é capaz de exercê-lo sob o ponto de vista da realidade, pouco influenciando nos rumos políticos da sociedade, não por não desejá-lo, mas por estar impossibilitado dentro do jogo político (que o vulnera e exclui institucional, jurídica e socialmente).

15 Ferrajoli propõe um modelo tetra-dimensional para a democracia, separando os direitos políticos e direitos civis (como direitos secundários, formais ou procedimentais) que legitimam a dimensão formal da democracia; e os direitos de liberdade e direitos sociais (como direitos primários, substanciais ou finais) que legitimam a dimensão substancial da democracia (2015).

a *cidadania real* de grupos minoritários¹⁶. Também vale questionar se as políticas públicas consideram esse paradigma. Outro raciocínio não é possível que não o de total ilegitimidade das tentativas de removerem-se direitos fundamentais das minorias (ou impedir seu exercício) ainda que estejam amparadas por procedimentos formais¹⁷.

Considerando que não é possível ignorar que a sociedade é plural e composta por grupos diferentes (e não raras vezes antagônicos), a Administração Pública e o próprio Estado devem buscar que toda sua ação seja capaz de atender o máximo de interesses, buscando o máximo de consenso e provocando o mínimo de imposição possível. As decisões não podem ser simplesmente impostas de cima para baixo, mas devem surgir de um debate participativo oportunizando que se escutem todos os grupos interessados, nascendo políticas públicas dos anseios sociais como parte de sua legitimação.

Considerando, no contexto dessa análise, que o Brasil se propõe como uma Democracia e como um Estado Constitucional de Direito, a legitimação democrática está, em grande medida, depositada no sentido constitucional de proteção dos direitos fundamentais. O constitucionalismo contemporâneo brasileiro apresenta uma luta fragmentada e multifacetada (inclusive com interpretações aparentemente contraditórias¹⁸), mas sem perder de vista os direitos fundamentais (sendo tais direitos o núcleo basilar do constitucionalismo).

A relevância dessa questão se encontra na *fundamentalidade* dos direitos fundamentais que estão justificados por princípios jurídicos, entre eles o Estado de Direito e a dignidade da pessoa humana. A dignidade humana, por exemplo, é um princípio aberto que dificulta uma conceituação precisa, mas está relacionado ao reconhecimento de direitos imanescentes da pessoa humana pelo fato de ser simplesmente humana, partindo-se dessa concepção para justificar o nascimento dos direitos fundamentais (como se fosse um tronco comum)¹⁹ como fundamento basilar (CAVALCANTE FILHO, 2011, p. 4-6). Nesse sentido, é preciso refletir tais paradigmas considerando as minorias oprimidas por questões de gênero ou sexualidade:

16 A título de exemplificação podem ser mencionadas as maiorias religiosas (cristãs) negando direito das minorias (religiões de matriz africana), conservadores (maioria política) negando direito à população LGBTQ+ (o direito de reconhecimento do casamento, de adoção e de constituição familiar, por exemplo), a maioria conservadora monogâmica negando o reconhecimento dos arranjos familiares não tradicionais (como as constituições familiares poliafetivas), entre outros.

17 Aqui cabe uma observação relevante. O *efeito backlash*, que pode ser resumido de forma singela como uma resposta da sociedade às decisões judiciais (da Suprema Corte) que se apresentam como avanços em direitos revestidos de polêmicas, que geram, como sociedade, pressão sobre o Legislativo para que sua produção normativa revogue a decisão judicial. Esse efeito apresenta-se como grave ameaça à efetividade da Democracia, visto que pode(ria) representar a ditadura da maioria conservadora contra os avanços do reconhecimento de direitos fundamentais fruídos por parte das minorias por meio de decisões judiciais. Se a resposta da sociedade impulsiona a produção legislativa (que obedece os procedimentos formais do processo legislativo) estaria isento de questionamentos quanto à sua legitimidade à luz dos direitos fundamentais e dos direitos humanos? Apenas como provocação reflexiva, poderia o poder constituinte originário ou derivado implicar em retrocesso de direitos fundamentais e de direitos humanos mesmo obedecendo pressupostos formais? Acredita-se que não.

18 Buscando disciplinar a ordem econômica e a tutela ambiental, o desenvolvimento da livre-iniciativa e os direitos do consumidor, a tutela da iniciativa privada e do valor social do trabalho, entre outros.

19 Ainda que seja esse o entendimento da maioria da doutrina nacional, cabe destacar que há vozes contrárias como José Joaquim Canotilho, que assevera seu receio de restringir as possibilidades de conteúdo ao se resumir o fundamento dos direitos fundamentais apenas à dignidade humana (CAVALCANTE FILHO, 2011, p. 04-06). Cabe observar, entretanto que o conceito de dignidade humana é tão amplo que não se conhece um conceito que seja definitivo ou absoluto sobre o termo, que é reconhecido como um termo aberto, de forma que mesmo que fosse seu fundamento único ainda sim estaria sempre em nova significação e (re)interpretação o que permite uma complexa flexibilidade.

Parece claro, porém, que as políticas públicas exercem um importante papel na manutenção e/ou superação das opressões de gênero e sexuais. De um lado, podem reforçar as desigualdades, quando as ações e os programas governamentais objetivam atender necessidades supostamente universais, ignorando demandas específicas de parcelas da população. De outro, podem contribuir para a redução de tais desigualdades, ao priorizarem os direitos sexuais e reprodutivos na agenda do governo, por meio da formulação e implementação de ações e programas dirigidos a este fim (FARAH, 2004). No caso da segunda hipótese, as políticas públicas tanto podem assumir um caráter universalista, mas generificado e sexualizado, quanto a forma de políticas dirigidas a grupos específicos, a exemplo de programas de combate à homofobia nas áreas de educação, saúde e segurança (MELLO; BRITO; MAROJA, 2012, p. 417).

Destaca-se também que essa análise envolve a compreensão do que é o Estado de Direito. Em apertada síntese, pode-se afirmar que é um Estado com poderes limitados pela Lei e pela Constituição²⁰, em oposição ao Estado Absoluto de poder soberano ilimitado. O Estado de Direito abrange três características: a) a submissão de governantes e governados ao império da lei; b) separação de poderes; e c) garantia dos direitos fundamentais. O Estado de Direito é assim fruto de uma concepção liberal, servindo como apoio aos direitos do cidadão (CAVALCANTE FILHO, 2011, p. 4-6).

Se o conceito de Estado de Direito apresenta como elemento a garantia dos direitos fundamentais, é preciso compreender o que esse termo significa²¹. Uma definição salutar é que os direitos fundamentais são “direitos considerados básicos para qualquer ser humano, independentemente de condições pessoais específicas” e “que compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica” (CAVALCANTE FILHO, 2011, p. 4-6).

Quando a reflexão se liga à problemática da relação (e à problemática relação) entre direitos fundamentais e Democracia é fácil observar que, a despeito da tensão²² existente entre esses conceitos, existe uma complementariedade necessária de auto-fortalecimento e mútua legitimação. Cabe observar que a Democracia é entendida como pré-requisito para que se tenha garantia jurídica e efetiva do respeito aos direitos fundamentais (em um processo dialético de reforçar e garantir esse respeito, a efetividade da Democracia e estes reforçam os direitos fundamentais que os reforça mutuamente), pois possibilita que o indivíduo participe dos processos democráticos²³ exercendo seus direitos políticos e possibilitando que este indivíduo possa reunir condições materiais e

20 Tradicionalmente a limitação era com a lei, sendo hoje considerado o texto constitucional como principal limitador.
21 A terminologia de denominação de direitos fundamentais é muitas vezes trocada por “direitos humanos”, “direitos humanos fundamentais”, “liberdades públicas”, “direitos dos cidadãos”, “direitos da pessoa humana”, “direitos do Homem” entre outros. O presente ensaio não se aprofundará, entretanto, na diferença dessas nomenclaturas.

22 A despeito de existir total correspondência dessa reflexão com a análise das teses de compatibilidade e incompatibilidade entre Democracia e Direitos Fundamentais, a presente proposta assume uma posição de complementariedade entre eles, mas não se aprofundará nessa análise em razão dos recortes e limitações da pesquisa.

23 Por processos democráticos entende-se processos construídos obedecendo os requisitos legais e procedimentais em que tenha sido permitido a ampla participação da sociedade (ou construído por meio de representantes democraticamente eleitos), com respeito aos princípios jurídicos, com possibilidade de controle e fiscalização, bem como passível de controle social, legal e/ou judicial.

culturais que permitem a participação ativa e efetiva na política.²⁴

Esse pensamento relacionando Democracia e consenso, entretanto, é passível de críticas. O perfil idealista dessa teoria presume que seria possível alcançar um consenso harmônico social, mesmo em uma realidade que tem demonstrado ser plural e com interesses conflitantes. Ao não prever os empecilhos oferecidos pelo dissenso (que é a situação mais possível quando se está num espaço de deliberação) a teoria se mostra impraticável no plano da realidade de uma sociedade plural e com necessidades distintas, por acreditar que todos os indivíduos que participam do debate estão dispostos a abrir mão de interesses pessoais, em um sentimento sincero de coletividade.

É preciso pensar as políticas públicas (e a participação democrática) à luz da realidade brasileira, tão cheia de contradições e polarizações. Alexandre Franco Bahia ressalta que o Brasil vive “um sistema constitucional que se apresenta como constante aprendizado” sendo a Constituição um projeto aberto a “constantes novas inclusões” (BAHIA, 2010, p. 90). Nesse sentido, a tarefa de desconstruir os velhos paradigmas e a proposição de novas teorias para a tônica constitucional deve ocupar nas reflexões jurídicas e na produção estatal o protagonismo de ser a “diretriz normativa legitimadora das novas categorias” que vão surgindo. A Administração Pública deve estar alicerçada na estrutura constitucional como base do sistema de direitos fundamentais e da Democracia (BINENBOJM, 2008, p. 8). É possível afirmar, nesse sentido, que a Administração Pública deve se adequar para atender as demandas crescentes, não podendo olvidar de uma conformação democrática e participativa.

Por mais que seja necessário compreender que a Democracia não permite uma definição objetiva ou definitiva, é preciso reforçar alguns elementos mínimos para seu alcance²⁵. Quando se está a analisar a Administração pública, a sua arquitetura democrática permite perceber elementos necessários e imprescindíveis: direito de participação (direito de voz)²⁶; consideração das demandas e vontades populares no momento de construção e deliberação das políticas públicas (direito de ser ouvido e considerado); e a existência de mecanismos que permitam o acompanhamento (fiscalização) e questionamento dos resultados.

3 O PAPEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARTICIPATIVA NA CONSTRUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEMOCRÁTICAS

A realidade contemporânea exige o reconhecimento que o perfil da relação entre cidadão e Administração pública passa por uma mudança paradigmática, deixando de lado um modelo autocentrado puramente burocrático e abraça (em maior ou menor grau) uma realidade de modelo compartilhado de gestão participativa. Não é uma mudança cronológica muito clara, mas paulatina

24 Nesse sentido se manifesta Habermas.

25 A definição de Democracia e os desafios inerentes dessa proposta serão abordados em outro trabalho para esse fim específico.

26 Nunca é demais reiterar que esse direito de se manifestar (direito de voz) envolve a existência de mecanismos diretos (preferencialmente) ou não. A manifestação ou vontade manifestada não é vinculativa como um imperativo na tomada de decisões, mas é preciso que sejam consideradas durante o processo de formulação. Seria leviano não considerar que na formulação de políticas há incidência da reserva do possível, limitações de ordem técnica, orçamentária e temporal.

de acordo com as mudanças conceituais no decorrer do Século XX, com uma percepção da gestão democrática como demanda coletiva e necessária. A constitucionalização do Direito Administrativo foi fenômeno marcante para essa conformação.

É importante considerar esses modelos (de gestão administrativa) como modelos diferenciados e que podem estar desvinculados da ideia geral de boa administração. Cabe destacar que não existe um conceito único, melhor ou definitivo sobre o que são políticas públicas, passando por vários autores e épocas distintas. Algumas concepções apontam como aquilo que a Administração Pública (o Governo, o Gestor Público) escolhe fazer e escolhe não fazer, ou, dito de outra forma, um conjunto de decisões e análises que estão diretamente ligadas às questões “quem ganha o quê, por quê e que diferença faz” (SOUZA, 2006, p. 24). É possível conceituar políticas públicas como aquele resultado de atividades políticas e de gestão pública para administrar (alocar recursos, prover bens e serviços públicos), podendo também entender como o “sistema de decisões públicas” com o fito de modificar ou manter a realidade ao definir “objetivos e estratégias de atuação e alocação” de recursos para que se atinjam objetivos programados (FRANCO, 2017, p. 3).

A participação popular deve ser contextualizada no planejamento das políticas públicas como parte do processo de legitimação. Sob a ótica do constitucionalismo contemporâneo a Democracia se impõe como postulado para o alcance da legitimidade (superando até o conceito da legalidade) permitindo que as Constituições de fato “constituam” ao invés de serem meros instrumentos declaratórios de direitos.

Nesse sentido, é necessário perceber que estruturas de poder e forças sociais atuam diretamente nas decisões de “interesse público” ou “interesse social”, o que necessariamente implica em perceber que tal espaço precisa sair da dimensão formal e circunscrita e apresentar maior permeabilidade da população e dos grupos que formam a sociedade. Assim, o grau de sucesso de uma política pública está relacionado diretamente com o grau de conhecimento que se tem sobre seu objeto (e que a sociedade tem sobre o objeto), visto que tal situação maximiza a viabilidade de implementação e vincula a eficácia ao grau de participação de atores (poderes e agentes públicos) do processo (SILVA, 2012, p. 65-66).

O debate sobre a efetividade democrática pode ser organizado em quatro dimensões, conforme proposto por Débora Cristina Rezende de Almeida, “efetividade das dinâmicas internas participativa e deliberativa; efetividade da representação; efetividade decisória e de implementação das políticas”, cabendo destacar que, por fim, se tem a dimensão da “efetividade da articulação sistêmica dos atores e mecanismos com o Estado e a sociedade” (ALMEIDA, 2017, p. 650-651).

A participação popular foi pensada, no contexto atual, com fundamento no modelo de Estado proposto pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A participação da sociedade é um elemento que demonstra a existência da dinâmica democrática no âmbito das políticas públicas, sendo, sob algumas perspectivas, elemento nuclear, não se podendo afastar a participação da sociedade se o que se busca é uma experiência verdadeiramente democrática. Por óbvio, a arquitetura necessária para uma dinâmica democrática envolve o compartilhamento de

autoridade, para alcance da legitimidade e da eficácia das decisões. Essa dinâmica não necessita se limitar às deliberações coletivas (participação da sociedade no processo decisório), mas pode se apresentar no planejamento e formulação das políticas públicas, seu acompanhamento e a validação (ou questionamento) dos resultados dessas políticas²⁷.

O vínculo entre a Administração (Gestor Público) e a sociedade fortalece a dinâmica democrática e garante que as instituições políticas alcancem uma estabilidade por serem titulares do reconhecimento social, podendo-se afirmar que a qualidade da interação entre Governo e a sociedade civil reflete na legitimidade da atuação pública. Essa arquitetura de compartilhamento de autoridade visa (em tese) buscar maior legitimidade e eficácia para as decisões (pois esse vínculo entre Administração e sociedade fortalece a estabilidade das instituições políticas), visto que, em tese, a qualidade da interação entre Governo e distintas organizações da sociedade habita no consenso de interesses e na legitimidade da atuação pública.

A lógica do controle social, da participação e da transparência vai resultando, ao longo das propostas recentes de uma melhor gestão pública, em algumas experiências sendo a maior delas como mecanismos de controle (mais ou menos bem sucedidas) como: Conselhos de Políticas Públicas; Conferências de Políticas Públicas, Fóruns temáticos; Ouvidorias; Audiências públicas; Consultas Públicas; Mesas de Diálogo; Associações comunitárias (associações de bairros, por exemplo); Conselhos deliberativos; Orçamento participativo; entre outros. Como se observa, são várias as possibilidades, mas cabe a reflexão se é possível dizer que a Administração dialógica é factível.

A “democratização” da gestão pública implica nessa nova arquitetura da Administração em que se façam mecanismos de mobilização (incentivo à participação - para criar uma cultura), mecanismos deliberativos (com poder decisório) e consultivos (realizado para coletar opiniões e sugestões). Pode-se incluir uma quarta dimensão, dos mecanismos fiscalizatórios (ou de controle). Essas três (ou quatro) dimensões compõem uma Administração Participativa, mas sem uma cultura social, a dimensão deliberativa se torna frágil do ponto de vista de legitimação dos interesses sociais.

A participação social é vista como exceção, não como regra. O engajamento político participativo é visto como exceção e não como regra. Logo é questionável permitir que apenas alguns decidam por todos. A participação popular é vista como “obrigação”, não como “direito” e por isso é visto com resistência. Além disso, acrescenta-se o risco da morosidade que esses processos poderiam resultar, visando à participação popular coletiva. Muitas vezes essa visão (com a pré-concepção que existe demora) acaba desmotivando a participação popular, mesmo quando existem mecanismos de *permeabilização* desses espaços.

A proposta é de uma ação conjunta, na busca por efetividade, eficiência e eficácia das políticas, primando pela transparência das ações (gastos, processos, procedimentos etc.) e com

27 É errôneo pensar que a democracia participativa tenha que ser apenas deliberativa. Há um enorme risco de se construir uma democracia plebiscitária (onde a tomada de decisões é feita por “votação”), o que engessaria o processo decisório e comprometeria a efetividade do serviço público. O acompanhamento das políticas públicas e o exercício fiscalizatório da execução dessas políticas também se configuram como exercício democrático e de cidadania.

o compartilhamento da responsabilidade na busca de soluções legitimad(or)as e inovadoras dos problemas sociais, criando possibilidades e chances de um desenvolvimento futuro sustentável para todos os participantes. Esse compartilhamento envolve Estado, as empresas (setor privado, ou se poderia chamar de iniciativa privada) e a sociedade civil (que inclui o terceiro setor). Obviamente essa proposta não é simples ou prática. Implica na presença e na necessidade de desenvolvimento de técnicas e métodos negociais (não no sentido econômico). Negociais no sentido em que a Administração (Gestão) Pública precisa negociar interesses de grupos que, por vezes, podem ocupar posturas antagônicas. São negociais no sentido em que deve gestar interesses múltiplos (em uma sociedade cada vez mais plural) entre órgãos públicos, entidades públicas, organizações de finalidade lucrativa (setor privado), desprovidas de finalidade lucrativa (terceiro setor) e também a sociedade civil (organizada).

Hoje a concepção cada vez mais crescente é que o Estado está muito mais propenso a assumir/exercer uma função de mediador e de garantidor na gestão desses interesses, do que necessariamente como detentor do poder de império. Cabe ao Estado a incumbência de estabelecer e conferir eficácia aos canais de participação e de interlocução com os indivíduos e grupos sociais, também possuindo a obrigação de com eles interagir (perpetuando vínculos robustos e duradouros). Esses vínculos são necessários por serem indispensáveis para a atribuição de eficácia e (supostamente) de efetividade das ações estatais. Essa lógica de Estado garantidor o relaciona diretamente com os debates referentes aos direitos fundamentais (pois o Estado é garantidor deles) por meio das políticas e serviços públicos como meio de efetivação. Nessa lógica, “o direito fundamental a uma boa administração” passa a ser um elemento necessário para uma sociedade democrática. A boa administração é prevista como um direito na Carta dos Direitos Humanos da União Europeia (CARTA..., 2000), o que já aponta a importância de se discutir seu reconhecimento também no Brasil.

A proposta da participação da população nos processos (nessa arquitetura) de construção é um elemento de democratização e alargamento das bases de legitimação do poder estatal (seria uma “democratização da Democracia”). A inclusão dos cidadãos nesses processos determina e *densifica* o que se entende por interesse público (o interesse público deixa de ser monopólio estatal). Há uma vinculação (como apresentado por autores como Manuel Castells) dessa lógica de modelo de Administração/Gestão Pública pela lógica do “Estado em rede” (temos uma sociedade em rede, por conta da *Era da Informação*). A Revolução Tecnológica da Informação, a Crise Econômica do Capitalismo e do Estatismo e ainda o Apogeu dos Movimentos Sociais Culturais contribuíram para a concepção de um mundo interdependente (uma sociedade em rede) que vai também implicar na necessidade de redimensionamento da organização do Estado dentro dessa proposta. A ideia, nesse raciocínio, é que essa “transformação” do Estado para algo mais “interativo” seria um processo natural, reflexo das transformações sociais, onde o dinamismo da lógica difusa da sociedade em rede revela a premência de canais e mecanismos de percepção e participação social.

É importante acrescentar o mecanismo da audiência pública que, mesmo recebendo pouca atenção da doutrina constitucional, passou a ter previsão constitucional em 1988 (BRASIL, 1988,

Art. 58, § 2º, II) como uma possibilidade no Congresso Nacional e suas Casas²⁸, de modo que ficou associado ordinariamente ao processo legislativo “e por isso é um instrumento de mitigação do princípio agregativo, para introdução de técnicas de democracia deliberativa e participação direta dos cidadãos”. O mecanismo também se encontra na legislação infraconstitucional, com previsão no Art. 48, I, da Lei Complementar 101/2000 (com redação dada pela Lei Complementar 131/2009) para os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos. Também esse mecanismo é encontrado nos Art. 32 a 34 da Lei 9.784, de 29.01.1999 (que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal), que prevê a realização de audiência pública antes da tomada de decisão diante da relevância das questões e da matéria (ALVES, 2013, p. 211-212).

Alves também conceitua a audiência pública como “uma espécie de participação funcional, coletiva e direta dos cidadãos nos processos de deliberação do poder público, em sentido lato”. O autor destaca a *funcionalidade* consistindo “na atuação cidadã fora do aparato da administração pública, mas em atividade materialmente pública, que se desenvolve com o auxílio ou concordância da própria administração”. A *coletividade* “envolve a atuação de uma pluralidade, que se reúne para uma pauta específica, que, depois de esgotada, perde o objeto, e isso a distingue dos conselhos”. Por fim, a *diretividade* se dá por força das audiências públicas ocorrerem “sem a intermediação de representantes eleitos”. O fundamento das audiências públicas é a soberania popular (Art. 1º, § 4º, CRFB/88) onde o cidadão “pessoalmente ou por organizações sociais representativas” é provocado a participar, com propostas, ciência dos fatos, das ações estratégicas, planejamento, prestação de contas e reivindicação de direitos. Além disso, é válido destacar que não se pode confundir esse mecanismo com mera reunião popular, pois a audiência pública se reveste de “um mínimo de formalidade” e de observação de princípios “que podem ser transpostos do conceito de devido processo legal (publicidade, oralidade, participação, contraditório, instrução, gratuidade, economia de formas, impulso oficial, entre outros)” sem que isso implique em “qualquer prejuízo para a atividade” (ALVES, 2013, p. 213-214).

A consulta pública, também prevista no Art. 31 da Lei 9.784/99, ocorre nas situações em que a matéria discutida envolve interesse geral e nas situações onde “não houver prejuízo para a parte interessada e o órgão público responsável deve motivar o despacho que justifica a sua realização” (BRASIL, 1999). A consulta pública é uma faculdade da Administração, sendo essa discricionariedade em abrir ou não a consulta pública deve priorizar “o princípio do interesse público sobre o privado, desde que, não traga prejuízo ao particular”. É preciso destacar que, tanto a audiência pública quanto a consulta pública não vinculam a decisão que a Administração adotará, mas deverá haver uma motivação e a apresentação dos resultados da consulta ou da audiência pública “com a indicação do procedimento adotado” nos termos da lei²⁹ (BORGES, 2013, p. 9)

28 A previsão na CRFB/88 está estabelecida, assim: “Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. [...] § 2º - às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: [...] II – realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil;”.

29 O Art. 34 da Lei 9.784/99 prevê que “os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação de administrados deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado”

A instituição desses canais/mecanismos de percepção e de participação social visa que ao final possa resultar direta ou indiretamente benefícios à população (para que toda e qualquer ação estatal se torne subsistente). Assim, trata-se de uma arquitetura administrativa que permite uma permeabilidade tal que absorva e internalize as demandas oriundas da sociedade.

4 O PAPEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARTICIPATIVA NA CONSTRUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEMOCRÁTICAS

Destaca-se que a participação da população LGBT nas políticas públicas de combate à *LGBTfobia* seria sumamente necessária, por se tratar do público alvo do programa, bem como em políticas de saúde, combate a discriminação no acesso ao trabalho, entre outros. Assim:

Nesse contexto, uma questão mostra-se fundamental: o que são políticas públicas para a população LGBT? Organizar eventos que promovam a visibilidade da luta pela garantia da cidadania de pessoas LGBT é uma política pública? Aprovar leis municipais e estaduais que instituem dia do orgulho gay, lésbico, travesti, transexual ou LGBT é uma iniciativa que se materializa em políticas públicas? Criar “cursos de capacitação” sobre direitos sexuais e combate à homofobia, voltados para segmentos profissionais e sociais diversos, constitui uma política pública? A resposta a essas e outras questões, que se reportam a um número significativo de ações hoje promovidas pelos governos federal, estaduais e municipais no âmbito dos direitos da população LGBT, será quase sempre ambivalente. Na maior parte das vezes, tais iniciativas são menos que políticas públicas de Estado consistentes e de largo alcance, políticas de governo resultantes da ação e dedicação de um grupo reduzido de gestoras, não estando articuladas, todavia, a instrumentos de planejamento potencialmente capazes de lhes assegurar efetividade, em especial o orçamento público. Apesar disso, políticas públicas e políticas públicas para a população LGBT são expressões cada vez mais utilizadas no contexto das demandas por garantia de direitos no Brasil, ainda que muitas vezes não se saiba exatamente o que significam (MELLO; BRITO; MAROJA, 2012, p. 416).

Essa dinâmica de incerteza também foi intensificada pela “exclusão e invisibilidade” *experenciada* pela Comunidade LGBTQ+, como destacado por Cleyton Feitosa Pereira. O autor destaca que esse(s) grupo(s) se organizou(ram) politicamente para, de forma coletiva, arregimentar forças sobre o Estado (o que se compôs de uma “longa listagem de táticas, estratégias e ações desenvolvidas por esse movimento social com o objetivo de garantir inclusão e reconhecimento”). Essa organização, como se vê pela força (política e midiática) de manifestações como as *Paradas do Orgulho LGBTQ+*, destacam “temáticas, denúncias e reivindicações como maneira de vocalizar demandas e aspirações até então bloqueadas pelas instituições liberais.” (PEREIRA, 2017, p. 286).

O autor também realizou um levantamento sobre a trajetória das ações estatais voltadas para a população LGBTQ+ de 1988 até 2016, demonstrando como houve um progresso, lento e paulatino do reconhecimento das demandas dessa população, com conquistas inicialmente modestas de direitos até a consolidação de uma perspectiva de integração dessa população

nos espaços deliberativos (ao menos no patamar ideal). Pereira, nesse sentido, destaca que a trajetória dessas políticas “não foi isenta de contradições, tensões e acidentes de percurso”. Entre os principais desafios enfrentados estavam um baixo impacto “que estas políticas tiveram/tem exercido no cotidiano da vida de milhões de LGBT em permanente luta e resistência nas suas localidades (que, muitas vezes, sequer conhece os mecanismos criados)”, destacando também “os limites e retrocessos que os governos progressistas tiveram no que diz respeito à implementação de algumas políticas em face da coalizão partidária com setores antagonistas ao Movimento LGBT”. Cabe ainda a existência da “correlação de forças desfavorável, num sistema político, em que as minorias não são consideradas na composição dos governos ou não detém capital eleitoral atraente” (PEREIRA, 2016, p. 127).

Com relação às políticas públicas contemporâneas cabe o destaque que o “Brasil Sem Homofobia” impulsionou a participação social da população LGBTQ+ com a criação de estruturas administrativas nos estados e municípios “provocando um fenômeno bastante característico dos anos 2000: o trânsito e o deslocamento de ativistas para o interior do Estado e o ativismo institucional” bem como pelo “financiamento e implantação” dos chamados “Centros de Referência em Direitos Humanos e Combate à Homofobia, Núcleos de Pesquisa e Promoção da Cidadania LGBT nas Universidades públicas brasileiras” além de “projetos de formação em direitos humanos para combater a homofobia” (PEREIRA, 2017, p. 292).

A despeito de não haver uma vasta bibliografia de análise sobre as “dificuldades e avanços na implementação de políticas públicas de combate à homofobia e de promoção da cidadania da população LGBT” as pesquisas levantadas permitem identificar quatro situações que se moldam como problemas principais: a) ausência de arcabouço jurídico claro e explícito que legitime a formulação e a implementação de políticas públicas voltadas à garantia da cidadania da população LGBTQ+ que atendam situações cotidianas desses grupos, como a criminalização da homofobia, direito de adoção, normatização do casamento igualitário, entre outros; b) constatação de que os documentos que preveem ações e programas direcionados à população LGBTQ+ assumem a forma de atos normativos secundários (nos três níveis de governo) dotados de menor “força” normativa ou mesmo de nenhum caráter normativo, “quando não passam de documentos divulgados de maneira absolutamente informal”; c) grande insegurança jurídica, já que podem ser sumariamente revogados por vontade do governante da vez, posto que no tocante aos dispositivos programáticos, a maior e quase intransponível dificuldade é a falta de meios explícitos para efetivá-los; d) muitos projetos de lei, que nunca são pautas de discussão e votação, além de uma tendência mais recente de aumento do número de projetos de lei que explicitamente vetam direitos (MELLO; BRITO; MAROJA, 2012, p. 423-424).

Os levantamentos feitos na literatura sobre o tema indicam que o Movimento LGBTQ+ não se encontra absolutamente passivo e demanda das instituições participativas a instalação de Conselhos Estaduais e Municipais de Políticas Públicas LGBT. Entretanto, muitos estados e municípios brasileiros não contam com esses instrumentos participativos que incluam as populações interessadas ou mesmo não oferecem qualquer tipo de permeabilidade para que

entidades LGBTQ+ participem de outros Conselhos de Políticas Públicas como o de saúde, justiça, segurança, assistência social, políticas urbanas e rurais, entre outros (ainda que exista cobrança para que se abram esses espaços de participação). Além disso, cobra-se a presença de LGBTQ+ nas Conferências de Políticas Públicas com outras temáticas (Saúde, Educação, Assistência Social, etc.); a consolidação e ampliação de mecanismos de monitoramento e controle social; a integração e o diálogo entre esses mecanismos e uma maior *responsividade* dos conselheiros em relação à base da militância. Pode-se afirmar que à luz da literatura sobre o tema “há um desejo forte e permanente do Movimento LGBTQ+ em participar da esfera pública e dos processos decisórios estatais” na busca por “desenvolver políticas públicas, efetivar direitos já previstos e conquistar novos direitos com o objetivo de romper a violência LGBTfóbica e garantir a cidadania dessa população” (PEREIRA, 2017, 313).

É válido destacar que a presença da população LGBTQ+ é relevante, ainda que possa haver uma descrença geral quanto a esses mecanismos. Como apresentado por Borges, mesmo que o comparecimento em uma consulta pública (nos termos do Art. 3, § 2º da Lei 9.784/99) não confira uma “condição de interessado no processo” por si só, “confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais”. Nesse sentido, “[o]s instrumentos de participação popular dão legitimidade e transparência às decisões administrativas, dando oportunidade de a sociedade manifestar os seus anseios e opiniões sobre as questões debatidas”, mas, por óbvio, um diálogo efetivo e real “não pode haver, por parte da Administração, qualquer forma de inibição de opiniões das manifestações sociais” (BORGES, 2013, p. 10).

Por fim, destaca-se a relevância de se defender as instâncias de participação democrática que estão ameaçadas. Este é o caso do Decreto n. 9.759, de 11 de abril de 2019³⁰, que teria validade a partir de 28 de junho de 2019 e que buscava extinguir e estabelecer diretrizes, regras e limitações para colegiados da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.121 (de autoria do Partido dos Trabalhadores) foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal onde se deferiu, por maioria, parcialmente a medida cautelar suspendendo a eficácia do § 2º do artigo 1º do Decreto nº 9.759/2019, na redação dada pelo Decreto nº 9.812/2019, afastando esses dispositivos até o exame definitivo desta ação direta de inconstitucionalidade (BRASIL, 2019). Silva esclarece que a polêmica gerada pelo dispositivo foi no sentido de que “a elaboração de leis é de natureza do Poder Legislativo, não podendo sua extinção ser realizada por ato normativo inferior, de natureza do Executivo” o que levou à alteração do Decreto através de um novo Decreto (de nº 9.812/2019) retirando a extinção dos colegiados como estava anteriormente previsto. O autor também reforça “a necessidade de estabelecer arcabouços que não possam ser sumariamente desfeitos pela visão particular do Chefe do Poder Executivo sobre a importância da participação popular”. O ato em si representou uma ameaça real (utilizando de um único ato normativo) para uma “rede já construída de demandas temáticas”,

30 Posteriormente modificado (com revogação de artigos, por exemplo) pelo Decreto n. 9.812, de 30 de maio de 2019 e por forma da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.121.

revelando a fragilidade dos órgãos colegiados. Nesse sentido, a defesa da participação democrática implica em uma constante vigilância da sociedade a respeito de ameaças similares em outros entes federativos e atos da mesma natureza (SILVA, 2019, p. 33).

Como destacado no levantamento da literatura sobre o assunto sobre a implementação de políticas públicas para a população LGBTQ+ “a despeito dos avanços recentes nas iniciativas governamentais, o que se observa é que nunca se teve tanto e o que há é praticamente nada” (MELLO; BRITO; MAROJA, 2012, p. 425). Em razão disso a necessidade de constante estado de alerta na defesa da Democracia é um dever cidadão.

CONCLUSÃO

Ainda que se entenda que nem toda decisão ou política necessariamente dependa de ampla deliberação popular, tal argumento não cabe nessa seara como justificativa para impedir que o público alvo de políticas públicas seja participante em uma gestão democrática. A participação democrática também envolve a possibilidade de fiscalização e controle, bem como de acompanhamento dos resultados dessas políticas públicas. Assim, a participação popular (seja nas fases de formulação ou acompanhamento) legitima a tomada de decisões e isso só se faz possível se o ambiente (realidade) for (ao menos em princípio) democrático (posto que a ausência de instituições democráticas impossibilite o exercício dos direitos fundamentais).

A Democracia deve corresponder a um tipo de sociedade caracterizada por uma mentalidade específica, uma condição social, histórica e juridicamente construída. Essa condição, portanto, é garantidora de que as escolhas (e opiniões) populares sejam respeitadas e consideradas (mesmo que não obrigatoriamente seguidas, à luz da reserva do possível) inclusive pelo próprio povo.

Considerando a reflexão se essa arquitetura de “absorção e internalização” das demandas seria menos democrática se não tiver abertura para participação “decisória”, pode-se afirmar que, como experiência, a Democracia deve ser amadurecida oferecendo-se condições para que se cultive a mentalidade democrática e participativa. A contribuição das populações na construção e acompanhamento de políticas públicas (especialmente quando se tratam de políticas públicas que tem públicos alvo definidos) é parte desse processo, por constituir-se como espaço de deliberação política. Claro se mostra que entre democracia e direitos fundamentais existe uma tensão constante e necessária, para que se possa garantir a legitimação da democracia e a democracia se consolide como espaço de efetivação dos direitos fundamentais em um processo dialético de direito e realidade, ou, em outras palavras em condicionamento recíproco e constante.

Observa-se que há uma ampliação considerável da visibilidade da população LGBTQ+ nos espaços públicos e na mídia, exercendo seu direito de voz e exigindo o dever do Estado em ouvir e considerar essa voz no planejamento das políticas públicas. É preciso, entretanto, ter consciência que essas participações ainda são, em dimensões práticas, ainda pouco relevantes, especialmente quando o aparelhamento da Administração nessa nova arquitetura ainda é claudicante, tanto mais

quando se trata de uma população marginalizada.

Ao contrário da apatia normalmente apontada para a população que parece possuir pouca cultura cívica, as populações LGBTQ+, talvez pelo contexto de luta pelo reconhecimento e por visibilidade, se encontram na contramão dessa passividade e têm buscado ocupar esses espaços deliberativos. As políticas públicas mais relevantes apontadas pela literatura especializada sobre o tema indicam que são fóruns, conferências e espaços de fala que mais arregimentam a participação, que acabam servindo também como instrumentos de identificação de demandas. Mecanismos técnicos, entretanto, ainda parecem ter recebido pouca atenção nessas dinâmicas devendo-se (re)forçar respostas do Estado para sua institucionalização.

O Brasil demonstra ser, a despeito das tensões presentes, uma democracia imperfeita e em construção. Com base no texto constitucional a participação da sociedade civil (em parceria com agentes e atores políticos) nessa dinâmica deliberativa é instrumento de legitimação como apontado, além de ser a um só tempo garantia de um mínimo material para exercício democrático, como também uma consolidação da cultura cívica de participação que fomenta(rá) o amadurecimento da democracia. Inserindo esses grupos de minorias na arquitetura da nova (e boa) Administração Pública se abre um espaço de visibilização e efetivação dos direitos fundamentais, colocando-se as populações LGBTQ+ não apenas como destinatários das políticas públicas, mas também como agentes protagonistas desses processos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Débora Cristina Rezende de. Os desafios da efetividade e o estatuto jurídico da participação: a Política Nacional de Participação Social. **Revista Sociedade e Estado**, Brasília, v. 32, n. 3, p. 649-680, dez. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922017000300649&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 7 jul. 2018.

ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e participação popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental**. Curitiba: Juruá, 2013.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A não-discriminação como Direito Fundamental e as redes municipais de proteção a minorias sexuais - LGBT. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 186, p. 89-115, 2010. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198675/000888820.pdf?sequence=1>

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - RERE**, Salvador, n. 13, mar./abr./maio 2008. Disponível em: http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/A-Constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o-do-direito-administrativo-no-Brasil.pdf Acesso em: 10 jul. 2018.

BORGES, Ana Paula Dutra. Processo administrativo e participação popular: consulta pública, audiência pública e conselhos de gestão de políticas públicas. **Revista Jurídica Direito e Realidade**, Monte Carmelo, v. 2, n. 1, p. 1-15, 2013. Disponível em: <http://www.fucamp.edu.br/editora/index.php/direito-realidade/article/view/362/273>. Acesso em: 19 maio 2020.

BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 jun. 2019.

BRASIL. **Lei Nº 9.784, de 29 de Janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília: Presidência da República, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 17 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.121, de 13 de junho de 2019**. Brasília: STF, 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5678906>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

CARTA dos Direitos Fundamentais da União Europeia. **Jornal Oficial das Comunidades Européias**, 18 dez. 2000. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 18 jul. 2014.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2011. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf. Acesso em: 15 jun. 2018.

FARAH, Marta Ferreira Santos. Gênero e políticas públicas. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 12, n. 1, p.47-71, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FRANCO, Lucas Nascimento. **Políticas públicas no Brasil voltadas para a população LGBT: reflexos que o Movimento enfrenta com relação à sociedade civil**. 2017. 29 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Relações Internacionais) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/20739/1/Pol%C3%ADticasP%C3%ABlicasBrasil%20%281%29.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2018.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é a democracia?** Martins Fontes: São Paulo. 2003.

MACIEL, Marcelo Ramos. **Fundamentos éticos da cultura jurídica ocidental**. São Paulo: Alameda, 2012.

MELLO, Luiz; BRITO, Walderes; MAROJA, Daniela. Políticas públicas para a população LGBT no Brasil: notas sobre alcances e possibilidades. **Cadernos Pagu**, São Paulo, n. 39, p. 403-429, jul./dez. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n39/14.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2018.

PEREIRA, Cleyton Feitosa. Mapeando demandas por participação política da população LGBT no Brasil. **Bagoas**, Natal, n. 17, p. 282-317, 2017.

PEREIRA, Cleyton Feitosa. Notas sobre a trajetória das políticas públicas de direitos humanos LGBT no Brasil. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, Bauru, v. 4, n. 1, p. 115-137, 2016.

RODRIGUES, Mariana Merigui; IRINEU, Bruna Andrade. As políticas públicas para população

lgbt no brasil e seus impactos na conjuntura internacional: “para inglês ver”? *In*: SEMINÁRIO INTERNACIONAL FAZENDO GÊNERO, 10., 2013, Florianópolis. **Anais Eletrônicos** [...]. Florianópolis, 2013. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17973/material/Pol%C3%ADticas%20P%C3%ABlicas%20para%20a%20popula%C3%A7%C3%A3o%20LGBT.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2019.

SILVA, Hugo Chaves da. **Participação popular na gestão urbanística e no direito urbanístico sob a luz do Estatuto da Cidade**. 2019. 62 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade Nacional de Direito da UFRJ, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/12133/1/HCSilva.pdf>. Acesso em: 20 maio 2020.

SILVA, Rogério Luiz Nery da. Políticas públicas e administração democrática. **Sequência**, Florianópolis, n. 64, p. 57-85, jul. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552012000100004&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 20 maio 2020.

SOUZA, Camila Cristina de Castro. Políticas Públicas para População LGBT no Brasil: do estado de coisas ao problema político. *In*: JORNADA INTERNACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS, 7, 2015, São Luís/Maranhão. **Anais** [...]. São Luís/Maranhão: UFMA, 2015. Disponível em: <http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2015/pdfs/eixo7/politicas-publicas-para-populacao-lgbt-no-brasil-do-estado-de-coisas-ao-problema-politico-.pdf>. Acesso em: 20 maio 2020.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão de literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul./dez. 2006, p. 20-45. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16> Acesso em: 20 maio 2020.

Como citar: NASCIMENTO, Arthur Ramos do; ALVES, Fernando de Brito. A (in)visibilidade das minorias na (des)construção das políticas públicas: democracia e efetivação dos direitos fundamentais no contexto da nova face da Administração Pública e as populações LGBTQ+. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 2, p. 27-48, ago. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n2p. 27. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 11/11/2019

Aprovado em: 29/06/2020

**A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE NEIL
MACCORMICK: DIMENSÃO NORMATIVA, RACIOCÍNIO
PRÁTICO E JUSTIFICAÇÃO DAS DECISÕES JURÍDICAS**

NEIL MACCORMICK'S THEORY OF LEGAL ARGUMENTATION:
NORMATIVE DIMENSION, PRACTICAL REASONING AND
JUSTIFICATION OF LAW DECISIONS

Teresinha Inês Teles Pires*

Como citar: PIRES, Teresinha Inês Teles. A teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: Dimensão normativa, raciocínio prático e justificação das decisões jurídicas. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 2, p. 49-70, ago. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n2p. 49. ISSN: 1980-511X

*Doutora em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Estudos de Doutorado na *American University Washington College of Law* (doutorado sanduíche). Mestre em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Membro Associado do programa de pós-graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília. Promotora de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios/Brasil.
E-mail: tes_pires@hotmail.com

Resumo: A intenção do presente estudo é explicitar o que é o Direito, na teoria de Neil MacCormick, por meio da discussão de suas categorias internas, que caracterizam a particularidade do raciocínio jurídico-prático. Ver-se-á que os conceitos de validade e invalidade das regras e princípios do Direito estão conectados a um modelo de justificação argumentativa, a partir do qual se depreende a unificação entre a produção e a interpretação das normas institucionais. A relação entre a moral e o direito é um aspecto central, em tal abordagem, por indicar as inadequações de uma leitura, exclusivamente, positivista das leis, no que pese seu estatuto institucional. Serão investigados os diversos métodos de interpretação das normas jurídicas e os fatores concretos de avaliação, ambos articulados pelos operadores do direito no procedimento de justificação de suas decisões. Por fim, como será mostrado, os precedentes judiciais podem ser aceitos, em todos os sistemas, como uma das fontes do direito, considerando a perspectiva de sua integridade. Isso porque as decisões, nos casos individuais, delimitam significados específicos às leis, gerando, assim, padrões universalizáveis na regulamentação futura das matérias envolvidas e de outras assemelhadas.

Palavras-chave: Argumentação jurídica. Justificação das decisões. Pós-positivismo. Precedentes judiciais.

Abstract: From Neil MacCormick's theory of law, this study seeks to explain "what is law?". In this context, he discusses specific categories that characterize the particularity of legal and

practical reasoning. Moreover, this paper explores the concepts of validity and invalidity of rules and principles of law and examines their connection to an argumentative justification model. From this, this study examines the interconnectedness of production and interpretation of institutional rules. Furthermore, the relationship between morality and law is a central aspect to his approach, because there are many inadequacies in the positivist school of thought. Sequentially, this article explores the various methods of norm interpretation and investigates the concrete evaluation factors – both of which are justified in judicial decisions. Finally, this paper concludes that judicial decisions are important sources of law. This is because decisions in individual cases determine specific meaning to legal rules; thusly, setting universal standards for future and similar legal rules and norms.

Keywords: Legal Argumentation. Justifying Decisions. Post Positivism. Judicial Precedents.

INTRODUÇÃO

A teoria de Neil MacCormick, desde suas origens, assume papel crucial na investigação sobre a especificidade do raciocínio jurídico e a necessidade da justificação das decisões judiciais. Em um percurso evolutivo, o autor, que assumiu, inicialmente, posição contrária à concepção do Direito como interpretação, finalizou sua obra com o reconhecimento de que a concretização das leis não se restringe à subsunção de fatos a comandos normativos, englobando, ainda, atos justificatórios que demandam a consideração de parâmetros analíticos não puramente formais ou procedimentais.

Em um primeiro momento, o autor defende que os juízos prático-jurídicos são formulados em conformidade com o raciocínio dedutivo, próprio da lógica silogística clássica, abordagem compatível com a vertente positivista do direito. Em um segundo momento, no desenvolvimento de suas indagações, MacCormick conclui que o raciocínio dedutivo não é suficiente para resolver os problemas afetos ao procedimento de interpretação das leis, no juízo de aplicação¹. Ressurge, assim, o desenho de uma teoria do direito intermediadora, no sentido de associar as premissas positivistas às doutrinas pós-positivistas, com o propósito de superar os aspectos insatisfatórios das duas vertentes, as quais, na visão do autor, se assumidas isoladamente, não oferecem uma metodologia adequada para servir de guia aos juízes no julgamento dos casos concretos.

Aprofundar a compreensão do conceito do direito, para Neil MacCormick, é de grande relevância, em face da problematização dos critérios de justificação das decisões jurídicas. Pretende-se, assim, abordar os diversos padrões de interpretação, adotados pelo autor, desde o vetor positivista da legitimidade institucional das leis até incorporação dos princípios e valores subjacentes ao sistema normativo. O objetivo geral desse estudo é acentuar a centralidade dos elementos não dedutivos, nos processos de análise jurídica. Nas palavras de MacCormick: “a certeza que podemos ter no Direito é, na melhor das hipóteses, relativa e passível de alteração” (MACCORMICK, 2008, p. 44). Pretende-se, ainda, elucidar, especificamente, a metodologia utilizada por MacCormick na diferenciação entre o direito e a moral, na tentativa de discutir as possíveis soluções e, também, os problemas não resolvidos, no tocante à particularidade do método jurídico.

Não se irá passar em revista as origens da retórica², e sim tentar identificar as mudanças de paradigma do direito a partir do desenvolvimento da argumentação como método estruturante

1 Esclareça-se que a primeira fase de MacCormick transcorre durante as décadas de 1970 e 1980, cuja obra principal foi “*Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*”, escrita originalmente em 1978. A segunda fase, assim entendida por ter implicado na refutação de padrões interpretativos defendidos na primeira fase, transcorreu na década de 1990, sendo que a obra mais representativa desse período foi “*Retórica e o Estado de Direito*” (apud PINO, 2011, p. 3).

2 MacCormick utiliza o termo “retórica” no sentido genérico de “argumentação não dedutiva”, ou seja, aquela que não se baseia na moldura do silogismo lógico, e sim em questionamentos discursivos sustentados no poder de convencimento dos argumentos. A tópica jurídica, apresentada por VIEHWEG, Theodor, em sua obra: *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Porto Alegre: Editora Fabris, 2008, é um bom exemplo de uma teoria que explicita a natureza não silogística do raciocínio desenvolvido pelos operadores do Direito. Trata-se de uma abordagem dialética, segundo a qual todas as proposições têm caráter hipotético e devem ser submetidas a um teste de aceitabilidade perante os interlocutores. Outro autor referencial nos estudos contemporâneos da retórica, é Perelman (2005), defende que as estratégias de argumentação exigem uma ruptura com o modelo cartesiano, calcado, exclusivamente, nas provas demonstrativas da lógica formal, e uma retomada do raciocínio dialético e retórico (MACCORMICK, 2005, p. 15-30).

do pensamento jurídico. O formalismo lógico, no que pese seu papel inarredável na formulação dos juízos práticos, deixou de representar a única ferramenta na validação das decisões jurídicas. O resgate das operações dialéticas da razão, da busca pela resposta mais adequada, nos casos particulares, é pincelado por MacCormick, na fase mais elaborada de sua teoria, como um movimento transformador, quase que um despertar em direção ao adensamento da complexidade dos esquemas normativos.

Optou-se por uma abordagem teórica especulativa do pensamento do autor, com o estabelecimento de um diálogo com outros autores paradigmáticos da teoria da argumentação jurídica, além de intérpretes de Neil MacCormick. A remição a outros autores e intérpretes não será profunda, valendo, antes, para estimular o leitor a ir em busca de pontos convergentes e divergentes entre propostas teóricas, em certo sentido complementares, que explicitam o direito enquanto uma prática, essencialmente, argumentativa. O foco do estudo se concentrará nas próprias obras de MacCormick, na perspectiva de se moldurar uma linha de continuidade e aperfeiçoamento, em sua análise dos problemas contemporâneos enfrentados pelo direito.

Para os propósitos pretendidos, dividiu-se o texto em quatro seções. Na primeira seção, a análise se circunscreverá à problemática da validade do discurso jurídico, a fim de mostrar como o autor, inicialmente, filiado ao modelo positivista do raciocínio silogístico transita, em momento posterior, para métodos sistêmicos de justificação das regras jurídicas; na segunda seção, se adentrará na fase pós-positivista do autor, destacando-se sua aproximação com a concepção, não meramente procedimentalista, do direito como interpretação; na terceira seção, se apresentará os elementos sistêmicos da teoria de MacCormick, no tocante aos critérios de correção argumentativa no juízo de aplicação; na quarta seção, será discutido, em separado, a normatividade dos precedentes judiciais, na dimensão da interpretação evolutiva e da atualização do sentido das regras jurídicas.

1 COMO MOLDURAR A VALIDADE OU INVALIDADE DAS LEIS: PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO E TEORIA DOS PRINCÍPIOS

A fim de compreender o conceito do direito, formulado por MacCormick, deve-se começar pela enunciação da ideia fundamental de sua teoria, segundo a qual o direito é uma ordem normativa institucional: ordem normativa, no sentido do seu pertencimento à dimensão do “dever-ser, e institucional, devido ao seu estatuto formal, enquanto um conjunto de regras pré-estabelecidas em conformidade com os requisitos do Estado de Direito”. Por meio da constituição de um sistema normativo, se efetiva a passagem das sociedades desorganizadas para a instituição do Estado de Direito, o que se impõe como condição para seu próprio funcionamento (MACCORMICK, 2009, p. 20).

Do ponto de vista da garantia da ordem institucional, em primeira instância, os textos legislativos, expressamente promulgados, são a base estruturante da diferenciação do Direito em relação às demais ordens normativas, sejam elas de natureza moral-racional ou cultural. Contudo, as regras jurídicas podem exprimir conteúdos, apenas, relativamente determináveis, hipótese em

que se torna necessária uma abordagem interpretativa, inserida no procedimento de concretização das normas aos casos particulares (MACCORMICK, 2009, p. 23, 253).

No contexto desta problemática, o autor explica o papel primordial do poder judiciário na clarificação das normas jurídicas. Sempre existem leis a demandar sua interpretação em processos judiciais, o que envolve concretizar o texto legislativo, atendendo sua explicitação e, ao mesmo tempo, investigando a legitimidade dos argumentos das partes, em face de pontos não suficientemente incorporados, total ou parcialmente, às regras aplicáveis ao caso. As decisões judiciais compõem o conjunto normativo identificado como sendo o sistema do Direito adotado em uma sociedade democrática. De tal modo que os juízes estão autorizados, institucionalmente, a declarar o sentido de determinadas leis, anulá-las, sob o aspecto de sua constitucionalidade e, ainda, rever suas próprias decisões anteriores, conferindo-se à mais alta corte judicial o poder de decidir, em cada etapa da judicialização do Direito, o que diz a ordem normativa vigente, na regulamentação das matérias apreciadas. Por outro lado, o ato de interpretar é posterior à formulação das leis, que têm precedência, ao menos como ponto de partida, quando se pensa no caráter institucional do Direito, impondo as devidas balizas à atuação dos juízes (MACCORMICK, 2009, p. 23, 254).

Considerando a integridade do Direito, o estabelecimento e a interpretação das leis formam um todo unitário, inserindo-se ambos na análise de sua validade ou invalidade. O autor elabora uma teoria do direito vinculada a um procedimento de justificação das leis e decisões judiciais, cuja pretensão é unificar o modelo positivista, enquanto padrão inescapável de estruturação de um sistema jurídico, e as exigências analíticas introduzidas pela dimensão dos princípios, na forma concebida por autores paradigmáticos, como Robert Alexy e Ronald Dworkin. Supõe-se que o conjunto das regras normativas, expressas sob várias formas, nacionais ou internacionais, constitucionais ou ordinárias, legislativas ou provenientes dos precedentes, está na base da sustentabilidade do sistema jurídico como um todo. Porém, a operacionalidade prática de tais regras não é pré-determinada, devendo ser delineada através da intermediação do debate doutrinário sobre os princípios e valores morais e sociais imanentes ao arcabouço legal, adotado por uma determinada comunidade política (MACCORMICK, 2005, p. 2).

Nesta visão, o critério da regra do reconhecimento, formulada por Herbert Hart³, desempenha papel importante na produção do direito, tendo em vista que a perspectiva da justiça não pode se separar do significado formal e material das leis institucionalmente estabelecidas. Em outras palavras, legisladores e juízes buscam fazer justiça em conformidade com as diretrizes normativas estabelecidas nas leis. (MACCORMICK, 1978, p. 74). Por outro lado, a tese positivista da validade das leis, alicerçada em seu puro caráter institucional, não é suficiente para solucionar

3 Esclareça-se que esta regra é posta por Hart como o fundamento último do sistema jurídico, de onde provém os critérios através dos quais as demais regras do sistema adquirem validade. A regra de reconhecimento é uma espécie de regra secundária, que confere caráter vinculante às regras primárias, sendo estas todas as que impõem direitos e obrigações, ou seja, todas as regras formuladas pelo direito positivo. Não é articulável, em tal modelo, a questão da validade da própria regra de reconhecimento, pois ela é aceita pelos operadores do direito na condição de um pressuposto fático do sistema, assemelhando-se, conceitualmente, à ideia kelseniana de “*norma fundamental*”. Para uma maior compreensão sobre o assunto, consulte-se a obra Hart (1994, p. 111-121, 274-276).

todos os problemas interpretativos próprios da esfera da aplicação do direito aos casos concretos. É aí que MacCormick assenta seu objetivo específico no sentido de sedimentar um método de argumentação adequado para conduzir o processo de adjudicação judicial (MACCORMICK, 1978, p. 22, 27).

A base reflexiva de tal investigação advém da compreensão de que nem sempre existe uma lei promulgada diretamente aplicável aos fatos concretos, ou, quando existe, como dito anteriormente, nem sempre seu conteúdo se expressa de forma clara. Na hipótese de se contar com uma lei autoexplicável, a tese da validade, suportada em um raciocínio lógico (“se *p* então *q*”), é parâmetro inquestionável para justificar as decisões judiciais. Do contrário, os juízes precisam escolher, entre duas ou mais interpretações possíveis, aquela que melhor se enquadra na prescrição legal. No primeiro caso, defende o autor, os juízes decidem à luz de uma estrita subsunção dos fatos ao comando legal, recorrendo, assim, a um argumento dedutivo. No segundo caso, em havendo algum nível de vagueza, ou obscuridade, na interrelação entre a norma e as particularidades do caso concreto, os juízes se vêem diante de problemas de interpretação, sendo necessário justificar a decisão à luz dos princípios universais da justiça (MACCORMICK, 1978, p. 45-46, 67-69, 78).

Ao adentrar na seara da justificação de decisões, em casos nos quais uma inferência dedutiva não é realizável, a tese da validade absoluta do sistema jurídico, em sentido formal, mostra seus limites. A pergunta a ser posta ao intérprete, então, não é se uma regra normativa aplicável ao caso é válida ou inválida, e sim se esta regra, cuja validade, em tese, é pressuposta, tem sentido, ou seja, é justificável, em padrões razoáveis, com fundamento nos requisitos impostos pelos princípios do direito e nas peculiaridades fáticas envolvidas. MacCormick chama esse procedimento de “*justificação de segunda ordem*” (“*second order justification*”), sendo que a noção da razoabilidade é por ele afirmada como uma diretiva lógico-jurídica central para se evitar arbitrariedades interpretativas (MACCORMICK, 1978, p. 47, 94-95).

Ainda assim, muito embora o raciocínio silogístico não resolva todos as controvérsias, em matéria de justificação das leis e decisões, não é o caso de excluí-lo do esquema normativo, em geral, na medida em que se assenta, no juízo de aplicação, em essência, em uma correlação entre normas e fatos. Apenas se deve perceber que o direito tem caráter intrinsecamente argumentativo, portanto, a utilização do pensamento lógico, em sua prática, não se dá, necessariamente, em sua forma pura. O método de MacCormick tenta compatibilizar a lógica e a retórica jurídica, tornando possível formular juízos decisórios que se pautem por critérios persuasivos, do ponto de vista dos argumentos trazidos pelos demandantes, ainda que não sejam empregados com acerto irrefutável, em todos os casos (SARTOR, 2006, p. 1-3).

Deve-se compreender que a “justificação de segunda ordem” configura o cerne da ênfase das teorias argumentativas na necessidade de se sedimentar métodos adequados de interpretação jurídica. Se o raciocínio silogístico fosse suficiente para solucionar os problemas da prática jurídica, não haveria motivação para se discutir diretrizes de argumentação e sustentação das decisões. Essa é a razão pela qual MacCormick insiste na possibilidade de se diferenciar respostas razoáveis e não razoáveis no julgamento dos casos particulares. Em uma conotação de repúdio ao relativismo

e ao voluntarismo decisório, MacCormick defende que o fato de não se vislumbrar, ao certo, uma única resposta razoável não significa que não se possa eliminar as que se evidenciem não razoáveis (MACCORMICK, 2008, p. 222).

Em linhas gerais, a divergência entre duas ou mais interpretações se refere ao significado a ser conferido ao texto legal, não, somente, no aspecto semântico dos seus termos linguísticos, mas, também, com a consideração da forma como cada uma das possíveis interpretações afeta os direitos reclamados pelas partes. A retórica da argumentação jurídica envolve raciocínios complexos que conduzam à contextualização da norma em face das circunstâncias particulares do caso julgado. Normas e fatos são objeto de análise, em via dupla, podendo-se constatar, até mesmo, que os fatos em questão não se inserem no âmbito de aplicação da norma. (MACCORMICK, 2005, p. 4, 6).

É notável o cuidado empreendido por MacCormick na tentativa de acentuar a fundamentalidade dos princípios na apreensão evolutiva do significado das regras jurídicas, sem perder de vista que também os princípios precisam ser justificados em sua inserção ao sistema jurídico. Aqui se acentua o posicionamento defendido pelo autor, no sentido de que os argumentos de princípios não subvertem o modelo positivista de Hart, mas, antes, o complementam, sendo que, nessa função complementar, de natureza interpretativa, os princípios definem padrões aptos a afastar opiniões ou visões arbitrárias (MACCORMICK, 1978, p. 137, 142-143, 145). Na concepção de MacCormick, pode-se concordar com a crítica de Dworkin ao modelo de Hart, eis que o teste de validade prescrito pelas regras jurídicas não soluciona, totalmente, a demanda pelo reconhecimento dos direitos materiais. Todavia, não seria aceitável a distinção rígida, feita por Dworkin, entre o teste das regras e o teste dos princípios. Não seria demonstrável, assim, que a aplicação das regras não permita nenhuma margem de latitude na declaração de novos direitos, por meio da operacionalidade dos princípios. Isso porque as regras, tal como os princípios, instituem direitos, sendo que os dois padrões interagem, em via concorrente ou não, no processo de adjudicação judicial (MACCORMICK, 1978, p. 196-198)⁴.

Grosso modo, a contribuição de MacCormick é significativa no desenvolvimento da teoria do direito, no que diz respeito à sua efetividade na prática jurisdicional. Chama-se a atenção para a validade do teste clássico da argumentação dedutiva no ato de julgar os casos jurídicos. Em outra via, ressalta-se que esse teste não se dissocia da abordagem dos princípios, porque, em termos constitucionais, muitas vezes as regras explicitam pré-compreensões principiológicas. Sugere-se que as leis, se consideradas em sua articulação silogística, são universalizáveis e válidas em todos os casos que versem sobre a matéria regulamentada; mas, em determinadas circunstâncias, tal universalidade não se mostra apropriada, sendo este o fundamento de sua anulabilidade. As leis não expressam, textualmente, as possíveis exceções à sua validade, que podem levar à sobreposição de novos sentidos à sua linguagem, no contexto da argumentação pragmático-jurídica (SARTOR, 2006, p. 9).

Aqui entra um elemento discursivo importante, relacionado à conjugação de padrões

4 Em relação à distinção feita por Dworkin entre regras e princípios e sua análise da teoria de Hart, consulte-se a obra Dworkin (1978. p. 22-28, 47-58).

universais e particulares, no juízo de aplicação. MacCormick adensa o problema em “Retórica e o Estado de Direito”, ao afirmar que a universalização, em tese, da validade da norma jurídica não elimina a necessidade de se considerar razões particulares relacionadas à situação, como um todo, tal como posta pelo caso concreto. A visão da MacCormick acerca do acerto ou desacerto de uma decisão jurídica depende da inclusão, pelo intérprete, de todas as circunstâncias do caso, sendo que circunstâncias excepcionais podem alterar a perspectiva, inicialmente, generalizante de uma decisão correta (MACCORMICK, 2008, p. 103, 115-116).

Tal entendimento vai ao encontro da importante diferenciação feita por Klaus Günther entre justificação da validade da norma e sua aplicação aos casos concretos. A validade das normas jurídicas é justificada partindo-se da consideração de um sistema integrado a legitimar o arcabouço legislativo vigente. No juízo de aplicação, diferentemente, busca-se definir a adequabilidade das normas válidas, que podem colidir entre si, sendo necessário perquirir se são operacionais na resolução correta de um problema e qual a extensão de seu significado normativo, em cada contexto factual posto à apreciação dos julgadores (GÜNTHER, p. 86, 97).

MacCormick explicita, assim, a insuficiência do positivismo, do ponto de vista da articulação de uma metodologia de argumentação, na esfera da tomada de decisões jurídicas. É preciso compreender como os juízes decidem casos difíceis, nos quais a resposta adequada não se extrai, completamente, do sistema normativo, nem mesmo em uma abordagem sistêmica. Percebe-se um forte componente substancialista nesse passo da teoria de MacCormick, que ajuda muito a compreender a mudança em sua concepção do Direito. Sequer a observância ao princípio da coerência, que, como ainda se mostrará adiante, tem caráter procedimentalista, garantiria que a decisão, assim construída, é correta. O autor afronta aqui, de modo significativo, a tese positivista segundo a qual as decisões se legitimam pelo simples fato de serem proferidas por autoridades a quem se confere o poder de decidir, eis que juízes podem errar. Trata-se do problema da “falibilidade judicial” no “Estado de Direito” (MACCORMICK, 2008, p. 350-351, 357).

Em outra dimensão, a inovação trazida por MacCormick, em relação às doutrinas pós-positivistas, consiste em postular que o conceito do direito não se identifica com sua função interpretativa. Refutando, nesse particular, a concepção de Dworkin, MacCormick afirma que o direito não é um conceito, exclusivamente, interpretativo, sem deixar de admitir que as questões afetas à interpretação das leis configuram um dos componentes do raciocínio jurídico. Aceita-se, inclusive, que, nos casos difíceis, as indagações interpretativas se tornam preponderantes, e que o procedimento de sua justificação, edificado na abordagem dos princípios e valores pertencentes ao sistema, representa o método correto na fundamentação das decisões judiciais (MACCORMICK, 1978, p. 4, 9)⁵.

5 Observa-se que MacCormick formula padrões que rompem com a cisão entre visões interpretativistas e não interpretativistas do direito. Sobre o tema, José Gomes Canotilho explica que “as correntes interpretativistas consideram que os juízes, ao interpretarem a constituição, devem limitar-se a captar o sentido dos preceitos expressos na Constituição, ou pelo menos, nela claramente implícitos”, seguindo, literalmente, “a vontade do legislador”. De outro lado, as correntes não-interpretativistas defendem a possibilidade e a necessidade de os juízes invocarem e aplicarem ‘valores e princípios substantivos’ – princípios da liberdade e da justiça – contra atos de responsabilidade do legislativo em conformidade com o ‘projecto’ da constituição” (CANOTILHO, 1998, p. 1179-1180).

Há que se ponderar, por fim, que a tese de MacCormick, segundo a qual o direito não é um conceito, exclusivamente, interpretativo, é passível de ser compatibilizada, à luz do conjunto de sua doutrina como um todo, com as principais premissas pós-positivistas. A pretensa neutralidade das leis, postulado básico do positivismo jurídico, é refutada por MacCormick, quando ele propõe a necessidade da justificação de sua validade. A validade das leis, na adjudicação judicial, depende, sempre, de uma justificação satisfatória. A teoria da justificação intenciona alcançar um entendimento hermenêutico acerca das práticas e instituições jurídicas, de forma a ser possível encontrar a melhor interpretação das leis, em seu estatuto institucional, no juízo de aplicação. Não existe, por conseguinte, uma ruptura entre o conceito institucional e o conceito interpretativo do direito (BUSTAMANTE, 2010, p. 706-707).

De fato, em sua obra “Retórica e Estado de Direito”, MacCormick esclarece que seu objetivo, com o novo trabalho, foi o de reformular a abordagem do tema da argumentação jurídica, antes desenvolvido em “Argumentação Jurídica e Teoria do Direito”. Diz, expressamente, que a metodologia, então, seguida possui especial “sintonia” com o “desafio de Dworkin” em relação às suas teses interpretativistas. Conclui o autor que os problemas que surgem na aplicação das leis exigem argumentos não dedutivos, nos quais estão implicadas considerações de princípios e “valores político-jurídicos” (MACCORMICK, 2008, p. 39, 41, 57).

Em outras palavras, as leis podem ser revistas por meio das decisões judiciais. O que é o mesmo que dizer que o direito, como instituição social, e a teoria da argumentação jurídica se mesclam na prática jurisdicional, através de uma “*interpretação construtiva*” (“*constructive interpretation*”) do conteúdo das leis. MacCormick admite que as leis possuem um âmbito de normatividade aberto à penetração de elementos discursivos aptos a modificá-las, em consideração a fatores externos ao teste puro, esboçado em seu comando literal (BUSTAMANTE, 2010, p. 711, 719).

2 ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E ARGUMENTAÇÃO MORAL: UMA COMPOSIÇÃO POSSÍVEL ENTRE O POSITIVISMO E O PÓS-POSITIVISMO

Não é difícil perceber, pelos pontos discutidos na seção anterior, o esforço empreendido por MacCormick no sentido de ir além do modelo positivista, em sua vertente tradicional, considerando tratar-se de uma referência insatisfatória na análise interpretativa do direito. O direito é concebido pelo autor como uma ordem normativa, de natureza institucional, constituindo um sub-sistema independente dentro do conjunto dos demais sistemas normativos (MACCORMICK, 1999, p. 1).

O autor evidencia, em suas investigações, grande preocupação com a estruturação de esquemas que caracterizem a especificidade do direito, em relação às demais ordens normativas, tais como a da moralidade. Nessa direção, os escritos de MacCormick adquirem maior complexidade, no que concerne à delimitação do que constitui o direito em sua completude sistêmica. Isso porque, embora o ponto de partida de MacCormick tenha sido marcadamente positivista, ele termina por reelaborar, posteriormente, seus argumentos, assumindo posição favorável aos padrões de teorias

principiológicas, como a de Robert Alexy, e, até mesmo de visões marcadamente substancialistas, como a de Ronald Dworkin, como já se mencionou na seção anterior (PINO, 2011, p. 2).

A distinção, explicitada por MacCormick, entre a moral e o direito é, em suas próprias palavras, de ordem conceitual, não conduzindo ao entendimento de que as leis sejam isentas de componentes morais, incorporados na forma de princípios jurídicos. Para o autor, a resposta a tal questão é afirmativa, ou seja, as leis são elaboradas tendo por parâmetro critérios de justiça, portanto, valores morais implicitamente adotados. Se é assim, os elementos morais, imanentes ao conteúdo das leis, estabelecem limites à sua validade. Algumas regras, que se mostrem inaceitáveis, em face de razões morais legítimas, não devem ser tidas como leis válidas. Nesse particular, se observa a intenção de MacCormick de deixar claro que sua teoria institucional do direito tem uma conotação pós-positivista (MACCORMICK, 2009, p. 4-5, 241-242).

Determinadas matérias, objeto de decisões jurídicas, representam, indiscutivelmente, divergências morais e não perdem tal estatuto ao serem pacificadas no contexto do ordenamento institucional. Mas, a partir daí, elas se corporificam em deliberações não somente morais, porque passam a ser válidas coletivamente, ou na forma de uma permissão ou de uma proibição legal. É, precisamente, nesta articulação que as decisões legais se distinguem das proposições éticas, relacionadas ao puro campo da autonomia individual. Mesmo contendo dimensões morais, as normas do direito impõem deveres e obrigações (MACCORMICK, 2009, 246, 248-249).

O raciocínio jurídico é uma espécie de raciocínio que pertence ao discurso da razão prática, daí sua relação com as demais áreas do domínio prático, como a moral e a política. A despeito da insistência do autor na natureza institucional do direito, não se considera que seus aplicadores estejam restritos à utilização exclusiva do padrão analítico legalista, eis que o objetivo maior da existência de um ordenamento jurídico consiste na realização da justiça. Grosso modo, MacCormick não endossa duas teses importantes do positivismo jurídico: a da inexistência de uma conexão entre o direito e a moral e a de que a validade das leis pode ser determinada sem o recurso a juízos morais. Como se viu, isso não significa que as duas ordens normativas, a moral e o direito, se confundem, e sim que a validade do sistema jurídico é mediatizada por padrões morais incorporados aos seus preceitos fundamentais (BUSTAMANTE, 2010, p. 4, 12-13).

Em um viés pós-positivista, que pressupõe a existência de fundamentos morais internos ao ordenamento jurídico, o processo de justificação legal não dispensa a operacionalidade de padrões morais de análise, mas, ao mesmo tempo, deve considerar, na resolução das disputas judiciais, a especificidade dos padrões das normas jurídicas. Quer dizer, uma argumentação puramente moral e uma argumentação legal, que se estruture também moralmente, não resultam nas mesmas respostas (MACCORMICK, 2005, p. 21).

Os valores e princípios morais exercem uma “*função justificatória*” (“*justificatory function*”) no processo de aplicação das leis positivadas aos casos jurídicos. Ocorre que o autor chega a admitir a dificuldade em se distinguir princípios morais e princípios legais, aquiescendo, ao menos parcialmente, com a tese de Ronald Dworkin do imbricamento entre a moral e o direito. Apenas salienta que o reconhecimento dessa tese não importa no abandono do positivismo e que

as regras jurídicas possuem tal estatuto por fazerem parte do sistema legal estabelecido pelas instâncias institucionais (MACCORMICK, 1978, p. 202-204).

É pertinente a preocupação de MacCormick, ao chamar a atenção para as impropriedades de se levar ao extremo os ideais moral-racionalistas, ao ponto de se postular a existência de uma ordem moral objetiva, supra-temporal e impositiva, sem levar em conta as peculiaridades sociológicas da comunidade no seio da qual se elabora um ordenamento jurídico. Acredita-se que a rejeição dos padrões irracionalistas de legitimação do sistema normativo, no que pese acertada, não impede que se perceba que as categorias da razão prática possuem seus limites, no âmbito da argumentação jurídica (MACCORMICK, 1978, p. 225, 227).

Vale ressaltar que a teoria da argumentação elaborada por Robert Alexy propõe a tese de que o discurso jurídico é uma especificação do discurso prático em geral, por conter, em seus propósitos, a pretensão de se alcançar um juízo de correção. Trata-se de um “caso especial”, na visão do autor, considerando que o discurso jurídico está limitado às diversas pré-compreensões do Direito, tais como a lei, os precedentes e a dogmática. Esta, aliás, é a principal característica do discurso jurídico, em comparação ao discurso prático em geral, sua necessária vinculação ao direito vigente. Não basta, portanto, fundamentar a racionalidade dos seus enunciados normativos, com base nos princípios e regras da razão prática, havendo-se, também, que justificar sua correspondência ao ordenamento jurídico (ALEXY, 2011, p. 31, 210-212).

Esse traço distintivo entre a moral e o direito, apontado por Alexy, é um passo importante na resposta à indagação central trazida pelas teorias argumentativas, que tentam traçar critérios que orientem a fundamentação correta das decisões dos operadores do direito. No que pese Alexy estabelecer uma ligação metodológica entre o discurso da moral e o do direito, ele se concentra no desenvolvimento da especificidade do direito, chamando a atenção para sua dimensão institucional. A partir daí, torna-se possível delinear padrões de raciocínio jurídico, peculiares à funcionalidade da prática decisório-interpretativa (ALEXY, 2011, p. 200).

Embora sem o dizer expressamente, MacCormick admite a tese do “caso especial”, elaborada por Alexy, ao tomar como ponto de partida do raciocínio jurídico as premissas da lógica dedutiva, sedimentadas no uso da razão prática em geral. Os dois autores são aliás, os autores referenciais de cujas teorias partiu o desenvolvimento posterior da argumentação jurídica. Alexy se destaca por sua visão sistemática, enfatizando a perspectiva procedimental e universalizante do discurso prático. MacCormick, por sua vez, se destaca pelo aprofundamento dos problemas imanentes à prática jurídica, sobretudo, a argumentação judicial (ATIENZA, 2014, p. 187).

Para MacCormick, há que se perceber a diferença entre o direito positivo, efetivamente instituído em uma dada sociedade, e um “*direito positivo ideal*” (“*ideal positive law*”). Nem todas as leis, impostas como regras jurídicas, atendem os requisitos básicos da justiça. De outro lado, mesmo não preenchendo tais exigências, as leis são dotadas de caráter obrigante, o que traça uma linha divisória entre a Moral, como saber racional puro-prático, e o Direito (MACCORMICK, 2009, p. 257).

O que quer dizer a expressão “*direito positivo ideal*”, utilizada por MacCormick? Trata-

se de uma categoria que torna possível inserir no conceito de “validade” das leis uma dimensão evolutiva. Para que o direito positivo “real” seja legitimamente aplicável, suas regras, embora sejam textualmente definidas, devem ser interpretadas, por constituírem apenas o “*ponto de partida*” (“*start point*”) da argumentação jurídica. Lembre-se que as leis não são, na maioria das vezes, absolutamente determinadas, e sim relativamente determinadas. Argumentos jurídicos contrastam com argumentos morais puros porque estes são radicalmente indeterminados. A natureza interpretativa do direito não desfaz sua particularidade, em relação à moral, mas desfaz a total separabilidade entre as duas instâncias normativas, trazendo para a prática jurídica a necessidade de se aplicar o direito de forma a concretizar o ideal da justiça. O “*direito positivo ideal*” deve sempre compor, na qualidade de uma categoria regulativa, o procedimento de tomada de decisões jurídicas, implicando em associar raciocínios morais a raciocínios “*tecnicamente legais*” (“*technically legal*”) (MACCORMICK, 2009, p. 259-260).

A dimensão da justiça, para MacCormick, integra a abordagem do direito, no sentido das metodologias argumentativas. A visão sistêmica, por si só, deixa de lado o que ele chama de “direito positivo ideal”, podendo, inclusive, antagonizar com tal faceta. Se é para envolver o direito justo no aperfeiçoamento das estratégias de decisão jurídica, é preciso considerar, dentre todas as decisões “juridicamente admissíveis”, em cada caso, qual delas assegura, com a maior abrangência possível, o direito justo, em sua conotação substancialista (MACCORMICK, 2008, p. 266).

Vê-se, assim, que MacCormick tenta definir o que é o direito, de forma integrativa, vinculando as doutrinas positivistas ao direito natural, concebendo-se este não como uma instância metajurídica, e sim a partir da roupagem que lhe foi atribuída pela teoria dos direitos fundamentais. Trazer para a discussão em torno da doutrina pós-positivista a importância de se conceber o direito como uma instituição social diferenciada, produz, de toda sorte, modificações pertinentes nos padrões de funcionalidade da prática jurídica. Dizer que o direito não é apenas um conceito interpretativo não é uma proposição destituída de significado quando se pensa na necessidade de se qualificar o caráter distintivo do direito em relação aos demais sistemas sociais, normativos ou institucionais. O fato de as regras normativas terem sido elaboradas por instituições socialmente legitimadas para fazê-lo é premissa estruturante de um sistema jurídico (SCHAUER, 2009, p. 3-4, 6-7, 9).

Todavia, convém enfatizar, a consideração do direito positivo, e do seu critério de reconhecimento, como padrão de validade das leis, não vai além de um substrato inicial para a consolidação do seu estatuto normativo. O direito, como enunciado por MacCormick, é um conceito interpretativo. Sua advertência, no sentido de que tal abordagem não exclui o teste das regras jurídicas, importa em dizer, apenas, que a interpretação das leis envolve, em si mesma, o conteúdo de sua formulação textual.

Giorgio Pino sintetiza, de maneira esclarecedora, a vertente interpretativista defendida por MacCormick, ao afirmar que se incorpora em sua teoria da argumentação tanto o teste procedimentalista (pedigree) quanto o substancialista (conteúdo material). Ao teste da validade

sistêmica do direito se adiciona o teste de sua “justificabilidade moral”, ou seja, a verificação de se a regra adotada por uma decisão jurídica é compatível com a moral. O desafio lançado por MacCormick consiste na proposição de uma possível vinculação entre o direito positivo e a efetividade da ideia do direito justo (PINO, 2011, p. 43-44, 47).

3 CRITÉRIOS PARA A ATUAÇÃO INTERPRETATIVA DOS JUÍZES: SOBREPOSIÇÃO E LIMITES DA COERÊNCIA SISTÊMICA

Verificou-se que estamos diante de uma teoria complexa, cujo escopo último consiste em formular padrões de análise jurídica que auxiliem os juízes no exercício de sua função de interpretar regras instituídas enquanto regras válidas e inseridas em um contexto sistêmico. As decisões judiciais não podem rejeitar as normas vinculantes do regime democrático. Entretanto, além do teste da validade, os juízes se deparam, ainda, com o dever de delinear a correspondência dessas normas aos princípios, que estão na base de sua elaboração originária (MACCORMICK, 1978, 170-171, 177). Adentra-se, aqui, no terreno da consideração da multiplicidade dos métodos de interpretação à disposição do julgador no processo de justificação de suas decisões, dentre os quais se destacam os três tipos clássicos: o textual, ou sintático, o sistemático e o teleológico.

MacCormick inicia sua abordagem acentuando que a aplicação de tais métodos está submetida a um balanceamento dos fatores de avaliação relevantes, do ponto de vista das circunstâncias particulares do caso concreto. Assumir, de plano, uma concepção “*não exclusivista*” (“*non-exclusive*”) dos fatores relevantes faz parte do que o autor chama de “*dialética do debate sobre o razoável*” (“*dialectic of debate upon the reasonable*”), possibilitando a adoção de um conjunto de razões que indiquem qual a melhor decisão a ser tomada (MACCORMICK, 2005, p. 52-53). Em linguagem pragmática, termina-se retornando, em roupagem própria, à questão de Dworkin, de índole doutrinária: quais são os testes adequados para definir se uma proposição jurídica é verdadeira, ou correta, no que concerne à justificação das decisões judiciais? (SCHAUER, 2009, p. 7).

Seguindo a direção da teoria de MacCormick, o primeiro passo, na estruturação das decisões jurídicas, é determinar, pautado no modelo dedutivista, qual a norma jurídica aplicável ao caso. Quando não se depara com nenhuma dúvida no procedimento de submeter os fatos ao comando de normas determináveis, o problema é facilmente solucionado. Diante de ambivalências interpretativas, ao contrário, a interação entre os métodos textual, sistemático e teleológico é imprescindível, porque cada um deles se centraliza em fatores de avaliação distintos. O método textual enfatiza o sentido literal da norma, o sistemático busca sua consistência e coerência com a integridade do Direito, e o teleológico atribui valor à intenção ou propósito legislativos. É verdade que, mesmo no campo interpretativo, o texto da lei impõe limites à margem decisória dos juízes. Contudo, podemos assumir a inaceitabilidade da abordagem textual-sintática, se a mesma é concebida de forma não contextualizada (SPAACK, 2007, p. 346-348).

É evidente que tais questões concernem, mais diretamente, ao estudo dos casos difíceis,

em que já se pressupõe a insuficiência do método textual de justificação, mesmo se se defende ser pertinente inserir a norma legal no contexto das particularidades trazidas pelos litigantes. Ao perceberem que as regras aplicáveis ao caso não são claras, ao ponto de tornarem prescindível o apelo às estratégias interpretativas, os juízes, já partindo para o método sistemático, irão apurar o raciocínio jurídico em busca, primeiramente, da existência de outras regras, ou decisões prévias, que possam ser utilizadas, analogicamente, na regulamentação dos fatos em análise. Em seguida, os juízes devem buscar os “*princípios gerais*” (“*general principles*”), sob cuja normatividade as circunstâncias do caso se enquadrem. De qualquer jeito, impõe-se a compatibilidade da decisão com o conjunto das regras estabelecidas (MACCORMICK, 1978, p. 110).

Observa-se que, na abordagem sistemática, a mais abrangente, os três fatores de avaliação principais são a consistência, a coerência, e a analogia, todos eles relacionados às regras positivadas, como um todo, e aos princípios gerais. O argumento da consistência advém da categoria lógica da não contradição. O argumento da coerência, menos simplista, pressupõe a noção de que determinadas normas jurídicas, se tomadas em conjunto, possuem sentido em sua integralidade. Assim, um grupo de regras jurídicas pode ter consistência, entre si, e não ser coerente, na esfera de sua aplicação conjunta a um caso jurídico. A analogia é importante no aperfeiçoamento da compreensão da lei, por meio da extensão do seu conteúdo a novos fatos não regulamentados (MACCORMICK, 2005, p. 3-4, 40).

O argumento da coerência assume, de forma mais acentuada, a dimensão dos princípios gerais, sobretudo, os não positivados, reforçando a conexão entre o Direito e a Moral. Com efeito, o comprometimento com o padrão da consistência veicula a proibição de que o comando da lei contradiga outras regras previamente instituídas, o que expressa, literalmente, a tese positivista da validade das leis. Ainda não se coloca, em tal raciocínio, a análise dos valores fundamentais imanentes ao sistema normativo, especialmente os preceitos constitucionais mais abstratos. É através do requisito da coerência que os argumentos derivados dos princípios abertos e universais, próprios das teorias da justiça, se convertem em argumentos primais na justificação das leis. (MACCORMICK, 1978, p. 136-137).

Se o padrão da coerência está intrinsecamente voltado para a perspectiva da integridade do direito, ele é o ponto de transição, empreendido por MacCormick, de uma visão estritamente positivista para a dimensão pós-positivista do direito. Ao mesmo tempo, o princípio da coerência delimita o teste dos princípios, impondo à sua legitimação uma vinculação às possibilidades de extensão das regras jurídicas, condicionadas por seu próprio contexto linguístico. De um lado, as regras são coerentes quando satisfazem as exigências dos princípios gerais, mas estes, igualmente, precisam ser coerentes, entre si e com os comandos normativos. O largo significado do argumento da coerência termina assumindo o caráter de uma função organizativa no modelo de justificação de “segunda ordem” (MACCORMICK, 2005, p. 7, 9, 11), prescrito por MacCormick como uma alternativa moderada em comparação ao modelo sugerido pela teoria geral dos princípios. Esta, em sua opinião, sobretudo, na vertente de Dworkin, padece de um excessivo racionalismo excludente dos aspectos institucionais que marcam a validade de um sistema legal.

Por último, resta tecer alguns comentários sobre o método teleológico de interpretação jurídica. A justificação da validade das leis, no contexto dos casos concretos, além de se pautar pelos critérios da consistência, da coerência e da analogia, pode tornar necessária, ainda, a avaliação das consequências, ou implicações, práticas de se adotar uma ou outra interpretação da regra aplicável ao caso. Assim como o problema enfrentado no argumento da coerência e no padrão dos princípios em geral, o que se analisa, na abordagem consequencialista, característica do método teleológico, são as prescrições valorativas do sistema jurídico, sob o prisma da realização da justiça. A peculiaridade do argumento consequencialista reside no envolvimento da ideia de “*intenção legislativa*” (“*legislation intention*”), ou seja, na relação entre os valores do sistema e os fins visados pela lei (MACCORMICK, 2005, p. 28-30).

Os requisitos da consistência e da coerência criam uma moldura sem a qual os argumentos consequencialistas não podem preponderar. Obviamente, se uma dada interpretação da lei se contrapõe a alguma regra, valor ou princípio moral/jurídico do sistema, não é o caso de se legitimá-la, ainda que seja favorável, no que diz respeito aos fins visados pela lei ou aos efeitos da decisão na pacificação de matérias controversas. MacCormick constrói o padrão consequencialista e o perfil do método teleológico de tal forma a que eles não se afastem dos critérios ditados pelo padrão da coerência. Os princípios da justiça geram juízos valorativos próprios do argumento da coerência, sendo que os aspectos ligados às implicações práticas da decisão possuem a mesma índole. Em suma, os fatores avaliativos da coerência, dos princípios gerais e das consequências das decisões estão todos interligados e se sustentam nos valores fundamentais inseridos na lei (MACCORMICK, 1978, p. 99-100, 103, 182).

A vertente positivista de interpretação prescreve, em perfil hierárquico, o apelo inicial ao método linguístico; em seguida, não sendo este suficiente, sugere-se o apelo ao método sistemático e, numa terceira reflexão, apenas sendo necessária, o apelo ao método teleológico. Logo se percebe que tal entendimento é rejeitado por MacCormick em sua teoria da justificação jurídica. Isso se torna claro quando o autor enfatiza que se uma leitura da lei promove injustiça em relação à prescrição contida em algum princípio geral, não é correto dizer que o argumento teleológico só deve ser levado em conta quando os outros não resolverem o problema (MACCORMICK, 2005, p. 38-40).

É verdade que MacCormick defende a importância da linguagem formal da lei. O primeiro passo, na técnica da justificação das decisões, consiste em aplicar o texto normativo que se mostrar relevante na análise dos fatos, de acordo com seu significado literal. Não se pode esquecer a validade assumida pelo autor do raciocínio dedutivo no julgamento dos casos judiciais, na hipótese de a regra normativa relevante apresentar clareza suficiente para a resolução da demanda. Entretanto, a imprescindível vinculação do direito à busca pela realização da justiça impõe o envolvimento dos padrões principiológicos, já no âmbito da abordagem textual da lei. É por isso que, como sugere Torben Spaak, a recomendação no sentido de se aplicar o texto legal, conforme determinado por seus termos literais, só deve ser seguida quando os argumentos derivados dos outros fatores de avaliação não indicarem um conteúdo semântico “*menos óbvio*” (“*less obvious*”). O segundo

passo da justificação das decisões, conduzido pelos fatores da coerência e da consistência, integra, portanto, o raciocínio desenvolvido em seu primeiro passo, porque as regras jurídicas são, além de regras formalmente institucionais, “*instâncias dos princípios gerais*” (“*instances of general principles*”) (SPAACK, 2007, p. 353).

De um modo geral, a resposta fornecida por MacCormick aos problemas interpretativos, não solucionados com base na doutrina positivista, é satisfatória no aspecto metodológico. O que pode ser apontado como significativo, em sua teoria sobre o raciocínio jurídico, não é a constatação de que várias interpretações de uma mesma lei são aceitáveis, e de que os juízes, podem, assim, ir além da linguagem textual das leis. Isso já havia sido enunciado por autores positivistas clássicos, como Hans Kelsen e Robert Hart. Ocorre que estes autores não adentraram, profundamente, no estudo das estratégias lógicas e argumentativas, inerentes ao raciocínio jurídico, aptas a justificar as escolhas interpretativas. A contribuição maior de MacCormick consiste, exatamente, na proposição de uma teoria completa capaz de explicitar uma metodologia analítica eficiente para conduzir as escolhas feitas pelos juízes, ao tomarem suas decisões. MacCormick dá um passo a mais, na tentativa de definir a margem de liberdade decisória dos juízes, formulando critérios de avaliação objetivos, todos eles condicionados às restrições impostas pelo direito positivado (MICHELON, 2010, p. 2, 4-7).

4 QUAL O PAPEL DOS PRECEDENTES NA EXTENSÃO DO SENTIDO DAS NORMAS LEGAIS? É POSSÍVEL DERIVAR DIREITOS DA JURISPRUDÊNCIA?

Pincelou-se, antes, que os precedentes judiciais pertencem ao composto normativo alicerçado na criação de um sistema jurídico. Na utilização do método sistemático de interpretação das leis está implícito o envolvimento das decisões proferidas em precedentes judiciais que tenham tratado do mesmo assunto, ou de assunto similar, àquele reapresentado em novos casos jurídicos. Na presente seção, pretende-se refletir, separadamente, sobre o estatuto normativo dos precedentes, mesmo em sistemas da *civil law*, como é o caso do Brasil, presumindo-se que tais sistemas contêm em si a incorporação da exigência de uniformidade das decisões. Obviamente, tal aspecto resulta na inescapável adoção de determinados parâmetros derivados da doutrina dos precedentes⁶.

Qual seria a peculiaridade do raciocínio a ser empreendido na interpretação dos precedentes? Tratar-se-ia, simplesmente, de utilizar o critério da subsunção dos fatos veiculados em novos casos ao comando contido na parte dispositiva de uma decisão prévia, quando isso se mostrar operacional? MacCormick responde afirmando, inicialmente, que a interpretação das leis e a interpretação dos precedentes não se distinguem em sua natureza, sendo ambas de ordem dedutiva e argumentativa. Esclarece, ainda, que o ato de interpretar uma lei envolve os padrões adotados em precedentes que a aplicaram, antes, em casos assemelhados. Sob o ângulo da “*justiça*

⁶ Vários autores brasileiros defendem que a doutrina dos precedentes, desenvolvida nos países que seguem o sistema da *common law*, pode constituir fonte do direito positivo pátrio, considerando a influência do constitucionalismo na Nossa prática jurídica e a existência, no país, do controle difuso de constitucionalidade. Ver, a esse respeito, Marinoni (2013, p. 22, 32-41); no mesmo sentido, Fais (2006).

formal” (“*formal justice*”), o fator avaliativo da consistência refere-se tanto às leis quanto às decisões judiciais, ou seja, os juízes não podem contrariar nem as leis nem as normas vinculantes firmadas nos precedentes (MACCORMICK, 1978, p. 184-185, 205).

É preciso salientar que MacCormick estuda a doutrina dos precedentes a partir do sistema da *common law*, a fim de esclarecer que nesse sistema o raciocínio silogístico é utilizado, igualmente, como um dos métodos de interpretação das leis. Nos países que seguem o *common law*, os precedentes são fonte originária do direito, mas também existem leis escritas. Não é um sistema caracterizado pela ausência de regras jurídicas; ao contrário, as leis e o precedentes formam o arcabouço legislativo a ser aplicado aos casos concretos. Do ponto de vista da argumentação jurídica, defende o autor não haver diferenças marcadas entre os dois modelos – *common law* e *civil law*. Em ambos os modelos, a justificação das decisões envolve elementos dedutivos e retóricos, com a prevalência de um ou outro tipo de raciocínio de acordo com a complexidade dos casos (MACCORMICK, 2008, p. 59-60, 72).

Para se delinear, nos precedentes, os elementos discursivos dotados de valor vinculante, é necessário localizar, em seus fundamentos, uma regra passível de universalização. Como já se sabe, os juízes, ao decidirem um determinado caso, apresentam razões justificadoras para acolherem uma ou outra das posições divergentes, sob a condição de atenderem as premissas normativas formais pertinentes à matéria. Aplicam os testes de validade das leis e decisões anteriores em busca de uma justificação que seja aceitável, não somente para os fatos em questão, mas também como regra geral para regulamentar outros fatos similares. A parte vinculante de uma decisão é aquela que contém seus fundamentos normativos, ou, como designado na literatura jurídica, sua “*ratio decidendi*”; mas, na maioria das vezes, não é fácil encontrá-la. Nas decisões das cortes, podem existir, inclusive, múltiplas razões de decisão em um mesmo julgamento, quando juízes, embora concorrentes, edificam seus votos em padrões distintos. Há que se investigar os padrões decisórios resultantes da argumentação prática dos juízes (MACCORMICK, 1978, p. 81,83).

MacCormick explica que os precedentes podem ser “vinculantes” ou “persuasivos”, sendo, em todos os casos, revisáveis. Mesmo os precedentes vinculantes podem ser objeto de novas reflexões, em face da novas circunstâncias trazidas em casos, analogicamente, conectados a casos anteriores. Nesse aspecto, com maior abertura analítica, se comparado à revisibilidade das próprias leis, um precedente pode ser rejeitado por meio de outra decisão judicial. Isso pode ocorrer de três maneiras: i) declarando-se sua inadequação, nas circunstâncias em questão; ii) declarando-se a modificação do seu comando normativo, provocada pela revisão dos seus fundamentos decisórios; ou iii) declarando-se sua extensão a novos direitos pleiteados pelos interessados (MACCORMICK, 2008, p. 208, 211-212).

Se o assunto trazido em um novo caso é semelhante ao que foi veiculado em caso anterior, ele deve ser acomodado por meio de raciocínios, igualmente, assemelhados, mesmo contendo algumas particularidades adicionais. Há que se aplicar o teste do princípio que fundamentou a primeira decisão, supondo-se que sua “*ratio decidendi*” é determinável. A posição de MacCormick sobre o caráter vinculante dos precedentes não é rígida. Afirma-se que os precedentes não são absolutamente

impositivos, pois podem ser revistos, o que não retira sua validade enquanto norma incorporada ao sistema. Precisam, por outro lado, ser persuasivos para serem aceitos como precedentes. Daí a existência de critérios que limitam a liberdade dos juízes de utilizá-los arbitrariamente. Dentro de um esquema adequado de justificação, a determinação das regras universais, proferidas nas decisões, não provém de um vazio argumentativo, pois há que se demonstrar que as razões adotadas nas decisões são convincentes o bastante, em sua dimensão generalizante, ao ponto de adquirirem valor normativo extensível a casos futuros (MACCORMICK, 2005, cap. 8, p. 1, 6, 9, 15-17).

Vê-se que os métodos de interpretação dos precedentes são os mesmos aplicáveis à interpretação das leis, contudo, no primeiro caso, o processo de justificação é mais complexo. No que concerne às leis, tenta-se definir, para além e com base em sua linguagem sintática, os padrões introduzidos pelos métodos sistemático e teleológico, na análise do caso concreto. No que concerne aos precedentes, busca-se determinar, no contexto empírico do respectivo julgamento, os raciocínios genéricos que o conduziram. O substrato das decisões, nas quais foram aplicadas “*regras gerais ou princípios*” (“*general rules or principles*”), produz, logicamente, razões de decidir referenciadas a uma categoria particular de casos individuais e não, apenas, ao caso em questão. A *ratio decidendi*, na visão de MacCormick, não está na abordagem das circunstâncias particulares do caso individual, e sim nas “*proposições universais*” (“*universal propositions*”) acolhidas pelos juízes como fundamentos da decisão (MacCormick, 1978, p. 92-93). Por essa razão, a *ratio decidendi* tem o estatuto de uma regra jurídica, equiparada às leis pré-estabelecidas.

Dessa doutrina se pode concluir que MacCormick apresenta uma metodologia interpretativa apta a corroborar a tese da existência de uma única resposta correta para os casos concretos, incluindo-se os casos difíceis. Lembre-se que, segundo Dworkin, tal resposta é passível de ser determinada, embora não se possa, sempre, alcançar a certeza desejável (DWORKIN, 2011, p. 90-92). O importante é manter o foco no pressuposto de que existem critérios consistentes, em uma seletiva base justificatória, para a busca de uma decisão correta, sendo, portanto, reduzida a discricionariedade dos juízes. Ora, ao se postular a baixa discricionariedade, se está indicando que os desacordos, na interpretação das leis e dos precedentes, são de ordem “*especulativa*” (“*speculative*”), não solapando a perspectiva da objetividade dos argumentos jurídicos. Complementar a tese formal da “*validade*”, com a introdução de outros fatores avaliativos, decorrentes dos princípios, da analogia, e demais testes hermenêuticos, torna possível solucionar os desacordos com uma margem significativa de acerto. Ainda que remanesçam desacordos substantivos, que lancem dúvidas sobre qual a melhor acomodação dos direitos pleiteados pelas partes, a doutrina construtivista dos precedentes, defendida por MacCormick, configura fio condutor adequado para se desenvolver o raciocínio dos juízes (MACCORMICK, 1978, p. 210-212, 217).

Do ponto de vista da sistematicidade das decisões judiciais, o direito a ser protegido é aquele que se mostrar, no padrão da razoabilidade, compatível com as regras gerais sedimentadas em decisões anteriores, relativas a uma categoria específica de direitos, reintroduzida em novos casos. Isto porque tais regras resultaram de um procedimento justificatório através do qual se definiu uma interpretação particular das leis pré-estabelecidas, afetas ao assunto em pauta. No

juízo dos novos casos, se terá oportunidade de reler e ressignificar as mesmas regras do direito, concluindo-se, ou não, por sua modificação, em determinados aspectos. Trata-se de um processo continuado de aperfeiçoamento do direito positivado, regra geral, centrado na análise da legitimidade da incorporação ao sistema legal de direitos não expressos. É intuitivo que, nesse processo, algumas vezes, as decisões judiciais implicam em uma real reforma legislativa.

Em suma, o modelo teórico dos precedentes, formulado por MacCormick, é fortemente assemelhado ao de Dworkin, no sentido da pressuposição da integridade do direito, com uma peculiaridade: o primeiro autor traz para a prática jurisdicional as premissas teóricas da argumentação jurídica, as quais não têm sentido algum fora do juízo de aplicação, mesmo sendo, originalmente, enunciadas sem o objetivo precípuo de solucionar os problemas veiculados nos casos particulares. MacCormick torna possível, o que não é tão sedimentado em outros autores, a reconciliação da teoria do direito, de conotação eminentemente doutrinária, com a prática jurídica de tomada de decisões. Esta unificação entre a teoria do direito e a adjudicação judicial, entre a lei e sua justificação moral, (BUSTAMANTE, 2010, p. 709, 719), direciona, apropriadamente, a utilização dos precedentes como uma das fontes do direito.

Seguindo a trilha da doutrina da integridade, MacCormick alicerça uma teoria do direito que pacifica a planificação de todas as suas fontes, formais e materiais, e o caráter evolutivo da aplicação dos testes de validade das leis. A rigor, as leis, os precedentes, as categorias doutrinárias e os casos jurídicos não representam o direito como um conhecimento acabado, sendo, antes, fontes estruturantes dos testes argumentativos. A centralidade do direito não reside nem nos textos legislativos, nem nos fatos, e sim nas estratégias de argumentação jurídica, ou seja, o “*domínio do direito*” reside nos testes interpretativos. Na esfera da adjudicação judicial, não no direito prévio ou na teoria do direito, tudo se reúne e se define, sempre com uma margem de “*indeterminação*” (“*indeterminacy*”), cuja operacionalidade mantém o olhar do intérprete voltado para o futuro (BUSTAMANTE, 2010, p. 709-712).

Em um esforço quase socrático, MacCormick moldura a ideia da “*auto-poesis*” do direito, acentuando que sua verdade se insere em uma metodologia dialética ininterrupta, sendo o intérprete, figura hercúlia, o principal condutor desse processo. O direito, assim, materializa sua centralidade no contexto argumentativo. Não é, em essência, um fato social ou institucional, o que constitui apenas seu perpétuo ponto de partida. Não se pode negar que, em tal visão, o poder judiciário é o árbitro final da ressignificação das leis, sob a condição da justificabilidade dos seus padrões analíticos, o que parece superar a dissociação entre a teoria e a prática jurídicas.

CONCLUSÃO

O pano de fundo da teoria de MacCormick provém da ideia de que o conceito do direito não é elaborado fora do contexto prático-argumentativo de sua concretização. Foi possível compreender, no bojo deste estudo, que o autor cria uma metodologia hermenêutica, baseada na distinção entre os padrões da validade e da justificação das decisões jurídicas, que permite

redefinir a natureza do direito enquanto uma ordem normativa institucional. Em tal modelo, a argumentação jurídica se caracteriza pela associação de múltiplos elementos discursivos da razão prática em geral, incorporando categorias morais, políticas e sociais, todas elas intersectadas no ato de interpretar o significado substantivo das leis.

Viu-se que a proximidade do direito com a moral não acarreta a negação de sua existência como um sistema independente. A argumentação jurídica não é idêntica à argumentação moral, porque seu ponto de partida são as normas institucionais pré-estabelecidas. Contudo, no processo de justificação das decisões judiciais, os argumentos morais, ou substanciais, têm a função de explicitar os padrões dos princípios, que fazem parte da estruturação das regras normativas.

Nesse contexto, foi possível verificar que MacCormick fornece uma metodologia de interpretação das leis, que coloca em igual grau de importância os raciocínios ditados por sua linguagem textual, pela dimensão sistêmica do ordenamento jurídico e pelos elementos substantivos da justiça material, em consideração aos propósitos legislativos e aos critérios de análise jurídica. Igualmente, não se prescreve uma hierarquização dos múltiplos fatores de avaliação, a serem sopesados pelos juízes no processo de adjudicação judicial.

A vertente, marcadamente pós-positivista de MacCormick, especialmente, em sua fase mais madura, revela uma teoria fortemente conectada à superação dos modelos dogmáticos de análise jurídica, centrados no raciocínio silogístico da lógica formal. Como destacado pelo autor, o ponto nevrálgico que perfaz a identidade do direito, no contexto prático, consiste na evolução dos procedimentos de justificação de “segunda ordem”, os seja, aqueles que demandam dos intérpretes o desenvolvimento de padrões sistêmicos e substantivos. Com isso, MacCormick sintetiza a complexidade e a abrangência das metodologias de argumentação e sustentação da solidez do direito, nos tempos atuais.

Evidenciou-se, ainda, que a abordagem de MacCormick do direito como argumentação estabelece padrões consistentes, no que concerne ao desafio imposto pela necessidade de vencer a arbitrariedade decisionista dos intérpretes. As diversas estratégias de composição entre normas e fatos, desde os testes dedutivistas até a narrativa dos princípios, desde o vetor sistêmico da coerência institucional até a valorização dos componentes do direito justo, não possuem outro propósito senão o de se persistir na tese da existência de decisões corretas para cada caso jurídico.

Por fim, questão importante, incorporada à doutrina da justificação das leis, na dimensão argumentativa, consiste no reconhecimento do estatuto normativo das decisões judiciais. Desse entendimento advém a concepção do autor sobre o valor dos precedentes na composição integrativa do direito. Como se pôde verificar, não é o caso nem de se negar o caráter vinculante dos precedentes, nem de se lhes atribuir validade absoluta, o que iria de encontro ao processo de evolução da função interpretativa, própria da atuação jurisdicional. Os precedentes precisam se mostrar, no mínimo, persuasivos, a fim de serem utilizados como regras aplicáveis aos novos casos concretos. Tal abordagem, com suporte no padrão da razoabilidade, conduz à visualização do direito na qualidade de um sub-sistema social, de natureza normativa, que está em permanente construção, pela intermediação de metodologias e raciocínios jurídicos sedimentados na prática

discursiva.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

BUSTAMANTE, Thomas. On maccormick's post-positivism: comment on karen petroski's 'is post-positivism possible?' **German Law Journal**, Washington, v. 12, n. 12, p. 693-727, 2011. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1593185>. Acesso em: 12 jul. 2012.

CANOTILHO, José J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. São Paulo: Almedina, 1998.

DWORKIN, Ronald; DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**, Cambridge: Harvard University Press, 1978.

FAIS, Juliana Marteli; SILVA, Leda Maria Messias da. Common law em relação ao direito brasileiro. **Iniciação Científica CESUMAR**, Maringá, v. 8, n. 1, p. 25-34, jan./jun. 2006.

GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva de uma argumentação jurídica. **Cadernos de Filosofia Alemã**, São Paulo, n. 6, p. 85-102, 2000.

HART, Herbert L. A. **O conceito do direito**. 2. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

MACCORMICK, Neil. **Institutions of law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2009.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law**. New York: Oxford University Press, 2005. Disponível em: <https://ptbr.kobo.com/desktop>. Acesso em: 18 jul. 2011.

MACCORMICK, Neil. **Questioning sovereignty**: law, state and practical reason. New York: Oxford University Press, 1999.

MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 1978.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 22, 32-41

MICHELON, Claudio. **MacCormick's Institutionalism between theoretical and practical reason**. Edinburgh: University of Edinburgh School of Law, 2010. Doi: 10.2139/ssrn.1585894.

PERELMAN, Chaim. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PINO, Giorgio. **Neil maccormick on interpretation, defeasibility, and the rule of law**. Jan. 2011. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1737045>. Acesso em: 12 jul. 2017.

SARTOR, Giovanni. **Syllogism and defeasibility**: a comment on neil maccormick's rhetoric and the rule of law. Sep. 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=963324>. Acesso em: 18 jul. 2017.

SCHAUER, Frederick. **Institutions and the concept of law**: a reply to ronald dworkin (with Some Help from Neil Maccormick). 2009. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1403311>. Acesso em: 18 jul. 2018.

SPAACK, Torben, Guidance and Constraint: the Action-Guiding Capacity of Neil Maccormick's Theory of Legal Reasoning. **Law and Philosophy**, Dordrecht, v. 26, p. 343-76, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=923450>. Acesso em: 18 jul.2018.

Como citar: PIRES, Teresinha Inês Teles. A teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: Dimensão normativa, raciocínio prático e justificação das decisões jurídicas. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 2, p. 49-70, ago. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n2p. 49. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 21/04/2018

Aprovado em: 26/04/2020

A ATUAÇÃO DO BANCO CENTRAL DO BRASIL NA SUPERACÃO DA CRISE BANCÁRIA: UMA ANÁLISE DOS REGIMES ESPECIAIS DE INTERVENÇÃO

THE ROLE OF BRAZIL'S CENTRAL BANK IN OVERCOMING
THE BANKING CRISIS: AN ANALYSIS OF SPECIAL
INTERVENTION SYSTEMS

Eduardo Silveira Frade*
Hamilton da Cunha Iribure Júnior**

*Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade Milton Campos, com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. MBA em Geração de Cooperativas de Crédito pela Universidade de São Paulo. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa. Professor de Direito Empresarial, Administrativo e Tributário na Faculdade Maurício de Nassau de Campina Grande - PB e Professor das Pós-graduação de Direito Tributário e Administrativo do Instituto de Ensino Superior da Paraíba, das Faculdades Integradas de Patos e da Escola Superior de Advocacia. Membro da Associação Brasileira de Direito Tributário e do grupo de Pesquisa "Sappere Aude". Advogado. E-mail: eduardosfrade@hotmail.com

**Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP (2009); Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC/SP (2005). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Cuiabá-UNIC (2002). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso-UFMT (2000). Atualmente é Professor Adjunto da Graduação e do Programa de Mestrado da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). É professor convidado dos cursos de especialização da COGEAE-PUC/SP e de cursos de aperfeiçoamento jurídico em várias outras instituições do ensino do Direito. Possui experiência na área do Direito, com ênfase para Direito Processual Penal, Direito Penal, Direito Constitucional e Direitos Humanos. Advogado
E-mail: hamilton.adv@terra.com.br

Como citar: FRADE, Eduardo Silveira; IRIBURE JUNIOR, Hamilton da Cunha. A atuação do Banco Central do Brasil na superação da crise bancária: uma análise dos regimes especiais de intervenção. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 2, p. 71-90, ago. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n2p. 71. ISSN: 1980-511X

Resumo: As instituições financeiras têm papel crucial para a economia nacional, tanto que uma crise que afete todo o sistema financeiro pode ter efeitos que transponham esta seara, atingindo o funcionamento de outros mercados. O presente estudo se propõe a compreender a importância da regulação e atuação do Banco Central do Brasil no sistema financeiro, analisando as formas de atuação deste órgão para que se evite a existência e efeitos de uma crise sistêmica, apresentando as formas de atuação deste órgão nas instituições financeiras que, isoladamente, estejam enfrentando uma crise econômica, apresentando as principais diferenças entre os mecanismos de atuação, bem como tecendo-lhes críticas. Para tanto a Lei 6.024/74 e o Decreto-Lei 2.321/87 são objetos de estudo, sendo a Pinto (2015) e Saddi (2001), eleitos como marcos teóricos, sendo referencial bibliográfico a principal técnica de pesquisa utilizada, numa metodologia de abordagem qualitativa.

Palavras-chave: Intervenção. Regime de Administração Especial Temporária (RAET). Crise das instituições financeiras.

Abstract: Financial institutions are fundamental players in Brazil's economy, and crises in its sector can negatively affect other markets. This paper's purpose is to examine the importance of the Brazilian Central Bank's regulation and operation of the financial system, analysing how its actions impact the existence and effects of banking crises'. Moreover, this study explores how the Brazilian Central Bank operates and how financial

institutions facing economic crisis are influenced by its conduct. In this context, distinguishing and criticizing its mechanisms. In order to do this, this paper investigates Laws nº 6.024/74 and n. 2.321/87. Likewise, this study utilizes Pinto (2015) and Saddi (2001) as theoretical references. Finally, in order to achieve this paper's objectives, this study utilizes literature review and a qualitative approach.

Keywords Intervention. Temporary Special Administration Scheme (RAET). Financial institution crisis.

INTRODUÇÃO

O Sistema Financeiro tem papel crucial para o desenvolvimento econômico nacional, uma vez que o crédito possibilita que empresários fomentem seus negócios e consumidores aumentem o consumo, com isso fornecendo condições aos agentes destes mercados aperfeiçoem a qualidade e preços dos produtos e serviços oferecidos, bem como melhorem sua circulação, o que, conseqüentemente, contribuem para o crescimento destes mercados e, em último fim, auxiliam no crescimento econômico nacional.

Tamanha importância leva a atuação estatal com vistas a garantir o funcionamento destas instituições, como forma de proteger o interesse transindividuais e sociais. O Banco Central do Brasil, ao lado da Conselho Monetário Nacional são os agentes responsáveis por garantir e determinar o funcionamento de todo o Sistema Financeiro. Enquanto ao último cabe o papel de regulação, ao primeiro, caberia fiscalização e execução das diretrizes determinadas pelo CMN, com isso orientando e determinando o funcionamento dos agentes atuantes no sistema financeiro, não obstante para tanto também emita normas, através da edição de regulamentos.

Conscientes da importância do sistema financeiro e do papel desempenhado pelo Banco Central do Brasil, o presente artigo se propõe a responder: (i) sob quais aspectos se justificaria a atuação deste órgão para intervir no funcionamento regular das instituições financeiras; (ii) quais as formas de atuação que poderia se dar tal atuação e; (iii) se existem diferenças entre esses modos de atuação.

Para tanto, o presente estudo ate-se, em um primeiro momento, à importância dos bancos para a economia, destacando o papel e as funções por eles desempenhados, apresentando reflexões sobre os efeitos advindos de uma crise nesse setor e, com isso, evidenciando sua necessidade de fiscalização e eventual atuação preventiva dessas crises por parte do Banco Central do Brasil.

Em seguida apresentar-se-á os mecanismos sob o quais o Banco Central do Brasil atua nas instituições financeiras evitando que as mesmas entrem em falência e, com isso, comprometam o funcionamento de todo o sistema financeiro. Ademais, demonstrar-se-á os pressupostos que autorizam a decretação dos regimes especiais de intervenção do Banco Central do Brasil, bem como as diferenças existentes entre eles, apresentando e tecendo algumas críticas a tais mecanismos, visando reflexões sobre a melhor forma de atuação da agência reguladora face a crise das instituições financeiras, utilizando a Lei 6.024, de 13 de março de 1974 e o Decreto-Lei 2.321, de 25 de fevereiro de 1987 como marcos teóricos e o referencial bibliográfico como a principal técnica de pesquisa utilizada, numa metodologia, portanto, qualitativa, em que Gustavo Mathias Alves Pinto (2015), Jairo Saddi (2001) se apresentam como principais marcos teóricos, sobretudo no que concerne à compreensão da crise sistêmica.

1 A IMPORTÂNCIA DO SETOR BANCÁRIO E O PROBLEMA DA CRISE SISTÊMICA

O desenvolvimento de qualquer atividade econômica requer um certo montante de capital.

Mesmo em pequenos negócios o capital se faz necessário para a aquisição de insumos, mão-de-obra, organização dos fatores de produção, etc. Destarte, pode-se dizer, que a presença de capital é elemento necessário para existência de uma empresa.

Esse capital pode ser oriundo dos próprios empresários ou, caso estes não o possuem de forma suficiente, podem recorrer a terceiros para que então haja a viabilização da empresa.

Dentre os terceiros disponibilizadores de capital encontram-se as instituições financeiras, ao lado de pessoas físicas que emprestam ou doam capitais. Neste sentido, além do papel de poupança, as instituições financeiras desempenham uma função de “intromissão entre os que dispõem de capitais e os que precisam obtê-los; isto é, em receber e concentrar capitais para, sistematicamente, distribuí-los por meio de operações de crédito” (MENDONÇA, 1947, p. 13-14). Ou seja, quando uma determinada pessoa física deposita moeda no banco, automaticamente transforma o papel depositado em crédito face àquela instituição financeira, bem como a autoriza para intermediar essa mesma soma deposita em favor de terceiros, de sorte que os bancos ou outras instituições financeiras passem a operar como intermediadores de crédito, canalizando recursos entre agentes econômicos.

A atividade bancária inaugura, portanto, a existência de um segmento de mercado, cujo objeto comercial é um bem intangível e de difícil mensuração, qual seja: o crédito. Neste sentido, engana-se quem pensa que o setor bancário se pauta na circulação de moeda, quando, em verdade, trata de circulação de crédito, uma vez que o dinheiro físico não é reproduzido pelo bancos e instituições financeiras privadas, mas elas concedem crédito tanto àquelas pessoas que realizam depósitos em espécie, como para aqueles que de dinheiro necessitam, intermediando, pois, o crédito como objeto econômico. Neste sentido, pode-se afirmar que:

Os bancos desempenham duplo papel, essencial e complexo, na dinâmica da acumulação do capital. Os bancos executam o papel de criadores da moeda, concedendo crédito, e de intermediários financeiros, atuando como ele entre a esfera de circulação financeira e a esfera de circulação produtiva (FREITAS, 2005, p. 20).

Ou seja, é a partir da atuação dos bancos que se permite a circulação de moeda – não fisicamente compreendida – na medida em que a concessão creditícia possibilita a circulação de riqueza e, conseqüente, desenvolvimento econômico, sem a necessidade, pois, de emissão de moeda metálica e papel-moeda por parte do Banco Central do Brasil.

Além do papel de intermediador financeiros, os bancos também atuam como operadores do sistema de pagamento. Assim, “qualquer atraso ou inadimplência neste serviço pode gerar problemas de liquidez em instituições não-financeiras, ou dependentes dele para prover sua exigência de caixa para atuações cotidianas, ou mesmo para honrar obrigações assumidas” (SAMPAIO, 2015, p. 61).

Ainda sobre a atuação dos bancos na economia, há de se evidenciar o seu papel em relação à redução dos custos de transação de mercado. Em um cenário econômico ideal ofertantes e

demandantes realizariam suas transações financeiras sem a necessidade de quaisquer intermediários. Contudo este seria um cenário tão somente concebível num campo ideológico, uma vez que é impossível reunir em um único ambiente – aqui não concebível tão somente como espaço físico – todos dotados de informações completas sobre o mercado bem como dos seus participantes. Dado esta impossibilidade fática, os bancos atualmente atuam na redução destes custos de transação, reunindo oferta e demanda de mercado num único agente, facilitador da alocação de recursos na economia.

Os bancos, contudo, tem se encontram numa situação informacional privilegiada em relação aos depositantes e credores, pois possuem maiores informações sobre a situação financeira destes, dada a rede de informações por eles desenvolvida com o objetivo de melhor controlarem suas atividades, proporcionando-lhe melhor atingimento de seus objetivos. De outra mão, todavia, credores e depositantes não possuem a mesma rede informacional, de sorte que resta evidente a assimetria de informações entre os contratantes, dada a relação de cunho privado que estabelecem.

Contudo, para seu funcionamento, o sistema bancário necessita da confiança por parte daqueles que lhes abastecem de recursos (depositantes), uma vez que a relação creditícia se sustenta na certeza de adimplência dos créditos, no caso dos bancos, na certeza de que os créditos poderão ser resgatados ou acrescidos quando se fizerem necessários.

Deste modo, há interesse público na segurança dos investimentos privados, pois o papel-moeda depositado poderá ser usufruído para o desenvolvimento de atividades econômicas no segmento produtivo, bem como há o interesse público na garantia dos austeridade financeira de um número incontável de sujeitos que, com a poupança encontra-se habilitados para a quitação de obrigações financeiras firmadas com terceiros o que, por via oblíqua, também apresenta-se como necessário para o desenvolvimento dos agentes de mercado e, conseqüentemente, da economia.

Ademais, os bancos também se apresentam como hábeis para os investimentos privados, pois possibilitam remuneração para os valores depositados à título de investimentos como contrapartida ao capital disponibilizado.

Todavia, alguns riscos permeiam a atividade bancária, devendo estes serem evidenciados para que se possa minimizar os efeitos advindos de uma crise econômica das instituições financeiras. Jairo Saddi (2001), Rosa Maria Lastra (2000), Gustavo José Marrone de Castro Sampaio (2015), dentre outros, apresentam diversas exposições de riscos aos quais se submetem os bancos, sejam estes de ordem sistêmica ou prudencial. Dado o objetivo deste estudo nos ateremos somente ao risco sistêmico, fator de observância e que legitima a atuação do Banco Central do Brasil no Sistema Financeiro, face a crise das instituições financeiras, com vistas a promover sua estabilidade, uma vez que a desatenção aos riscos sistêmicos e sua não compreensão podem gerar uma situação capaz de comprometer a austeridade a segurança de todo o Sistema Financeiro, cujos efeitos perpassam a esfera privada, atingindo toda a sociedade, consolidando uma situação de crise sistêmica.

Diversos são os conceitos de risco sistêmico do setor financeiro – isto sem considerarmos que tal compreensão também se verifica em áreas outras como engenharia e ecologia, etc – contudo para compreendê-lo em certa medida se faz necessária a concepção, ainda que em esparsas linhas,

sobre o que seria externalidade uma vez que os bancos tanto estão sujeitos a estas como podem originá-las.

Gustavo Mathias Alves Pinto (2015, p. 60), apresentando a noção de externalidades apresenta-as como referência “às situações em que os custos ou benefícios decorrentes de uma determinada atividade econômica não recaem integralmente sobre a unidade responsável pela sua condução”. Em outras palavras as externalidades compreenderiam situações incontrolláveis que perpassem somente o setor que as origina. Por exemplo, a crise do supprime dos Estados Unidos de 2008 que teve por percussor o setor imobiliário trouxe efeitos econômicos à diversos outros setores e à própria economia nacional, afetando até mesmo outros países.

As externalidades, todavia, podem ser positivas ou negativas, conforme a casuística, dado a interligação existente entre diversos setores da economia, onde uns podem sair beneficiados ou passo que outros saiam prejudicados. Assim, a externalidade poderá ser considerada positiva quando o indivíduo ao tomar uma determinada decisão não saia como o único beneficiado, mas sim toda a sociedade. Cita-se como exemplo um determinado empresário que – ainda que evitando sanção estatal, promove o reflorestamento de determinada área desmatada, beneficiando assim toda a coletividade e o próprio empresário que, além de não sofrer a sanção estatal goza dos benefícios que o reflorestamento intangíveis que o reflorestamento promove, como os advindo da fotossíntese – de outra mão, a externalidade será considerada negativa quando o indivíduo não é o único a arcar com o custo integral daquela decisão, como no caso de poluição ambiental, onde toda a comunidade é afetada e não somente o poluidor.

Levando tal noção para o setor bancário, compreende-se que os bancos podem, simultaneamente, sofrer e gerar externalidades, tanto positivas quanto negativas. Os bancos podem sofrer efeitos externos advindos da regulação, também conhecido como risco legal ou regulatório, o qual não detém gerência, e que lhe podem ser benéficos ou prejudiciais. Jairo Saddi (2001, p. 101) define tal sujeição como o “risco de desvalorização de ativos ou valorização de passivos em intensidade inesperada perante mudanças na legislação bancária, rumos de uma demanda judicial, parecer ou orientação de cunho legal”. De outra sorte, também podem gerar externalidades positivas ou negativas. Um exemplo de externalidade positiva seria redução da taxa de juros, beneficiando aqueles que com o banco se encontram como devedores, de tal sorte que menos capital será desembolsado para honrar os compromissos face a este credor o que, simultaneamente, geraria um redirecionamento dos valores para a esfera produtiva ou de mercado.

Contudo, diversas externalidades negativas podem ser geradas com a crise dos bancos. George J. Benston (1999 apud PINTO, 2015, p. 61) destaca:

- (i) corridas bancárias em instituições até então solventes, ocasionando sua quebra;
- (ii) colapso do sistema de pagamentos, podendo afetar a solvência de outras instituições financeiras;
- (iii) imposição de custos a terceiros não contratantes;
- e (iv) custos a contribuintes no caso de resgate governamental ou seguro de depósitos patrocinados pelo governo.

Tais situações que transcendem efeitos para além da esfera privada, comprometendo todo o Sistema Financeiro Nacional (art. 192 da CF/88 c/c art. 1º da Lei 4.595 de 31 de dezembro de 1964), sendo possíveis de criarem uma crise sistêmica. Tais riscos compreendem aquilo que se entende por risco sistêmico (BRASIL, 1964).

O risco sistêmico é o aquele que se deriva dos efeitos negativos que uma externalidade possa causar sobre o funcionamento conjunto de todo o sistema, seja ele econômico, físico, biológico, etc., de tal sorte que os problemas enfrentados em uma unidade possam ser sentidos por todos os demais membros.

Voltando-se ao mercado financeiro, Fernando José Cardim de Carvalho (2002, p. 260) entende que:

Os riscos sistêmicos são aqueles sofridos pela sociedade, resultantes da atividade financeira que, não custando nada aos participantes do mercado financeiro, não são incluídos nos cálculos de custo de serviços financeiros. No caso mais importante e geral, trata-se, na verdade, do risco de perder um benefício que é gerado como externalidade da atividade bancária e que, em si, tem pouco valor para o banco, exatamente por que terceiros são beneficiados, dos quais os bancos não podem exigir remuneração pela satisfação que dão.

Tiago Cortez (2002, p. 316), por sua vez, entende que o risco sistêmico seria “o risco de que a quebra de um banco, ou de qualquer outro fato, contagie uma ou outras instituições que, anteriormente se encontravam solventes”. Isabel Vaz (2002, p. 205) apresenta posicionamento consonante, assentando que a crise sistêmica no setor bancário pode se dar, por exemplo, pela extensão dos efeitos da falência de uma instituição financeira para todo o setor.

Seja como for, o risco sistêmico do setor bancário apresenta como denominador comum a extensão dos efeitos da crise de uma unidade para todo o mercado financeiro.

Para Eduardo Salomão Neto (2014, p. 667) a crise sistêmica no setor bancário pode ser causado por, basicamente, três fatores, quais sejam:

(i) necessidade de caixa dos credores, originada da perda ou indisponibilidade de recursos depositados na instituição originalmente em crise, ocasionarem corridas contra outras instituições, provocando crise de liquidez nessas; (ii) impossibilidade de pagamento de débitos interbancários por parte da instituição em crise; e (iii) na visão do mercado serem os ativos da instituição em crise fortemente correlacionados a outros ativos de outras instituições, de forma que a flutuação para baixo do valor dos primeiros leve tendencialmente também a queda no valor dos últimos.

A crise sistêmica, portando, poderia se dar a partir das funções das instituições financeiras como depositários, operadores do sistema de pagamentos e garantidores de créditos, seja aos depositantes seja a outras instituições financeiras.

Portanto, a falência de uma instituição financeira poderia comprometer todo o

funcionamento de todo o sistema financeiro, sobretudo dada a correlação entre os ativos e créditos que estas possuem entre si. Ainda que, em geral, somente a quebra de uma grande instituição financeira seja capaz de comprometer todo o funcionamento sistêmico – razão para a expressão *too big too fall*, ou seja, grande demais para quebrar – a falência de instituições menores podem abalar todo o funcionamento do sistema ou mesmo para a economia, pois podem gerar crises de moeda, dado o grande número de resgate, crises de confiança, o que reduziria a disponibilização de crédito para os setores produtivos, o que, em última análise geraria um problema social, pois afetaria a economia como um todo.

Cientes destes riscos, diversas soluções são apontadas pelo ordenamento jurídico, tais quais a existência de um Fundo Garantidor dos Créditos, empréstimos de liquidez efetuados pelo Banco Central (para situações de menor gravidade) - também conhecido como redesconto - cessão de controle ou venda de ativos e procedimentos especiais de intervenção na instituição financeira em crise, sob os quais nos ateremos, visando compreender sua utilização como mecanismos de superação da crise sistêmica.

2 OS REGIMES ESPECIAIS DE INTERVENÇÃO

Conforme mencionado anteriormente, os efeitos de uma possível crise em todo o sistema bancário estendem-se de uma forma intangível, podendo até mesmo comprometer toda a economia de um país, posto o caráter gerador de externalidades que possuem os bancos.

A Lei 4.595/64 (BRASIL, 1964) ao disciplinar o Sistema Financeiro Nacional deixou ao encargo do Conselho Monetário Nacional (CMN) os poderes de regulamentação e ao do Banco Central (BC) competências executivas e fiscalizatórias, além da função normativa, através da expedição de regulamentos, para controle do SFN, seja através do controle de moeda, das operações de câmbio ou do funcionamento das instituições financeiras.

Ao Banco Central do Brasil foi incumbida, por meio da Lei 4.595/64, em seu artigo 10, inciso VI a competência para exercer o controle do crédito sob todas as suas formas, bem como exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar-lhes penalidades, como se depreende do inciso IX do mesmo artigo.

A compreensão do risco sistêmico do setor bancário foi, pois, contemplada pela Lei 4.595/64, contudo o poder para que o Banco Central pudesse intervir nas instituições financeiras, portanto em caráter antecipatório, com vistas a evitar esta crise somente foi concedido por meio da Lei 6.024/74, que dispôs sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras.

Assim, ponderou-se meios para evitar situações de insolvência e iliquidez das instituições financeiras, permitindo ao Banco Central atuar de forma preventiva. Assim, estariam sujeitos a intervenção e a liquidação extrajudicial as instituições financeiras privadas e públicas não federais, assim como as cooperativas de crédito, observando o decreto expedido pelo próprio Banco Central.

Francisco José de Siqueira (1999, p. 87-120) aponta a existência de um duplo objetivo com a decretação de intervenção ou liquidação extrajudicial, assenta que “por um lado, diante da

hipótese relacionada com a ocorrência de eventual risco sistêmico, está o propósito de sanear o mercado; por outro, em função do interesse geral que se encontra ameaçado, o intuito de resguardar os direitos dos credores da empresa”.

A atuação preventiva do Banco Central do Brasil na gerência das instituições financeiras com vistas a retirá-las da situação de insolvência e, com isso, resguardar os direitos dos credores e a austeridade e confiança do Sistema Financeiro Nacional, foi tentada por meio da intervenção extrajudicial. Todavia, 25 de fevereiro de 1987 foi publicado o Decreto-Lei n. 2.321 que trouxe um outro meio de atuação preventiva do Banco Central do Brasil para que se evitasse a quebra da instituição financeira. Institui-se, assim, o Regime de Administração Especial Temporária (RAET) nas instituições financeiras privadas e públicas não federais.

Atualmente, portanto, coexistem dois regimes interventivos do Banco Central sobre as instituições financeiras, quais sejam: (i) a intervenção extrajudicial; e (ii) o Regime de Administração Especial Temporária, uma vez que não há revogação expressa por parte do Decreto-Lei 2.321/87, bem como não houve revogação tácita, pois não há incompatibilidade entre os documentos normativos.

Seguir-se-á a análise destes dois regimes, de forma a apresentar as diferenças entre eles para, então, compreender se há uma possível justificativa para sua coexistência, estabelecendo-se, desde já a ressalva que a decretação de tais medidas não compreende um privilégio dado às instituições financeiras ou seus controladores, em verdade tratam-se de instrumentos jurídicos que viabilizam a atuação do Banco Central do Brasil evitando consequências danosas para o mercado financeiro ou mesmo para a economia, diante da possibilidade de insolvência ou falência de uma instituição financeira.

2.1 A Intervenção Extrajudicial do Banco Central

Diante do risco de insolvência de uma instituição financeira -excetuado as de públicas ferais – bem como de sociedades ou empresas que integram o sistema de distribuição de títulos ou valores monetários no mercado de capitais e das sociedades ou empresas corretoras de câmbio, cooperativas de crédito e das pessoas jurídicas que com elas tenham integração de atividade ou vínculo de interesse¹ o Banco Central do Brasil se faz competente para a decretação de intervenção judicial, do Regime de Administração Especial Temporária ou da liquidação extrajudicial.

Uma vez que entenda que a crise suportada é de possível superação, porém que demanda a atuação preventiva da agência reguladora, o Banco Central do Brasil decretará a intervenção na dita instituição financeira *latu sensu*² considerada.

1 Conforme dispõe o artigo 51, parágrafo único do Decreto-Lei 3.621/87, verifica-se integração de atividade ou vínculo de interesse, “quando as pessoas jurídicas referidas neste artigo, forem devedoras da sociedade sob intervenção ou submetida liquidação extrajudicial, ou quando seus sócios ou acionistas participarem do capital desta importância superior a 10% (dez por cento) ou seja cônjuges, ou parentes até o segundo grau, consanguíneos ou afins, de seus diretores ou membros dos conselhos, consultivo, administrativo, fiscal ou semelhantes”.

2 Ainda que a intervenção não seja exclusivamente aplicável às instituições financeiras, como já foram mencionados os outros sujeitos passíveis de regulação pelo Banco Central do Brasil, manter-se-á o termo “instituição financeira” para designar todas estas tão somente pelo fim didático, dada a monótona e extenuante repetição das exceções.

Nelson Abrão (1980, p. 265) e Fábio Konder Comparato (1978, p. 437), tratando de diferenciar a intervenção da liquidação extrajudicial, concordam que a intenção da intervenção é de saneamento de dificuldade financeira transitória da instituição financeira, visando preservá-la. Contudo divergem quanto à natureza jurídica. Para Abrão trata-se de medida preventiva, enquanto para Comparato seria medida provisória.

Em que pese tais entendimentos poderem ser díspares quando isoladamente considerados, quando se trata de intervenção do Banco Central em instituições financeiras, a medida seria tanto preventiva quanto provisória. Seria preventiva na medida em que visa evitar a falência da instituição financeira e provisória pois perduraria por prazo de 6 meses, prorrogáveis por igual período, por meio de decisão do próprio Banco Central, como prescreve o artigo 4º da lei 6.024/74.

A intervenção do Banco Central em instituições financeiras poderia ser compreendida, pois, como a medida de caráter preventivo e provisório, perdurando de 6 meses prorrogáveis por igual período mediante decisão do Banco Central, cujo objetivo seria de preservar a instituição financeira, atuando de forma preventiva com vistas a evitar sua falência ou liquidação extrajudicial.

O artigo 2º da Lei 6.024/74 expressa as hipóteses que justificariam a intervenção do Banco Central, nas instituições financeiras, conforme se observa:

Art. 2º Far-se-á a intervenção quando se verificarem as seguintes anormalidades nos negócios sociais da instituição:

I - a entidade sofrer prejuízo, decorrente da má administração, que sujeite a riscos os seus credores;

II - forem verificadas reiteradas infrações a dispositivos da legislação bancária não regularizadas após as determinações do Banco Central do Brasil, no uso das suas atribuições de fiscalização;

III - na hipótese de ocorrer qualquer dos fatos mencionados nos [artigos 1º e 2º, do Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945 \(lei de falências\)](#), houver possibilidade de evitar-se, a liquidação extrajudicial (BRASIL, 1974).

Do inciso I verifica-se alguns termos vagos, quais sejam: “prejuízo”, “má administração” e “riscos”. Neste sentido, questiona-se, (i) o que seria o prejuízo? Seria evidenciado ou potencial? Seria necessário lapso temporal para que seja comprovado? (ii) O que seria má-administração? Sob quais critérios se constataria? (iii) quais os tipos de riscos a que se refere o inciso?

Buscando responder tais questionamentos, pode-se apontar que os prejuízos seriam aqueles evidenciados por meio de inquérito do Banco Central do Brasil. Quando os custos para manutenção da atividade são superiores a receita proveniente dela, tem-se uma situação de prejuízo econômico, que será financeiro em situação de iliquidez de capital. Certamente o prejuízo a que se refere a Lei 6.024/74 não seria isoladamente considerado, sendo necessária a comprovação ao longo de, no mínimo alguns meses, pois um prejuízo isoladamente considerado, sem levar-se em conta um período anual, por exemplo, não necessariamente será capaz de autorizar uma intervenção, um vez que sua superação pode ser verificada em períodos subsequentes por medidas

administrativas internas da própria instituição financeira, uma vez que dificuldades econômicas transitórias e esporádicas são suscetíveis à qualquer atividade econômica. Deve-se, pois, analisar se o resultado obtido ao longo de determinado período foi capaz de superar o eventual prejuízo, sem afetação, portanto, aos compromissos assumidos face aos credores.

A má-administração pode ser interpretada conjuntamente com o inciso II do artigo, uma vez que o cometimento de reiteradas infrações demonstraria desídia do administrador e, conseqüentemente, má administração. Contudo, má-administração não se resume a essa hipótese. Atos de corrupção, desvio de ativos e outros podem também ser considerados como tal, enfim atos tomados pelos dirigentes que repercutam em riscos econômicos, financeiros, sociais ou morais para a instituição podem ser considerados como de má-administração.

Destarte, assume-se que atos de má-administração podem ser considerados como aqueles que sujeitem à instituição financeira a riscos de diversas ordens, tomados de forma consciente pelos gestores.

Evidentemente que os “riscos aos credores” a que se refere o inciso I do artigo II da Lei 6.024/74 são aqueles de ordem financeira. Notadamente o risco de não haver liquidez para os depósitos ou de não pagamento.

O inciso II também não expõe quantitativamente o que se entenda por “reiteradas infrações”, contudo a intenção que reveste o mandamento é a constatação de desobediência às determinações do Banco Central, sendo estas de difícil quantificação, pois algumas destas repercutem mais no exercício da atividade de intermediação e pagamentos, podendo até mesmo impactar na concorrência do mercado, enquanto outras podem ser mais facilmente sanadas, sem apresentarem grandes efeitos nas atividades desempenhadas por estas instituições.

Ao optar pela assunção de “reiteradas infrações”, não há uma análise qualitativa destas, as quais ficam a cabo do Banco Central do Brasil. Contudo, mesmo as de menor potencial ofensivo, se reiteradas, podem autorizar a intervenção, conforme se constata da lei, desde que para tanto haja fundamentação da autoridade competente para tanto.

Com a revogação do Decreto-Lei 7.661 de 21 de junho de 1945 pela Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005, conhecida como Lei de Falências, entende-se que as hipóteses a que se refere o inciso III do artigo 2º da Lei 6.024/74 foram recepcionadas pelo artigo 94 da Lei de Falências, quais sejam:

Art. 94. Será decretada a falência do devedor que:

I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência;

II – executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal;

III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial:

- a) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos;
- b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não;
- c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo;
- d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor;
- e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo;
- f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento;
- g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial (BRASIL, 2005).

No que se refere a vagueza dos termos previstos nos incisos I e II do artigo 2º da Lei 6.024/74, apesar de abrirem margem à discricionariedade na decretação de intervenção por parte do Banco Central do Brasil, entende-se que essa amplitude seja necessária, mormente pela competência dada a esta autarquia especial em relação à fiscalização e atuação de medidas executórias para o bom funcionamento do sistema financeiro, evitando seu colapso. Portanto pressupõe-se legitimidade e legalidade na sua atuação desta autarquia especial, de modo que poderá decretar *ex officio* ou à pedido do administrador (caso autorizado pelo estatuto social) a intervenção nas instituições financeiras.

Contudo, a atuação *ex officio* do Banco Central na decretação do regime de intervenção deverá ser revestida de inquérito administrativo, onde deverá constar evidenciada a ocorrência das hipóteses previstas no artigo 2º da Lei 6.024/74.

Todavia, em respeito aos princípios do contraditório e ampla defesa, pode o sujeito passivo da intervenção contestar tal medida, entendendo-se para tanto como cabível no prazo de 10 dias, conforme se depreende do artigo 13 da Lei 6.024/74, termo este também aplicável às decisões do interventor. Contudo, como o próprio Banco Central seria a única instância julgadora destas decisões, tomadas por interventor nomeado pela própria entidade, normalmente ex-funcionários desta, de onde pode-se argumentar pela violação ao princípio do duplo grau de jurisdição, pois não caberia a outro ente o reexame das decisões.

Uma vez nomeado o interventor, que pode ser pessoa física ou jurídica, após a publicação no Diário do Banco Central do Brasil, ele estará investido e a intervenção será decretada, produzindo os seguintes efeitos, previstos no artigo 6º da Lei 6.024/74:

Art. 6º A intervenção produzirá, desde sua decretação, os seguintes efeitos:

- a) suspensão da exigibilidade das obrigações vencidas;

- b) suspensão da fluência do prazo das obrigações vincendas anteriormente contraídas;
- c) inexigibilidade dos depósitos já existentes à data de sua decretação (BRASIL, 1974).

Iniciado o processo de intervenção, em observância aos procedimentos previstos 9º e 10º da Lei 6.024/74, o interventor apresentará relatório ao Banco Central dentro de 60 dias, devendo este conter (i) exame da escrituração, da aplicação dos fundos e disponibilidades, e da situação econômico-financeira da instituição; (ii) indicação, devidamente comprovada, dos atos e omissões danosos que eventualmente tenha verificado e; (iii) proposta justificada da adoção das providências que lhe pareçam convenientes à instituição. Caso julgue o prazo não suficiente para indicar tais requisitos, poderá o interventor requer a prorrogação do prazo de intervenção.

Uma vez emitido o relatório, o Banco Central do Brasil, a teor do que dispõe o artigo 12 poderá: (i) determinar a cessação da intervenção, hipótese em que o interventor será autorizado a promover os atos que, nesse sentido, se tornarem necessários; (ii) manter a instituição sob intervenção, até serem eliminadas as irregularidades que a motivaram; (iii) decretar a liquidação extrajudicial da entidade ou; (iv) autorizar o interventor a requerer a falência da entidade, quando o seu ativo não for suficiente para cobrir sequer metade do valor dos créditos quirografários, ou quando julgada inconveniente a liquidação extrajudicial, ou quando a complexidade dos negócios da instituição ou, a gravidade dos fatos apurados aconselharem a medida.

Uma vez entendendo o Banco Central do Brasil pela possibilidade de manutenção da intervenção prevista por um período de 6 meses prorrogáveis por igual período, operar-se-á a suspensão dos mandatos dos diretores e de seus órgãos estatutários, sendo o interventor dotado de plenos poderes de gestão.

A intervenção somente cessará nas hipóteses do artigo 7º da Lei 6.024/74, quais sejam: a) se os interessados, apresentando as necessárias condições de garantia, julgadas a critério do Banco Central do Brasil, tomarem a si o prosseguimento das atividades econômicas da empresa; b) quando, a critério do Banco Central do Brasil, a situação da entidade se houver normalizado ou; c) se decretada a liquidação extrajudicial, ou a falência da entidade.

Novamente, há discricionariedade atribuída ao Banco Central do Brasil em relação às análises das condições de garantia, ou da situação de normalidade da instituição, não havendo *standards* jurídicos que balizem esses critérios. Entende-se que deva prevalecer o critério quantitativo, de forma que a normalidade da instituição ocorrerá quando esta provar condições que possa cumprir, factualmente, com as obrigações assumidas no prazo, possuindo ativos e/ou liquidez para tanto e as condições de garantia compreenderão a análise se o ativo fornecido é suficiente para adimplir as dívidas firmadas, sendo que o Banco Central analisará tais parâmetros, exercendo, aqui, seu papel fiscalizatório.

2.2 Regime de Administração Especial Temporário (RAET) e suas distinções em relação à Intervenção

Em 25 de fevereiro de 1987 foi publicado o Decreto-Lei nº 2.321 (BRASIL, 1987), que instituiu o Regime de Administração Especial temporária, doravante RAET, ao qual, assim como na intervenção e liquidação extrajudicial, estariam submetidas as instituições financeiras privadas e públicas não federais.

Fábio Konder Comparato (1996, p. 249) e Nelson Abrão (2016, p.322) argumentam que, em que pese não haver menção expressa, o Decreto-Lei n. 2.321/87 teria substituído o regime de intervenção pelo RAET. Contudo, tal entendimento não nos parece acertado pois, como dito anteriormente, para que houvesse uma substituição, notadamente uma revogação tácita, presumir-se-ia incompatibilidade entre as matérias versadas, o que não ocorre no caso em comento. Inobstante tenham o mesmo caráter preventivo, o Decreto-Lei 2.321/87 inaugura um novo regime de atuação administrativa do Banco Central face as crises de instituições financeiras³ que entenda superáveis, com algumas diferenças em relação à intervenção prevista pela lei 6.024/76, mas que não excluem sua possibilidade de decretação. Assim, coexistem no Brasil os dois regimes de natureza preventiva de crises sistêmicas e que autorizam a atuação do Banco Central do Brasil: a intervenção prevista na Lei 6.024/76 e o RAET, previsto no Decreto-Lei 2.321/87, destarte, podendo a autoridade administrativa optar dentre eles, conforme evidenciem-se as circunstâncias que lhes autorizem.

O decreto-lei 2.321/87 prevê, em seu artigo 1º, como hipóteses de aplicação do raet a (i) prática reiterada de operações contrárias às diretrizes de política econômica ou financeira traçadas em lei federal; (ii) existência de passivo a descoberto; (iii) descumprimento das normas referentes à conta de reservas bancárias mantida no banco central do brasil; (iv) gestão temerária ou fraudulenta de seus administradores e; (v) ocorrência de qualquer das situações descritas no artigo 2º da Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974.

Percebe-se, portanto, que as hipóteses que autorizam a decretação RAET são mais extensas que a da intervenção, na verdade abrangendo aquelas, contudo lhes sendo mais amplas pois a simples existência de passivo já autorizaria a sua decretação, assim como a gestão temerária e não necessariamente a má administração, sendo que estas diferem na medida em que bastaria a exposição a altos riscos para que haja temeridade na administração, caracterizada pela exposição de riscos, ainda que estes não tenham gerados prejuízos de fato. Ainda, para a decretação do RAET acresce-se o descumprimento das normas referentes à conta de reservas bancárias mantida no Banco Central do Brasil e não somente a prática de reiteradas infrações a dispositivos das legislações bancárias não reguladas após a determinação do BC, como prevê a Lei 6.024/74 para

3 Face a previsão do artigo 19 do Decreto-Lei 3.231/87, entende-se que o RAET também se aplica a sociedades ou empresas que integram o sistema de distribuição de títulos ou valores monetários no mercado de capitais e das sociedades ou empresas corretoras de câmbio, pois não haveria incompatibilidade ou colisão na intenção de que reveste a norma, qual seja, evitar uma crise sistêmica no sistema financeiro.

a autorização de intervenção. Neste sentido, o RAET incidiria sobre a prática de um ilícito e não necessariamente sobre a infração, os quais distinguem-se no âmbito da matéria que as regula, pois o ilícito a que se refere o Decreto-Lei 2.321/87 é de ordem administrativa, não transpondo à esfera penal e, conseqüentemente, judicial, como no caso das infrações, como ocorre com os casos previstos pela intervenção extrajudicial.

Desta forma, percebe-se uma maior amplitude nas hipóteses previstas para o RAET em detrimento da intervenção extrajudicial, buscando-se, com isso, uma atuação mais célere diante da possibilidade de risco sistêmico no mercado financeiro.

O artigo 2º do Decreto-Lei 2.321/87 apresenta duas das mais importantes distinções do RAET em relação à intervenção, qual seja a de que, diferentemente do que ocorre na intervenção, no RAET o funcionamento da instituição sujeita ao regime terá seu curso normal, ou seja, não haverá interrupção nas atividades econômicas desempenhadas pela instituição financeira, que seguirá realizando pagamentos, sendo depositária e fornecendo crédito.

A este respeito, pois, cumpre assentar a exceção ao princípio da publicidade dos atos administrativos, mais evidente no RAET que na intervenção, isto se materialmente considerada. A interrupção das atividades corresponderia a um sinal de alerta aos depositantes e clientes das instituições financeiras no caso de intervenção, ao passo que no RAET muitas vezes a maior parte destes sequer tomará conhecimento que a instituição está sujeita ao regime, pois há de se convir que é raro o acompanhamento do Diário da entidade parte da maioria dos investidores, salvo algumas exceções. Outrossim, com o curso normal das atividades, não haveria mudança perceptível à dinâmica de utilização dos serviços por parte dos clientes da instituição.

A segunda parte do artigo 2º do Decreto-Lei 2.321/87 também apresenta significativa mudança do RAET em relação à intervenção da Lei 6.024/7. 4Com a decretação do Regime de Administração Especial Temporário os administradores e membros do Conselho Fiscal das instituições a ele submetidas perdem seus mandatos, enquanto na intervenção os mandatos dos administradores ficavam suspensos.

Sob este aspecto acaba por merecer uma ponderação importante. Na intervenção - caso do estatuto social da instituição lhe conferisse poderes para tanto – os administradores poderiam requisitar a intervenção, o que não ocorre com o RAET, pois dada a sanção de perda dos mandatos parece pouco provável que algum dos administradores requisite a submissão a este regime.

Merece também destaque a mudança contida no artigo 3º do Decreto-Lei 2.321/87 que dispõe que no RAET um conselho diretor, órgão colegiado, assumirá a direção da instituição financeira submetida ao RAET, enquanto que na intervenção é nomeado apenas um interventor, que pode ser pessoa física ou jurídica.

Neste aspecto pode-se afirmar com maior probabilidade de justiça, razoabilidade e acerto

nas decisões tomadas pelo RAET, uma vez que um conselho tomará, conjuntamente, as decisões que entenderem como ótimas para a recuperação financeira da instituição. Melhores planos, portanto, podem ser desenvolvidos, a partir da atuação conjunta destes diretores, que conjugarão esforços para o atingimento do objetivo que lhes é proposto, dada o somatório de conhecimentos teóricos e práticos que pode ser obtido através da interação destes profissionais.

Se poderia argumentar que as decisões tomadas em conselho comprometeriam a celeridade do RAET, contudo, há de se reafirmar que o que deve prevalecer é o interesse público de superação do risco sistêmico, o que conta maior chance de êxito dada a existência de um número maior de responsáveis capacitados para tomar as decisões durante o regime, pois as percepções dimensionais do risco sistêmico podem ser melhor analisadas na medida em que um maior número de profissionais capacitados debruçam-se sobre este, podendo, ademais, tomar melhores medidas para a sua superação e, conseqüentemente, fazendo prevalecer o interesse público de austeridade neste mercado, o qual, como antes apontado, pode irradiar uma crise que transponha suas próprias fronteiras, afetando mercados outros ou mesmo toda a economia nacional.

Em que pese não haver previsão legal, entende-se que seria de bom senso e de resguardo dos interesses dos credores a formação de uma assembleia geral de credores, como ocorre com a recuperação judicial prevista na Lei 11.101/2005, pois permitiria o melhor atingimento dos interesses destes, bem como possibilitaria o acompanhamento das medidas tomadas pelo Banco Central por parte dos credores da instituição sujeita ao RAET.

No que concerne ao tempo, verifica-se uma maior flexibilidade no RAET que na intervenção extrajudicial, pois enquanto nesse o prazo fixado é de 6 meses prorrogáveis por igual período, no regime instituído posteriormente o prazo passou a não ser mais fixado de forma rígida e pré-determinada, pois o será fixado no ato que a decretar, podendo ser prorrogada pelo mesmo período.

Essa flexibilização é mais benéfica pois permite atender com maior propriedade os reais interesses na superação da crise da instituição financeira. Há de se fazer, todavia, a ressalva de que não é o conselho diretor que fixará esse prazo, o que lhe impedirá de prolongar o regime tão somente para a manutenção de seus contratos. Quem fixará tal prazo é o próprio Banco Central no ato que decreta o RAET, sendo discricionária tal atuação pois não há fixação de parâmetros, porém há exigência que o conselho diretor fornecer informação à agência reguladora sempre que solicitado, exercendo esta seus poderes de fiscalização e evitando eventuais desvios de conduta dos conselheiros.

Mudança relevante também é da possibilidade de o Banco Central utilizar recursos da reserva monetária a tentativa de recuperar financeira e economicamente a instituição. Esta representa a dimensão do risco sistêmico que envolve as instituições financeiras, sobretudo aquelas “grandes demais para caírem” pois, com vistas a evitar a propagação de uma crise financeira, o Banco Central do Brasil poderá direcionar recursos para soerguer esta instituição assumindo,

como contrapartida, créditos, direitos e ações desta instituição financeira.

Ainda, abre-se a possibilidade de que a União possa assumir o controle de instituições financeiras, de sorte a atuar de forma complementar ao o Banco Central para que se evite crises em todo o sistema financeiro nacional, pois exerceria internamente e externamente fiscalização sobre as instituições financeiras e, com isso, resguardaria o interesse público de austeridade do sistema financeiro, evitando o risco sistêmico oriundo da falência das instituições financeiras.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme visto anteriormente, os bancos exercem a função de intermediadores do sistema financeiro, disponibilizando crédito e, com isso, viabilizando o exercício das mais diversas atividades empresárias, papel também exercido pelas empresas de distribuição de títulos ou valores no mercado de capitais, além das cooperativas de crédito.

Outrossim, os bancos também atuam como operadores do sistema de pagamentos, destarte reduzindo os custos de transação pois funcionam como ofertantes creditícios com maiores possibilidades de conhecimento sobre as informações financeiras dos demandantes creditórios.

Ademais, também realizam a função de poupança, servindo como depositário de dinheiro, o qual é transformado em crédito ao depositante face estes, o qual é remunerado face a disponibilização

Também são atuantes no sistema financeiro as corretoras de câmbio que operam no fornecimento monetário e na conversão e disponibilização de liquidez do real em moedas estrangeiras.

A atuação das instituições financeiras, portanto, perpassa interesse transindividuais, pois seu bom funcionamento beneficia toda a coletividade, fornecendo melhores condições para o desenvolvimento das mais diversas atividades econômicas.

Contudo, as instituições financeiras podem ser ensejadoras, bem como estão sujeitas à diversas externalidades, cujos efeitos seriam socialmente perpassantes. Desta feita, evitando a crise destas instituições, ao Banco Central do Brasil, por meio da Lei 4.595/64 foi incumbido poder fiscalizatório e executório das regulamentações advindas do Conselho Monetário Nacional, atuando com vistas a garantir a austeridade do sistema financeiro e a segurança dos investimentos privados.

Portanto, a compreensão do papel das instituições financeiras e dos efeitos de uma crise sistêmica do sistema financeiro servem como justificativa para que o Banco Central atue no funcionamento das instituições financeiras, resguardando interesses econômico-sociais.

Dois são os regimes que autorizam a atuação do Banco Central do Brasil para o

saneamento de crises financeiras das instituições financeiras: intervenção extrajudicial e o regime de administração especial temporária.

Estes regimes convivem na medida em que o RAET não revogou expressa ou tacitamente a intervenção extrajudicial, pois guardam algumas diferenças fundamentais, quais sejam: que no RAET a instituição financeira segue o curso normal de suas atividades, bem como são afastados – e não suspensos como ocorre na intervenção – os mandatos dos diretores, o que leva a não razoabilidade de os dirigentes das instituições financeiras requeiram, ainda que o estatuto autorize, a decretação deste regime.

Outrossim, enquanto na intervenção extrajudicial o prazo fixado é de 6 meses, prorrogáveis por igual período, o RAET conta com prazo mais flexível, a ser estipulado pelo Banco Central, também prorrogável na mesma medida.

Ademais, no RAET há a existência de um conselho diretor que passa a ser responsável pela preservação da instituição financeira em crise, ao passo que na intervenção um único interventor, pessoa física ou jurídica, será a responsável pela condução da atividade.

Contudo, ainda que a existência de um conselho diretor seja mais benéfica pois propicie a existência de decisões mais justas derivadas o diálogo entre os membros, seria de boa medida a existência de uma assembleia geral de credores, onde estes pudessem fiscalizar o próprio exercício do Banco Central na instituição financeira em crise.

Portanto, ainda que as hipóteses de autorização do RAET sejam mais amplas que as da intervenção, ambos são regimes distintos, com algumas peculiaridades próprias, sendo que a discricionariedade na decretação dos regimes deve ser preservadas, pois permite a melhor atuação do Banco Central do Brasil pois amplia seus poderes de fiscalização, desde que, seja observada sempre a existência de um inquérito administrativo promovido por esse órgão, onde constem as justificativas encontradas, bem como possibilite a ampla defesa e o contraditório da instituição financeira em análise, onde, contudo, para melhor garantia dos direitos processuais poderia haver um duplo grau de jurisdição, pois em ambos regimes o próprio Banco Central é que julgará o processo administrativo, mesmo tendo, o próprio órgão, designado o interventor ou o conselho diretor.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. **Curso de direito falimentar**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

ABRÃO, Nelson. **Direito bancário**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Lei n. 6.024, de 13 de março de 1974. Dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, 14 mar. 1974, p. 2865. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6024.htm. Acesso em: 8 jul. 2017.

BRASIL. Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, ed. Extra, 9 fev. 2005, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 8 jul. 2017.

BRASIL. Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, 31 dez. 1964, p. 28. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm. Acesso em: 8 jul. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.321, de 25 de fevereiro de 1987. Institui, em defesa das finanças públicas, regime de administração especial temporária, nas instituições financeiras privadas e públicas não federais, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, 26 fev. 1987, p. 2797. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2321.htm. Acesso em: 8 jul. 2017.

CARVALHO, Fernando José Cardim de. O papel do Banco Central no processo de regulação financeira. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; MATTOS, Paulo Todescan Lessa; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da (coord.). **Concorrência e regulação no sistema financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 257-265.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito Público**. São Paulo: Saraiva, 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CORTEZ, Tiago. O conceito de risco sistêmico e suas implicações para a defesa da concorrência. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; MATTOS, Paulo Todescan Lessa; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da (Coord.). **Concorrência e regulação no sistema financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FREITAS, Maria Cristina Penido de. Racionalidade da Regulamentação e Supervisão Bancária: Uma interpretação heterodoxa. *In* SOBREIRA, Rogério (org.). **Regulação Financeira e Bancária**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 82-95.

LASTRA, Rosa María. **Banco Central e regulamentação bancária**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de **Tratado de direito comercial brasileiro**. Rio de Janeiro: Anuario do Brasil, 1947.

PINTO, Gustavo Mathias Alves. **Regulação sistêmica e prudencial no setor bancário brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2015.

SADDI, Jairo. **Crise e regulação bancária**. São Paulo: Textonovo, 2001.

SALOMÃO NETO, Eduardo. **Direito bancário**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SAMPAIO, Gustavo José Morrone de Castro. **Fundamentos da regulação bancária e aplicação do princípio da subsidiariedade**. São Paulo: Almedina, 2015.

SIQUEIRA, Francisco José de. O papel do Banco Central no Processo de intervenção e liquidação extrajudicial. *In*: SADDI, Jairo (org.). **Intervenção e Liquidação Extrajudicial no Sistema Financeiro Nacional: 25 anos da Lei 6.024/74**. São Paulo: Texto Novo, 1999. p. 87-120.

VAZ, Isabel. Fundamentos constitucionais da livre concorrência no setor bancário. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; MATTOS, Paulo Todescan Lessa; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da (coord.). **Concorrência e regulação no sistema financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 205.

Como citar: FRADE, Eduardo Silveira; IRIBURE JUNIOR, Hamilton da Cunha. A atuação do Banco Central do Brasil na superação da crise bancária: uma análise dos regimes especiais de intervenção. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 2, p. 71-90, ago. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n2p. 71. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 27/02/2019

Aprovado em: 09/09/2019

A NOVA LEI GERAL PARA AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL – LEI N.º 13.848/2019

THE NEW GENERAL LAW FOR REGULATORY AGENCIES IN
BRAZIL – LAW N.º 13.848/2019

Danilo Vieira Vilela*

Como citar: VILELA, Danilo Vieira. A nova lei geral para as agências reguladoras no Brasil – Lei n.º 13.848/2019. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 2, p. 91-115, ago. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n2p. 91. ISSN: 1980-511X

*Professor na Universidade do Estado de Minas Gerais. Doutor em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito Obrigacional Público e Privado pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”-UNESP (Bolsista FAPESP), Especialista em Direito Processual pela Universidade do Estado de Minas Gerais, Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela UCDB, Especialista em Direito Empresarial e Advocacia Empresarial (Anhanguera-Uniderp) e MBA em Gestão Empresarial pelo UNESC. Advogado e árbitro.
E-mail: dvvilela@hotmail.com

Resumo: A partir de 1995 o Brasil passou por uma reforma da Administração Pública, visando estabelecer um modelo gerencial, transferindo-se para o setor privado a execução de uma série de serviços públicos. Assim, o Estado deixa de atuar como gestor e prestador, passando a exercer as funções de planejamento, regulação e fiscalização. São introduzidas ao direito brasileiro as agências reguladoras, autarquias em regime especial, que apenas com a Lei n.º 13.848, de 25 de junho de 2019, passam a contar com uma lei geral. Destarte, o presente artigo tem como objeto a análise da nova lei, resultante do projeto de lei do Senado Federal n.º 52, de 2013. Com base na “Reforma do Estado para a cidadania”, busca-se compreender os avanços resultantes da aprovação da lei para o ambiente de investimentos no país. Adota-se o enfoque descritivo, partindo de uma revisão bibliográfica, visando a análise das características das agências reguladoras e sua relação com a estabilidade e segurança jurídica. Conclui-se evidenciando as vantagens decorrentes da entrada em vigor de regras claras delimitadoras da atuação das agências reguladoras, aspecto que, somado à adequada compreensão do Poder Executivo quanto ao papel de tais agências, auxiliará na retomada do desenvolvimento no país.

Palavras-chave: Agências Reguladoras. Lei Geral. Desenvolvimento. Investimentos.

Abstract: Since 1995, Brazil has undergone significant reform of its the public sector: first by establishing a management model and later by transferring the execution of some public services to the private sector. Currently, Brazil’s public sector does not act as a steward or provider, because its main function in today’s

economy is operation, planning, and supervision. Furthermore, regulatory agencies, i.e. autarchies under special regime, were introduced into Brazilian law with the promulgation of General Law. n. 13.848, of June 25, 2019. Thusly, this article's purpose is to analyze this law, resulting from the Federal Senate Bill n. 52, 2013. Based on the "State Reform for Citizenship", this paper seeks to understand advances resulting from the approval of this law in regards to investments in Brazil. Moreover, this study utilizes a descriptive approach, with bibliographical review, which aim is the analysis of regulatory agencies' characteristics and their relationship with stability and legal certainty. Finally, this paper concludes that by highlighting the advantages arising from the entry into force of this law, which specifies the action of regulatory agencies, an aspect that – added to the proper understanding of the Executive Power regarding the role of such agencies – will assist in Brazil's development.

Keywords: Regulatory Agencies. General Law. Development. Investments.

INTRODUÇÃO

Nos anos noventa do século XX, capitaneado pelo então Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE) Luiz Carlos Bresser Pereira, o Brasil passou por um processo de Reforma da Administração Pública, tendo como premissa a transformação do modelo de uma administração burocrática para um modelo gerencial (BRASIL, 1995).

Dessa forma, sob o pretexto de superar um modelo supostamente exclusivista e ineficiente de Estado, numa concepção nitidamente pós-fordista, buscava-se reduzir seu papel em relação aos serviços públicos, o que, por outro lado, representava a prevalência do princípio da eficiência, símbolo máximo desse contexto, alçado a status constitucional com o advento da Emenda Constitucional n. 19 de 1998, que o inseriu no caput do art. 37 da Constituição Federal, ao lado dos já tradicionais princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

Ou seja, tendo-se como premissa a ideia de que o Estado não conta com recursos suficientes para os investimentos necessários e que, além disso, é ineficiente, transfere-se para o setor privado a execução de uma série de serviços públicos¹. Contudo, o fato de que tais serviços passaram a ser prestados por empresas privadas concessionárias, disciplinados, sobretudo, pela lei nº 8.987/1995, não lhes retira a natureza pública, de forma que o Estado, a partir desse processo de privatização, deixa de atuar como gestor e prestador de atividades econômicas, passando a exercer as funções de planejamento, regulação e fiscalização (NOHARA, 2019, p. 644-646).

Diante dessa nova forma de atuação do Estado na economia, e do fortalecimento do papel privado em setores estratégicos e atividades econômicas relevantes, fez-se imprescindível a readequação do aparato estatal, de forma a garantir a eficiência da Administração Pública. É com base nisso, que, seguindo o modelo estadunidense, são introduzidas ao direito brasileiro as chamadas agências reguladoras.

Surge, assim, um dos mais polêmicos entes administrativos do direito brasileiro, seja em virtude da delimitação do alcance da atividade regulatória, seja pela assimetria entre o modelo brasileiro e o estadunidense, ou ainda pelo “modismo” resultante da criação de inúmeras agências, sejam elas federais, estaduais, distritais ou mesmo municipais, especializadas ou “multissetoriais”.

Contudo, apesar da relevância que tais agências assumiram no cenário jurídico-político-econômico nacional, até recentemente não existia nenhuma lei geral das agências reguladoras, submetendo-se, cada uma delas, à sua norma própria instituidora.

Assim, apesar de haver semelhança em relação ao regime jurídico dos seus servidores (conforme redação do art. 6º da lei 10.871/2004, que revogou o art. 1º da lei 9.986/2000), a ausência de uma lei-quadro para as agências reguladoras revelou-se, por muito tempo, como mais um entrave ao bom desempenho de tais autarquias especiais, além de gerar incertezas em relação a aspectos relacionados, desde a forma de nomeação de seus diretores até os meios de se solucionar

1 Buscando-se aprimorar a eficiência do Estado, ainda em 1995, foram aprovadas cinco emendas constitucionais. Assim, as ECs 6 e 7 abriram a economia para o capital estrangeiro, ao passo que as 5, 8 e 9 atenuaram os monopólios estatais, permitindo a concretização dos objetivos traçados pelo Programa Nacional de Desestatização (VILELA, 2018a).

eventuais conflitos entre tais agências e outras autoridades, como as ambientais e as responsáveis pelo controle da concorrência.

Por esse motivo é que, no Congresso Nacional, o projeto de lei do Senado Federal nº 52, de 2013, foi incluído na chamada “Agenda Brasil 2015”, conjunto de medidas que visam melhorar o ambiente de negócios e infraestrutura no país. Em dezembro de 2018, sob o nº 6.621/2016, referido projeto de lei foi aprovado pela Câmara dos Deputados que, com algumas alterações devolveu-o ao Senado Federal, onde, em 29 de maio de 2019, foi aprovado e, posteriormente sancionado pelo Presidente da República, transformando-se na lei nº 13.848/2019, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, esperando-se que possa ser um passo importante para se reconquistar a segurança jurídica necessária à retomada do crescimento nacional.

Assim, o presente trabalho propõe uma análise da lei nº 13.848/2019, para que seja possível compreender em que medida sua entrada em vigor permitirá o incremento da atividade regulatória do Estado brasileiro, de forma a possibilitar a retomada de investimentos e, conseqüentemente, do crescimento econômico.

Dessa forma, é imprescindível a análise de aspectos como a introdução definitiva, no direito brasileiro, da Análise de Impacto Regulatório (AIR), a fixação de critérios objetivos para a nomeação dos dirigentes das agências reguladoras, bem como da adoção de padrões de *compliance*² e *accountability*³ por tais agências, de forma a demonstrar como tais medidas podem, de fato, repercutir no desenvolvimento econômico e social.

Como referencial teórico tem-se a obra de Irene Patrícia Nohara (2012) “Reforma Administrativa e Burocracia” e o trabalho do ex-Ministro Luiz Carlos Bresser-Pereira “Reforma do Estado para a cidadania”, que permitirão compreender o contexto de criação das agências reguladoras e sua evolução desde os anos 90 do século XX até o presente, de forma a possibilitar uma análise da compatibilidade da lei nº 13.848/2019 com os objetivos idealizados no momento da incorporação do modelo estadunidense de agências no direito brasileiro.

Para a elaboração do presente trabalho, o enfoque privilegiado foi o descritivo, visando a análise e ao registro das características das agências reguladoras e sua relação com a estabilidade e segurança jurídica imprescindíveis à retomada do crescimento nacional.

2 *Compliance* pode ser compreendido como “conformidade às regras e posturas éticas (isto é, valores) determinadas pela organização.” (OCTAVIANI; NOHARA, 2019, p. 176).

3 “O conceito de *accountability* refere-se à estrutura jurídica e de comunicação, à estrutura organizacional e estratégica, aos procedimentos e às ações para garantir que: as Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS) cumpram as obrigações legais do seu mandato de auditoria e produção de relatórios necessários dentro de seu orçamento; as EFS avaliem e monitorem o seu próprio desempenho, bem como o impacto da sua auditoria; as EFS produzam relatórios sobre a regularidade e a eficiência do uso de recursos públicos, inclusive suas próprias ações e atividades e o uso dos recursos das EFS e o dirigente da EFSA, os membros (de instituições colegiais) e os servidores da EFS possam ser responsabilizados pelos seus atos.” (INTOSAI, 2010).

1 ORIGEM E OBJETIVOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

No fim dos anos noventa do século XX, com a realização de eleições diretas para Presidente da República, a liberdade política traz consigo ideais também do (neo) liberalismo econômico. Assim, ainda no governo Collor (15/03/1990-29/12/1992), já se propunha a redução do papel do Estado na ordem econômica, sob forte inspiração dos modelos chileno, liderado pelo General Augusto Pinochet, britânico, capitaneado por Margaret Thatcher, e estadunidense, levado a cabo por Ronald Reagan. Nesse sentido,

A partir de 1990, com o Programa Nacional de Desestatização (PND), criado pela lei 8.031/90, o Estado brasileiro passa a mudar a sua forma de atuação como agente produtor de bens e serviços e determinados setores da economia, iniciando um longo processo de privatização das empresas estatais e intensificando a concessão de serviços públicos à iniciativa privada. Nesse contexto, passa também a redimensionar sua atuação como agente normativo e regulador da atividade econômica, voltando-se para a criação de agências de regulação e intensificação da defesa da livre concorrência e da defesa do consumidor (MATTOS, 2002, p. 55).

Assim, não obstante os princípios e objetivos dispostos no art. 170 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁴ (BRASIL, 1988), a ideia central dos primeiros governos eleitos pós-1988 foi a de que o Estado brasileiro era muito grande e que deveria reduzir sua atuação na área econômica, devendo concentrar-se em um menor número de atividades, do que resultaria uma maior eficiência (princípio inserido em 1998 no art. 37 da CRFB/88 por meio da Emenda Constitucional nº 19).

Em razão dos problemas de ordem política e escândalos de corrupção que levaram à sua renúncia em 29 de dezembro de 1992, Fernando Collor de Mello não conseguiu levar adiante sua agenda de reformas da Administração Pública brasileira. O governo de Itamar Franco (29/12/1992 a 1º/01/1995) além de contar com uma postura mais intervencionista, centrou suas forças políticas na aprovação do Plano Real (MP 482/1994) que, ao controlar a hiperinflação, gerou estabilidade econômica ao país (BRASIL, 1994). Dessa forma, ao rejeitar uma significativa redução do papel do Estado na ordem econômica, o governo de Itamar Franco acabou por representar um hiato entre os governos Collor e Fernando Henrique Cardoso (FHC) no processo de transformação do Estado e da Administração Pública brasileiros.

Com o sucesso do Plano Real e altos índices de popularidade, Itamar consegue, com tranquilidade, fazer seu sucessor. Assim, em 1994, Fernando Henrique Cardoso foi eleito, trazendo

4 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (BRASIL, 1988).

consigo o fim ou o retraimento da publicização de vários setores econômicos, inclusive o de serviços públicos cujas razões são sintetizadas por Alexandre Santos Aragão, a saber:

(a) mudanças no sistema de produção, com a desvalorização do setor primário, principalmente da agropecuária, e valorização de emergentes setores técnico-especializados; (b) aceleração e desenvolvimento tecnológico dos meios de comunicação, o que acarretou o fim de alguns monopólios naturais até então inevitáveis; (c) a globalização da economia que, potencializada pela evolução da informática, mitigou bastante os empecilhos econômicos e materiais para as trocas internacionais e inter-regionais; (d) mudanças na sociedade pluriclasse, com os sujeitos deixando de se organizar preponderantemente pela posição que ocupam na cadeia produtiva (capital-trabalho), ocupação, por sinal, crescentemente instável e cambiante, para reunirem-se em grupos sociais de variados substratos (idade, lazer, religião, formação cultural, etnia, etc.); (e) erosão do conceito clássico de soberania do Estado, que vem perdendo espaço, tanto a montante, para entidades internacionais (ONU, OMC, UE, etc.) e poderosas organizações econômicas transnacionais, como a jusante, para organizações sociais locais e setoriais, o que tem causado sensível alteração na teoria das fontes do direito (fontes emergentes, de caráter internacional, privado, corporativo, comunitário, técnico, deontológico, etc.); e, por esses motivos, (f) a diminuição da importância da política estatal *stricto sensu* (ARAGÃO, 2006, p.4-5).

Nesse contexto é levada a cabo a terceira Reforma Administrativa da história brasileira⁵, qual seja, a chamada Reforma Gerencial, consagrada no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado – PDRAE (BRASIL, 1995). Assim, “alinhada com os princípios da nova gestão pública, a reforma de 1995 foi uma reforma do aparelho do Estado, não do Estado.” (NOHARA; MAXIMIANO, 2017, p. 132). Irene Nohara (2012, p. 79) destaca que:

O plano questionou a atuação direta do Estado no domínio econômico, como meio utilizado no século XX para a obtenção de estabilização econômica e de desenvolvimento, considerando que seria necessário que fossem transferidos para o setor privado atividades que pudessem ser controladas pelo mercado. Daí a ênfase nos processos de privatização.

Nesse contexto, o PDRAE buscava, ainda, transformar autarquias e fundações que exerciam atividades exclusivas do Estado, em agências autônomas, daí resultando tanto as agências executivas quanto as agências reguladoras.

As primeiras (agências executivas) devem ser compreendidas como as autarquias ou fundações “que celebrem contrato de gestão com o órgão da Administração Direta a que se acha vinculada, para a melhoria da eficiência e redução de custos” (DI PIETRO, 2017, p. 599). Assim,

5 A primeira reforma foi aquela operada por Getúlio Vargas, que, inspirada pelo modelo weberiano, se estendeu dos anos de 1930 até meados de 1940, cujo objetivo foi “o fortalecimento das estruturas do governo e da função pública, envolvendo profissionalização, capacitação, ingresso no serviço público por mérito, perspectivas de carreira e remuneração do funcionário”. Já a segunda é a chamada “Reforma de 1967”, resultante de um movimento de modernização da infraestrutura da Administração Pública do Brasil, caracterizada por uma sequência de eventos culminados pela edição do Decreto-Lei 200/1967, que dispõe sobre “a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências”. (NOHARA; MAXIMIANO, 2017).

em verdade, não são novas entidades, instituídas desde o início como agências executivas, mas sim entidades preexistentes que recebem a qualificação de agência executiva, preenchendo-se os requisitos exigidos pela lei nº 9.649/1998, sobretudo: a) ter um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento; e b) ter celebrado contrato de gestão com o respectivo Ministério superior (art. 51).

Por outro lado, as agências reguladoras foram instituídas para ter uma autonomia ainda maior que as agências executivas, o que fica evidenciado no fato de que sua criação se dá por meio de lei e não da celebração de um contrato de gestão. O próprio ex-Ministro Luiz Carlos Bresser-Pereira faz questão de enfatizar a diferença entre agências executivas e agências reguladoras, na medida em que estas:

[...] devem ser tratadas separadamente, pois terão, por lei – e não por uma mera delegação do Presidente da República – uma relativa independência em relação ao governo. A diferença entre os dois tipos de agência está no fato de que, embora as duas gozem de maior autonomia administrativa, as agências reguladoras são entes públicos mais autônomos em relação ao governo, uma vez que a elas compete cumprir políticas de Estado, de caráter mais amplo e permanente, em defesa do cidadão, não devendo, por isso, estar subordinadas a prioridades e diretrizes de um governo específico (BRESSER-PEREIRA, 1998, p. 226).

Assim, criadas como autarquias em regime especial, as agências reguladoras são conceituadas como “as entidades públicas, encarregadas da regulação, politicamente neutra e imparcial, de setores e mercados específicos, estabilizando o convívio de interesses políticos, coletivos e privados.” (FIGUEIREDO, 2016, p. 192). Já para Celso Antônio Bandeira de Mello, tais agências são autarquias sob regime especial criadas com a finalidade de disciplinar e controlar certas atividades, dentre as quais: a) serviços públicos propriamente ditos; b) atividades de fomento e fiscalização de atividade privada; c) atividades exercitáveis para promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo; d) atividades que o Estado também protagoniza (e quando o fizer serão serviços públicos), mas que, paralelamente, são facultados aos particulares; e e) regulação do uso de bem público (MELLO, 2013, p. 174-175).

Em suma, é possível afirmar que as agências reguladoras são autarquias em regime especial, dotadas de autonomia reforçada em relação ao ente central o que, segundo Rafael Carvalho Rezende Oliveira, se dá por duas razões: “a) despolitização (ou “desgovernamentalização”), conferindo tratamento técnico e maior segurança jurídica ao setor regulado; e b) necessidade de celeridade na regulação de determinadas atividades técnicas” (OLIVEIRA, 2018, p. 104-105).

Nessa perspectiva, mesmo não havendo nenhuma previsão expressa no texto constitucional, seguindo-se o modelo estadunidense, foram criadas até o momento, onze agências reguladoras federais no Brasil, conforme quadro infra:

Quadro 1 – Agências Reguladoras

Agência	Norma instituidora
Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel	lei 9.427/96
Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel	lei 9.472/97
Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP	lei 9.478/97
Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa	lei 9.782/99
Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS	lei 9.961/2000
Agência Nacional de Águas - ANA	lei 9.984/2000
Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT	lei 10.233/2001
Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ	lei 10.233/2001
Agência Nacional do Cinema - Ancine	MP 2.228-1/2001 (alterada pela lei 12.485/11)
Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC	lei 11.182/2005
Agência Nacional de Mineração - ANM	lei 13.575/2017

Fonte: Vilela (2018a, p. 58-59).

A manutenção e a própria existência das agências reguladoras, assim como os limites de suas competências vêm despertando, desde as origens, muita polêmica doutrinária, acentuada nesse momento de transição política no Brasil. Assim, dentre outras formas de se compreender o modelo, há desde aqueles que veem no modelo de agências reguladoras um processo de “desmonopolização” do poder estatal, fazendo surgir uma sociedade e um Estado “policráticos” (MOREIRA NETO, 2003, p.145), até aqueles que entendem que, apesar dos avanços que as agências podem representar para o Estado Regulador, seja imprescindível uma aclimação do modelo estadunidense à realidade brasileira (OLIVEIRA, 2009, p. 176).

Nesse sentido, conforme será demonstrado, a lei nº 13.848/2019 pode representar um passo importante para que se garanta às agências reguladoras uma configuração compatível com o ordenamento jurídico brasileiro e mais de acordo com as necessidades das políticas públicas e da ordem econômica constitucional.

2 CARACTERÍSTICAS E REGIME JURÍDICO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Criadas como autarquias em regime especial, portanto, inseridas na Administração Pública Indireta, as agências reguladoras são instituídas por uma lei que determinará seu regime jurídico (NOHARA; MAXIMIANO, 2017, p. 106). Do regime especial decorrem características que lhe conferem maior autonomia (para alguns, independência) em relação à Administração Direta, imprescindíveis para que se “garanta o exercício politicamente neutro exigido pela função da regulação” (MOREIRA NETO, 2003, p.165).

A primeira característica referente à autonomia das agências reguladoras diz respeito ao mandato fixo de seus dirigentes, garantindo-lhes uma estabilidade reforçada. Nesse sentido,

apesar de não haver uma lei geral das agências reguladoras, a lei nº 9.986/2000 tratou da gestão de seus recursos humanos, estabelecendo, dentre outros pontos, que tais autarquias teriam diretorias compostas por pessoas nomeadas pelo Chefe do Executivo após aprovação do Poder Legislativo, exigindo-se que fossem brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais seriam nomeados (art.5º, da lei nº 9.986/2000).

Há que se destacar, desde já, que a lei nº 13.848/2019 também teve o condão de alterar dispositivos tanto das leis instituidoras de cada uma das agências reguladoras, quanto da mencionada lei nº 9.986/2000. Assim, buscando-se harmonizar as regras das onze agências reguladoras federais hoje existentes, após a entrada em vigor da novel legislação, as agências terão como órgão máximo o Conselho Diretor ou a Diretoria Colegiada, que será composta, em regra, de até 4 (quatro) Conselheiros ou Diretores e 1 (um) Presidente, Diretor-Presidente ou Diretor-Geral (nova redação do art. 4º da lei nº 9.986/2000), devendo tais membros serem brasileiros, indicados pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, entre cidadãos de reputação ilibada e de notório conhecimento no campo de sua especialidade, atendendo requisitos específicos da lei que serão, oportunamente, abordados.

No mais, manteve-se a previsão de que “somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar, com observância do contraditório e da ampla defesa, ou ainda, outras situações previstas na lei de criação da agência” (VILELA, 2018b, p. 223).

Além das possibilidades de perda do mandato já existentes, a lei nº 13.848/2019, ao alterar o art. 9º da lei nº 9.986/2000 fixou ainda que também resultará na perda, a infringência às seguintes vedações: I- receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas; II- exercer qualquer outra atividade profissional, ressalvado o exercício do magistério, havendo compatibilidade de horários; III- participar de sociedade simples ou empresária ou de empresa de qualquer espécie, na forma de controlador, diretor, administrador, gerente, membro de conselho de administração ou conselho fiscal, preposto ou mandatário; IV- emitir parecer sobre matéria de sua especialização, ainda que em tese, ou atuar como consultor de qualquer tipo de empresa; V- exercer atividade sindical; VI- exercer atividade político-partidária; e VII- estar sem situação de conflito de interesse, nos termos da lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013 (art. 8º-B recém incluído na lei nº 9.986/2000).

Por outro lado, ainda em relação à autonomia administrativa conferida às agências reguladoras, há que se destacar o regime de quarentena, período no qual o ex-dirigente ficará “impedido de exercer atividades ou de prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência.” (MARINELA, 2014, p. 146). Isso se justifica “uma vez que os setores regulados podem ter interesse em contratar ex-dirigentes das agências em função das informações estratégicas acumuladas, o que tem o potencial de provocar assimetria de informações.” (NOHARA; MAXIMIANO, 2017, p. 105).

O art. 8º, §4º da lei nº 9.986/2000, ao dispor sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras, estabeleceu a quarentena como sendo de quatro meses, contados da

exoneração ou término do seu mandato, mas normas específicas de algumas agências reguladoras estabeleciam prazos diferentes, tal como ocorria com a ANEEL, a ANP e a ANS cujo prazo era de doze meses e da Anatel, Anvisa, ANTT e Antaq, que o fixava como sendo de um ano. A nova lei nº 13.848/2019 também alterou o disposto no art. 8º da lei nº 9.986/2000, fixando a quarentena em 6 (seis) meses, contados da exoneração ou do término do mandato, assegurando a remuneração compensatória.

Quanto aos demais agentes que atuam nas agências reguladoras, apesar de a lei 9.986/2000 inicialmente tê-los subordinado ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), na ADI 2.310-1/DF “foi concedida liminar para suspender a eficácia do dispositivo, entendendo-se que o regime celetista seria incompatível com a atividade desempenhada pelas agências reguladoras” (VILELA, 2018a, p. 69) e a nova legislação em nada alterou tal entendimento.

Também em virtude da autonomia que lhes é característica, existem limites à interposição de recurso hierárquico impróprio contra ato de agência reguladora junto ao Ministério supervisor competente, admitindo-se tal recurso em decorrência do Parecer Normativo da Advocacia-Geral da União (AGU) 51/06 em apenas duas circunstâncias: a) quando as agências reguladoras ultrapassem os limites das suas competências institucionais; e b) se violarem políticas públicas estabelecidas pelo Poder Executivo Central (NOHARA; MAXIMIANO, 2017, p. 105).

A nova lei nº 13.848/2019 reitera a natureza especial das agências reguladoras, caracterizando-a, sobretudo, pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos (art. 3º, caput).

A autonomia financeira, por sua vez, é assegurada pelas taxas regulatórias que as agências reguladoras cobram dos entes regulados e por dotações orçamentárias provenientes do orçamento dos Ministérios a que se vinculam (VILELA, 2016, p. 92). Cumpre destacar que a autonomia das agências reguladoras estaria completamente ameaçada caso não gozassem dessa independência financeira, assim delineada por Leila Cuéllar (2008, p. 99):

[...] saliente-se que as agências reguladoras devem dispor de recursos materiais, através da transferência de patrimônio que lhes é efetuada quando de sua instituição, dotações orçamentárias gerais e outras formas de receitas próprias – como os recursos oriundos de arrecadação de taxas de fiscalização sobre as atividades reguladas, produtos de multas, emolumentos e retribuição de serviços prestados a terceiros, rendimentos e operações financeiras, recursos provenientes de convênios, acordos ou contratos celebrados, doações, legados, dentre outros que lhes forem destinados e valores apurados na venda ou aluguel de bens móveis ou imóveis de propriedade das agências.

Diante dessas características que lhes conferem um regime jurídico especial em relação às demais autarquias, as agências reguladoras, considerando a relevante função exercida no cenário jurídico-político-econômico nacional, devem legitimar sua atuação através do procedimento adotado para a elaboração de normas e tomada de decisões, garantindo-se a chamada “legitimação

pelo procedimento” (CUÉLLAR, 2008, p. 101). Com isso:

As previsões legais nesse sentido visariam em certa medida a contrabalançar o déficit democrático existente em relação aos entes reguladores independentes – decorrente, em especial, do fato de que os dirigentes das agências não são eleitos e as agências possuem um elevado grau de autonomia (CUÉLLAR, 2008, p. 101).

No mesmo sentido de se fazer da processualidade uma forma de legitimação da atuação das agências reguladoras:

Existe, portanto, um plano legitimatório que não é o político, mas social, que se instrumentaliza pela *processualidade administrativa*, na linha clássica do *due process* anglo-saxônico, ao garantir a *participação* de todos os interessados através da publicidade, pela intervenção, pelo contraditório e pela ampla defesa (MOREIRA NETO, 2003, p.156).

Assim, é de se reconhecer que a adoção de procedimentos claros e transparentes, somados à efetiva participação social nas tomadas de decisões, envolvendo setores regulados, sociedade civil organizada e demais interessados, são instrumentos necessários e imprescindíveis para conferir a desejável e esperada legitimidade democrática na atuação das agências reguladoras.

3 A CRIAÇÃO DE UMA LEI-GERAL PARA AS AGÊNCIAS REGULADORAS COMO ALTERNATIVA PARA O APERFEIÇOAMENTO DO SISTEMA REGULATÓRIO BRASILEIRO

Conforme demonstrado, as agências reguladoras contam com uma autonomia maior que as demais autarquias. Entretanto, essa circunstância não deve conduzir à ideia de que a regulação seria uma nova função política ou um “novo poder orgânico” do Estado. Ao contrário, conforme destaca Moreira Neto, “se está diante de uma *nova função administrativa*, um modelo de administração que já estava latente na Constituição de 1988, como, de resto, em todas as Constituições de Estados Democráticos de Direito, que prestigiam os princípios da *eficiência, da impessoalidade e da participação*” (MOREIRA NETO, 2003, p.166).

Assim, a regulação se apresenta como o conjunto de atividades que envolve o poder de editar a regra, de assegurar a sua aplicação e o de reprimir infrações, tendo-se como pressuposto a ideia de que o mercado, mesmo sendo uma decorrência espontânea do dinamismo social, também é uma criação jurídica, cujo desenvolvimento depende de condições adequadas.

Dessa forma, prossegue Alexandre Santos Aragão: “Do conceito de regulação está excluída a atividade direta do Estado como produtor de bens ou serviços e como fomentador das atividades econômicas privadas, que, junto com a regulação, constituem espécies do *gênero da intervenção do Estado na economia*” (ARAGÃO, 2006, p.23). E mais:

A regulação [...] possui três principais searas: (a) a regulação dos monopólios,

quando a competição é restrita ou inviável, evitando que eles lesem a economia popular, controlando os preços e a qualidade dos serviços ou produtos; (b) regulação para a competição, como forma de assegurar a livre concorrência no setor privado e, no caso de atividades econômicas sensíveis ao interesse público, o seu direcionamento na senda deste; e (c) regulação dos serviços públicos, assegurando a sua universalização, qualidade e preço justo (ARAGÃO, 2006, p.25).

O sistema regulatório brasileiro, pautado, sobretudo, pela atuação das agências reguladoras, tinha como pressuposto um modelo cujas decisões seriam, antes de tudo, técnicas e independentes. Para tanto, os entes reguladores deveriam ser compostos por pessoas tecnicamente qualificadas que atuariam mediante a segurança de uma estabilidade reforçada, afastando-se, assim, a influência política e empresarial dos setores regulados.

Contudo, com o tempo, é possível perceber que tais objetivos foram apenas parcialmente alcançados. Assim, as agências reguladoras, no Brasil acabam sendo vítimas de vícios que atingem toda a Administração Pública. Nesse sentido, Irene Nohara (2012, p. 33) destaca que:

Ainda vigoram, com força, práticas e ideais correspondentes ao modelo patrimonial, tendo em vista que o projeto burocrático (que, ao contrário do que se defende, jamais deixou de ser orientado para a eficiência) não encontrou uma ambiência cultural favorável à sua ampla e profunda disseminação nas práticas administrativas.

Abordando mais diretamente o relativo insucesso das agências reguladoras, Vicente Bagnoli afirma que tais entes, com o tempo, foram enfraquecidos e esvaziados, tornando-se objeto de desejo para alguns partidos e, portanto, deixando de ser órgãos de Estado para se tornarem órgãos de governo (BAGNOLI, 2013, p. 135).

Nesse sentido, há que se destacar o primeiro grave problema enfrentado pelas agências reguladoras, desde sua criação, tem sido a inadequada forma de indicação dos seus diretores, motivada mais por influência política que por conhecimento técnico. No mais, “a experiência recente evidencia, ainda, a omissão do Poder Executivo na nomeação de dirigentes das agências reguladoras, inviabilizando o alcance de seus objetivos regulatórios.” (VILELA, 2018a, p. 172).

Assim, dados elaborados pela Fundação Getúlio Vargas permitem compreender que a maioria dos diretores das agências reguladoras são provenientes do próprio Estado (tanto Executivo quanto Legislativo).

Quadro 2 - Origem dos nomeados para cargos de direção nas Agências Reguladoras Federais selecionadas⁶

Agências Reguladoras	25%
Ministérios	23%
Outros órgãos e entes do Estado	15%
Empresa estatal	12%
Academia	10%
Iniciativa privada	6%
Senado Federal	6%
Outros	3%

Fonte: Salama e Barrionuevo (2016).

Por outro lado, também vem sendo alvo de crítica doutrinária, “a indevida influência dos agentes econômicos regulados sobre as agências reguladoras, de modo a beneficiarem-se, seja em relação aos consumidores usuários, seja em relação ao próprio Estado” (VILELA, 2018a, p. 173). Nesse sentido, destaca Vicente Bagnoli (2013, p. 154):

Está-se, portanto, diante da chamada teoria da cooptação ou da captura, pela qual a agência reguladora ou seus funcionários podem ser capturados pelos agentes privados e cooptados por interesses individuais ou de uma minoria, em prejuízo aos interesses da coletividade.

A principal forma de se combater a captura, propiciar uma atuação eficiente do mercado e compatível com o devido processo competitivo é fazer com que a atuação das agências reguladoras seja, invariavelmente, pautada por critérios máximos de transparência. Assim:

Em transparência, reduz-se o risco da captura e a assimetria da informação. Com informação, transfere-se a decisão ao consumidor, que poderá fazer as melhores escolhas, acirrando a concorrência. Em concorrência entre os agentes do mercado, reduzem-se os preços, aumenta a qualidade, viabilizam-se avanços tecnológicos e contribui-se para o desenvolvimento socioeconômico (BAGNOLI, 2013, p.154).

Por sua vez, Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2018, p. 114) destaca requisitos necessários à efetivação da legitimidade democrática das agências reguladoras, a saber:

transparência do processo regulatório e efetivação de instrumentos de democracia direta na elaboração de decisões e normas regulatórias;
os órgãos colegiados das agências reguladoras devem ser compostos de representantes das mais diversas linhas de interesse (governo, empresas reguladas e sociedade civil), o que garante a pluralidade representativa e democrática;
transferência de legitimidade democrática que ocorre no momento da nomeação

⁶ Nota: Na categoria “outros órgãos e entes do Estado” estão reunidos órgãos e entes estatais não listados, como o IPEA, o Legislativo municipal e órgãos de Governo estadual. A categoria “outros” abrange outras entidades não estatais que não se enquadram na categoria “iniciativa privada”, quais sejam: advocacia (2%) e associação internacional (1%) (SALAMA, BARRIONUEVO, 2016).

dos dirigentes pelo chefe do Poder Executivo, após aprovação do Senado, órgãos de forte expressão majoritária (representantes eleitos pelo povo); teoria dos poderes neutrais: a insuficiência da soberania popular para efetivação da democracia demonstra a necessidade de instituições estatais dotadas de forte autonomia em relação às diretrizes político-governamentais (ex. Tribunais de Contas, Conselhos Nacionais, agências reguladoras, etc.).

Nesse sentido, com a criação de uma lei-geral para as agências reguladoras almeja-se um aperfeiçoamento do modelo e uma maior eficiência na atuação desses entes de forma a que a regulação, além de propiciar um incremento da competição e das relações de mercado, possa preservar “um caráter de política pública com efeitos eminentemente redistributivos.” (CARVALHO, 2002, p. 22).

Assim, espera-se que a nova Lei Geral das Agências Reguladoras possa ser um marco na consolidação de uma agenda regulatória mais consentânea à realidade do país, cuja intervenção adequada na ordem econômica faz-se necessária para garantir os meios que possibilitarão a retomada do desenvolvimento social e econômico.

4 A DISCIPLINA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NA LEI nº 13.848/2019

Tendo como premissa o reconhecimento do relativo insucesso do modelo de agências reguladoras no Brasil, em 2013 o então Senador Eunício Oliveira (PMDB/CE) apresentou, no Senado Federal, um projeto de lei que, naquela casa, recebeu o nº 52, dispondo sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, além de alterar uma série de dispositivos das leis específicas de algumas agências e da já mencionada lei nº 9.986/2000.

Inicialmente o PL nº 52/2013 do Senado Federal recebeu parecer favorável pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado e, a seguir, foi apresentado substitutivo pelo Senador Walter Pinheiro (PT/BA), sendo encaminhado para a Comissão Especial do Desenvolvimento Nacional, onde foi alvo do parecer da Senadora Simone Tebet (PMDB/MS), segundo a qual o projeto visava ao

[...] estabelecimento de um regulamento geral a ser observado por todas as agências reguladoras federais, entendidas como autarquias de regime especial, no qual se identificam as características de maior autonomia orçamentário-financeira, estabilidade de dirigentes e acentuado exercício de poder regulatório (BRASIL, 2016, p. 1-2).

Ainda segundo o parecer da relatora é possível destacar seis eixos principais do mencionado projeto:

- 1) previsão da participação de diversos agentes públicos na composição dos

órgãos diretivos das agências reguladoras; 2) padronização do sistema de tomada de decisões, mediante os procedimentos de consultas e audiências públicas; 3) fixação de regras mais claras e rígidas de prestação de contas, inclusive com a elaboração de relatórios anuais a serem publicados na internet e em jornais de grande circulação; 4) regulamentação do contrato de gestão, a ser celebrado entre a Agência e o Ministério Supervisor, nos termos do art. 37, § 8º, da Constituição Federal, a fim de aumentar sua autonomia orçamentário-financeira; 5) previsão de regras uniformes para as Ouvidorias das agências reguladoras, como órgãos de auxílio de controle interno; 6) estabelecimento de regras para a cooperação institucional entre as agências reguladoras federais e outros órgãos e entidades da Administração Pública, como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e as agências reguladoras e de fiscalização de estados, Distrito Federal e municípios (BRASIL, 2016, p. 2).

Em 06 de dezembro de 2016, o projeto foi encaminhado para a Câmara dos Deputados, lá recebendo o número 6.621/2016, tendo como relator o Deputado Danilo Forte (PSDB/CE) e, em 05 de dezembro de 2018, referido projeto de lei foi aprovado, sendo devolvido ao Senado com algumas alterações, mas mantendo importantes avanços, como a exigência da Análise de Impacto Regulatório (AIR) para qualquer mudança ou criação de ato normativo de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados pelos setores regulados (AGÊNCIA CÂMARA, 2018).

Em 21 de maio de 2019 a Comissão de Transparência, Governança, Fiscalização e Controle e Defesa do Consumidor (CTFC) do Senado Federal aprovou parte do substitutivo encaminhado pela Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado 52/2013 e manteve a maior parte do texto original originário do Senado, conhecido como Lei Geral das Agências Reguladoras (BRASIL, 2019c).

O texto final foi aprovado em 29 de maio de 2019, ocasião em que o Plenário rejeitou a permissão que havia sido incluída pela Câmara para indicações políticas nas empresas estatais (BRASIL, 2019b). Finalmente, aos 26 de junho de 2019, o Diário Oficial da União trouxe a publicação da lei nº 13.848, devidamente sancionada pelo Presidente da República, instituindo o novo marco legal das agências reguladoras.

Alguns pontos foram objeto de veto presidencial. Inicialmente cumpre destacar o veto ao §3º do art. 15, que previa o comparecimento anual obrigatório dos diretores das agências reguladoras ao Senado para prestação de contas⁷. Por outro lado, sob o argumento de que “a medida restringiria a competência constitucionalmente conferida ao chefe do Poder Executivo para fazer as indicações dos dirigentes.” (BRASIL, 2019b), o Presidente da República vetou o trecho que estabelecia a necessidade de lista tríplice para a seleção dos dirigentes das agências reguladoras⁸.

7 Art. 15, §3º (vetado): Os dirigentes máximos das agências reguladoras comparecerão ao Senado Federal, em periodicidade anual, observado o disposto no regimento interno dessa Casa e do Congresso Nacional, para prestar contas sobre o exercício de suas atribuições e o desempenho da agência, bem como para apresentar avaliação das políticas públicas no âmbito de suas competências.

8 Art. 5º, §1º da lei nº 9.986/2000 (vetado): A escolha, pelo Presidente da República, de Conselheiros, Diretores, Presidentes, Diretores-Presidentes e Diretores-Gerais de agências reguladoras, a serem submetidos à aprovação do Senado Federal, será precedida de processo público de pré-seleção de lista tríplice a ser formulada em até 120 (cento e vinte) dias antes da vacância do cargo decorrente de término de mandato, ou em até 60 (sessenta) dias

Também foi objeto de veto a disposição que estabelecia a exigência de quarentena de 12 (doze) meses sem vínculo com empresas para aqueles indicados para a direção das agências reguladoras⁹, assim como aquela que proibia a recondução dos atuais diretores.¹⁰

Há que se destacar que durante a tramitação do PL nº 52/2013 no Senado Federal e, posteriormente na Câmara dos Deputados, a lei nº 13.575, de 26 de dezembro de 2017, criou a Agência Nacional de Mineração (ANM), décima primeira agência reguladora no âmbito federal. Assim, o substitutivo incluiu a ANM dentre o rol de agências reguladoras previstas no art. 2º do projeto.

Ademais, o substitutivo surpreendeu ao inserir no inciso XII do mencionado artigo 2º, o Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (Inmetro), ponto que acabou sendo retirado do texto final aprovado. A ideia era transformar aquela autarquia federal na décima segunda agência reguladora federal. Como tal proposta não avançou, o Inmetro continua com *status* de autarquia comum, hoje vinculada à Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade, do Ministério da Economia.

O texto final sancionado, cuja entrada em vigor se dará 90 (noventa) dias após a sua publicação oficial (26 de junho de 2019) conta com 53 artigos, divididos em três artigos introdutórios e sete capítulos, a saber: I.) Do processo decisório nas agências reguladoras (art. 4º ao 13); II.) Da prestação de contas e do controle social (art. 14 ao 24); III.) Da interação entre as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência (art. 25 ao 28); IV.) Da articulação entre agências reguladoras (art. 29 ao 30); V.) Da articulação das agências reguladoras com os órgãos de defesa do consumidor e meio ambiente (art. 31 ao 33); VI.) Da interação operacional entre as agências reguladoras e os órgãos de regulação estaduais, distritais e municipais (art. 34 ao 35); e VII.) Disposições finais e transitórias (art. 36 ao 53).

Os três artigos iniciais, como já destacado, além de enumerar as agências reguladoras, apresenta a lei como responsável por dispor sobre “a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras” (art. 1º). No mais, estabelece, claramente, regras para adequar tais agências a padrões contemporâneos de gestão pública,

depois da vacância do cargo nos demais casos, por comissão de seleção, cuja composição e procedimento serão estabelecidos em regulamento. §2º (vetado): O processo de pré-seleção será amplamente divulgado em todas as suas fases e será baseado em análise de currículo do candidato interessado que atender a chamamento público e em entrevista com o candidato pré-selecionado; §3º (vetado): O Presidente da República fará a indicação prevista no caput em até 60 (sessenta) dias após o recebimento da lista tríplice referida no §1º; §4º (vetado): Caso a comissão de seleção não formule a lista tríplice nos prazos previstos no §1º, o Presidente da República poderá indicar, em até 60 (sessenta) dias, pessoa que cumpra os requisitos indicados no caput; [...] §6º (vetado): Caso o Senado Federal rejeite o nome indicado, o Presidente da República fará nova indicação em até 60 (sessenta) dias, independentemente da formulação da lista tríplice prevista no §1º.

9 Art. 8º-A da lei nº 9.986/2000 (vetado): É vedada a indicação para o Conselho Diretor ou a Diretoria Colegiada: VI- de pessoa que mantenha, ou tenha mantido, nos 12 (doze) meses anteriores à data de início do mandato, um dos seguintes vínculos com empresas que explore qualquer das atividades reguladas pela respectiva agência: a) participação direta como acionista ou sócio; b) administrador, gerente ou membro de Conselho Fiscal; c) empregado, ainda que com contrato de trabalho suspenso, inclusive de sua instituição controladora, ou empregado de fundação de previdência de que a empresa ou sua controladora seja patrocinadora ou custeadora.

10 Art. 51, parágrafo único do PL 52/2013 do Senado Federal (vetado): Será admitida a recondução dos membros do conselho diretor ou da diretoria colegiada cujos mandatos se encerrem m prazo igual ou inferior a 2 (dois) anos a partir da entrada em vigor desta Lei, desde que não tenham sido reconduzidos anteriormente, observadas a regra da não coincidência de mandatos disposta no art. 52.

As agências reguladoras devem adotar práticas de gestão de riscos e de controle interno, além de elaborar e divulgar programas de integridade, com o objetivo de promover a adoção de medidas e ações institucionais destinadas à prevenção, à detecção, à punição e à remediação de fraudes e atos de corrupção (art. 3º, §3º, da lei nº 13.848/2019) (BRASIL, 2019a).

A natureza especial das agências reguladoras também é enfatizada na primeira parte (art. 3º), apresentando as seguintes características, sem prejuízo de outras contidas nas normas específicas de cada agência:

- Ausência de tutela ou de subordinação hierárquica;
- Autonomia funcional;
- Autonomia decisória;
- Autonomia administrativa;
- Autonomia financeira;
- Investidura a termo de seus dirigentes;
- Estabilidade de seus dirigentes durante o mandato;

O Capítulo I, ao disciplinar o processo decisório das agências reguladoras, traz, certamente, uma das mais importantes novidades do projeto: a obrigatoriedade da análise de impacto regulatório (AIR), conceituada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) como:

[...] uma ferramenta que examina e avalia os prováveis benefícios, custos e efeitos das regulações novas ou alteradas. Ela oferece aos tomadores de decisão dados empíricos valiosos e uma estrutura abrangente na qual eles podem avaliar suas opções e as consequências que suas decisões podem acarretar. Um escasso entendimento dos problemas em questão ou dos efeitos indiretos da ação governamental pode debilitar os incentivos regulatórios e resultar em falha regulatória. A AIR é utilizada para definir problemas e garantir que a ação governamental seja justificada e apropriada (OCDE apud VALENTE, 2013, p. 40).

Já para o Banco Mundial, a AIR é:

[...] um processo de tomada de decisão baseado em evidências para identificar se uma regulação é necessária e qual solução é mais apropriada. Estruturalmente, AIR é um processo que compreende fazer as perguntas corretas num formato

estruturado que dê suporte a um debate mais aberto e transparente. Além disso, AIR é uma análise sistemática e consistente de potenciais impactos que possam resultar da atividade ou inatividade governamental. AIR é também o meio de comunicação entre os tomadores de decisão e aqueles que serão afetados pela medida (apud VALENTE, 2013, p. 40-41).

Observe-se que a instituição da obrigatoriedade da AIR na lei-geral das agências reguladoras representa grande avanço na implementação da chamada “governança regulatória”, funcionando não apenas como um instrumento para a definição da intensidade ou qualidade da regulação, mas também, como meio apto a influenciar a própria decisão de se regular ou não (OLIVEIRA, 2015, p. 260).

Na lei nº 13.848/2019, a AIR foi prevista no art. 6º, que fixa a necessidade de regulamentação para dispor sobre seu conteúdo e metodologia, assim como dos quesitos mínimos a serem objeto de exame e sobre os casos em que será obrigatória ou dispensável sua realização (art. 6º, §1º), além de remeter ao regimento interno de cada agência a disposição da operacionalização da AIR no âmbito de cada uma delas (art. 6º, §2º).

Ainda no Capítulo I, resta clara a necessidade de que a agência reguladora, ao tomar suas decisões - necessariamente de forma colegiada (art. 7º), deverá levar em conta a adequação entre meios e fins (art. 4º), além de indicar os pressupostos de fato e de direito (art. 5º). Também são fixados aspectos relacionados às formas de deliberação e à respectiva publicidade de tais atos.

Consagrando a publicidade e a transparência, a lei nº 13.848/2019, mantendo aquilo que já era previsto no PL 52/2013, possibilita a convocação de audiência pública (art. 10) ou outras formas de participação popular (art. 11) e determina a realização de consultas públicas prévias às tomadas de decisões das agências reguladoras, quando envolverem “minutas e propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, dos consumidores ou dos usuários dos serviços prestados” definindo-as como:

[...] o instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual a sociedade é consultada previamente sobre proposta de norma regulatória aplicável ao setor de atuação da agência reguladora, que possibilita o envio de críticas, sugestões e contribuições por quaisquer interessados (art. 9º, §1º)(BRASIL, 2019a).

O segundo e mais extenso dos capítulos da nova lei, ao disciplinar as formas de prestação de contas e do controle social, além de prever o controle externo a ser exercido pelo Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas da União (art. 14), prevê a elaboração, pela agência reguladora, de um relatório anual circunstanciado de suas atividades (art. 15) no qual deverá destacar a observância da política do setor, assim como o cumprimento do plano estratégico vigente (art. 17) e do plano de gestão anual (art. 18).

Da mesma forma, “a agência reguladora deverá implementar, em cada exercício, plano de comunicação destinado à divulgação, com caráter informativo e educativo, de suas atividades e dos direitos dos usuários perante a agência reguladora e as empresas que compõem o setor

regulado” (art. 16).

Além de tais instrumentos, há ainda a previsão de uma “Agenda Regulatória” que, além de dever ser alinhada com os objetivos do Plano Estratégico e integrar o Plano de Gestão Anual (art. 21, §1º da lei nº 13.848/2019), é definida como “o instrumento de planejamento da atividade normativa que contera o conjunto dos temas prioritários a serem regulamentados pela agência durante sua vigência” (art. 21, caput, da lei nº 13.848/2019).

Como novidade salutar, ainda há que ser mencionada a previsão e disciplina do funcionamento das ouvidorias nas agências reguladoras, prevendo-se, dentre outros aspectos, a competência do ouvidor e a necessária observância do sigilo em relação às informações de caráter reservado ou confidencial (arts. 22 a 24 da lei nº 13.848/2019).

Os capítulos seguintes (III ao VI) têm como foco a relação das agências reguladoras, seja com os órgãos de defesa da concorrência, entre si, com os órgãos de defesa do consumidor e do meio ambiente ou com os órgãos de regulação estaduais, distritais e municipais. Tais disposições evidenciam, por um lado, a abrangência da atividade regulatória e, por outro, a necessária e impostergável cooperação entre os diversos atores da Administração Pública.

Merece destaque a previsão expressa no artigo 32, permitindo a celebração de termo de ajustamento de conduta pelas agências reguladoras. Assim:

Lei nº 13.848/2019. Art. 32. Para o cumprimento do disposto nesta Lei, as agências reguladoras são autorizadas a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de ajustamento de conduta com pessoas físicas ou jurídicas sujeitas a sua competência regulatória, aplicando-se os requisitos previstos no art. 4º-A da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.

§1º Enquanto perdurar a vigência do correspondente termo de ajustamento de conduta, ficará suspensa, em relação aos fatos que deram causa a sua celebração, a aplicação de sanções administrativas de competência da agência reguladora à pessoa física ou jurídica que o houver firmado.

§2º A agência reguladora deverá ser comunicada quando da celebração do termo de ajustamento de conduta a que se refere o §6º do art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 caso o termo tenha por objeto matéria de natureza regulatória de sua competência (BRASIL, 2019a).

No capítulo VII, didaticamente, tem-se a previsão da alteração de uma série de normas relativas às agências reguladoras. São elas: lei nº 9.427/1996 - Aneel (art. 36), lei nº 9.472/1997 - Anatel (art. 37), lei nº 9.478/1997 - ANP (art. 38), lei nº 9.782/1999 - Anvisa (art. 39), lei nº 9.961/2000 - ANS (art. 40), lei nº 9.984/2000 - ANA (art. 41), lei nº 9.986/2000 - Recursos humanos nas agências reguladoras (art. 42), lei nº 10.233/2001 - ANTT (art. 43), MP nº 2.228-1/2001 - Ancine (art. 44) e lei nº 11.182/2005 - ANAC (art. 45)¹¹.

Apesar de ser vista com otimismo a aprovação da lei nº 13.848/2019, o período de transição do governo federal, ainda no final de 2018, já gerava suspeitas e preocupação em relação ao futuro

11 O Projeto de lei nº52/2013 do Senado Federal também previa alteração na lei nº 10.180/2001, mas esse trecho foi retirado durante a tramitação e não constou na norma aprovada.

das agências reguladoras, na medida em que, segundo a imprensa, militares indicados para postos-chave na equipe do Presidente então eleito buscavam alternativas para reduzir as competências dos órgãos reguladores e, até mesmo, meios de destituir conselheiros então em pleno exercício de seus mandatos, tudo isso, segundo os mesmos, com a intenção de acabar com ingerências políticas nas agências reguladoras (WIZIACK, 2018).

Dentre outras propostas, cogitou-se, através de um Decreto, retirar competências das agências reguladoras, tais como outorgas, licenças, regulamentações de serviços e preparação de editais, retornando-as para os respectivos ministérios a que tais autarquias especiais encontram-se vinculadas, restando às agências somente “fiscalizar a qualidade da prestação dos serviços, o cumprimento de contratos de concessão, a abertura de processos para apurar infrações e a aplicação de sanções administrativas”, além de prestar assessoria técnica aos ministérios, caso acionadas (WIZIACK, 2018).

Já no exercício do mandato, o atual Presidente da República deixou clara a possibilidade de extinguir a Ancine (VILELA, 2019), ante a insatisfação quanto ao conteúdo de filmes produzidos pelo cinema nacional. Em outra passagem, questionou, de maneira infundada, a atuação da Anvisa, levantando dúvidas sobre o tempo levado para o fornecimento de registros de sua competência (CARVALHO; TEIXEIRA; CALAFIORI, 2019). Tais declarações enfatizam a aparente incompreensão do Chefe do Executivo quanto ao papel desempenhado pelas agências reguladoras no país.

É inquestionável a influência política na atuação das agências reguladoras no Brasil e sabe-se que esse é um desafio a ser continuamente enfrentado não só em relação às agências, mas também a toda a Administração Pública. Nesse sentido, deve ser aplaudida e incentivada qualquer medida no sentido de afastar de tais entes a influência negativa, seja de partidos políticos, seja dos setores regulados (teoria da captura¹²).

Entretanto, retirar competências das agências reguladoras e, da mesma forma diminuir-lhes a capacidade de atuação significaria ir na contramão da proposta do próprio governo que, dentre vários pontos, prega a criação de um ambiente mais propício à captação de investimentos internacionais.

Enfim, espera-se que a lei nº 13.848/2019 possa ser um importante passo para que agências reguladoras se firmem como um instrumento indispensável na consolidação da segurança jurídica imprescindível à retomada do desenvolvimento nacional.

CONCLUSÃO

A entrada em vigor da Lei nº 13.848/2019, “Lei Geral das Agências Reguladoras”, preenche

12 Segundo Irene Patrícia Nohara (2019, p. 647), a teoria da captura regulatória (*capture theory*) “analisa a submissão da atuação da agência aos interesses mais imediatos de empresas dos setores regulados que, por concentrarem informações privilegiadas, exercem pressão e acabam determinando o conteúdo da regulação que sofrerão em detrimento de interesses coletivos.”

uma lacuna há muito apontada pela doutrina brasileira. Uma de suas principais características é a estipulação de normas que garantem a autonomia de tais autarquias em regime especial. Por outro lado, visando legitimar a sua atuação, e considerando o “déficit democrático” de tais entes, foram instituídos, também, uma série de mecanismos que efetivam a transparência, a participação social e a processualidade, imprescindíveis para uma adequada governança regulatória.

Se, por um lado, a lei instituidora garante a autonomia das agências reguladoras, por outro, devem existir mecanismos aptos a legitimar sua atuação. Assim, considerando o “déficit democrático” de tais entes, a sua atuação deve ser caracterizada pela transparência e pela observância de procedimentos claros, legitimando-se, assim, pela processualidade.

Entretanto, o passar dos anos (23 desde a criação da primeira agência reguladora) vem demonstrando graves falhas na atuação dessas autarquias, comprometendo-se o próprio modelo regulatório brasileiro. Assim, indicações pautadas por escolhas políticas, falta de transparência e uma série de lacunas legislativas sobre os limites da atuação das agências reguladoras são alguns dos aspectos que evidenciam o relativo insucesso do modelo adotado no Brasil.

Uma forma de minimizar tais problemas e resolver outros seria a criação de uma lei-geral a ser aplicada a todas as agências reguladoras, o que poderia garantir um mínimo de segurança jurídica à atuação de tais entes.

Com base nisso, foi apresentado o Projeto de Lei nº 52/2013, do Senado Federal, mais tarde recebido pela Câmara dos Deputados sob o nº 6.621/2016, aprovado em dezembro de 2018 pelo Plenário e devolvido ao Senado que o aprovou em maio de 2019, resultando na lei nº 13.848 de 25 de junho de 2019, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras.

O primeiro mérito a ser destacado na nova lei é o de uniformizar vários pontos relacionados às agências reguladoras, até o presente tratados de forma individualizada, em cada uma das leis instituidoras. Assim, por exemplo, o art. 3º evidencia o regime jurídico das agências reguladoras, destacando os pontos que as confere a natureza especial em relação às demais autarquias. Da mesma forma, a lei prevê a exigência da adequação entre meios e fins, bem como a fundamentação nas decisões das agências reguladoras.

A principal novidade aparece no segundo capítulo, qual seja, a instituição da obrigatoriedade da Análise de Impacto Regulatório, procedimento bastante salutar já adotado por algumas agências, mas que, com a lei nº 13.848/2019, passará a ser imprescindível na atividade regulatória.

Em relação à transparência, uma série de mecanismos são instituídos pelo projeto de lei. Assim, são expressamente previstos instrumentos como a consulta e a audiência pública, além de outras formas de participação popular. Há, ainda, a exigência de que as agências contem com ouvidorias, de forma a aproximá-las da sociedade.

Além disso, há a previsão de uma “Agenda Regulatória”, por sua vez, alinhada aos objetivos do Plano Estratégico e integrante do Plano de Gestão Anual, ressaltando-se a necessidade de planejamento na atuação das agências reguladoras. Por fim, como a nova lei geral, há que se destacar a disciplina da relação das agências reguladoras entre si, com órgãos de defesa da

concorrência, do consumidor e do meio ambiente e, ainda, com órgãos reguladores municipais, estaduais e distritais, buscando-se, com isso, evitar conflitos regulatórios.

Sabe-se que o aprimoramento da regulação no Brasil passa, necessariamente, pela afirmação e consolidação das agências reguladoras. Assim, mesmo compreendendo que a mera aprovação da lei nº 13.848/2019 não é suficiente para tal fim, entende-se que seja um passo importante para a revitalização do modelo idealizado nos anos 90, mas que jamais alcançou a sua plenitude.

Nesse sentido, mesmo reconhecendo a imprescindibilidade da aprovação de uma lei-geral para as agências reguladoras, é razoável ter em conta que o adequado funcionamento de tais autarquias depende muito mais das opções políticas, esperando-se que o novo governo, recém-empossado, tenha a sensibilidade para compreender o papel das agências regulatórias enquanto instrumentos aptos a reinserir o país nos caminhos do crescimento econômico e do desenvolvimento social.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA CÂMARA. Câmara aprova Lei Geral das Agências Reguladoras: matéria permite indicação política em estatais. Congresso em Foco, Brasília, 28 nov. 2018. Disponível em: https://congressoemfoco.uol.com.br/legislativo/camara-aprova-lei-geral-das-agencias-reguladoras-materia-permite-indicacao-politica-em-estatais/?fbclid=IwAR2VyxKpx25z1aQGQl0Wxuawp7Wjnx-pCTFFrpa_1htWKpMD1NMVrJGPn1k. Acesso em: 5 ago. 2019.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019**. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras. Brasília: Presidência da República, jun. 2019a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13848.htm. Acesso em: 31 jul. 2019.

BRASIL. Medida Provisória nº 482, de 28 de abril de 1994. Dispõe sobre o Programa de Estabilização Econômica, o Sistema Monetário Nacional, Institui a Unidade Real de Valor - URV e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, 29 abr. 1994, p. 6269.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: Imprensa Nacional, 1995.

BRASIL. Senado Federal. Lei Geral das agências reguladoras é sancionada com vetos. **Agência Senado**, Brasília, 26 jun. 2019b - a. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/>

materias/2019/06/26/lei-das-agencias-reguladoras-e-sancionada-com-vetos. Acesso em: 31 jul. 2019.

BRASIL. Senado Federal. Lei Geral das agências reguladoras, que proíbe indicações políticas, vai a Plenário. **Agência Senado**, Brasília, 21 maio 2019c b. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/05/21/lei-geral-das-agencias-reguladoras-que-proibe-indicacoes-politicas-vai-a-plenario>. Acesso em: 31 jul. 2019.

BRASIL. Senado Federal. Melhoria do ambiente de negócios e infraestrutura. **Agência Senado**, Brasília, 12 ago. 2015. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/08/12/agenda-brasil>. Acesso em: 17 out. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Parecer nº 908, de 2016**. Da Comissão Especial do Desenvolvimento Nacional, em decisão terminativa, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 52, de 2013, do Senador Eunício Oliveira, que dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras..., e dá outras providências. Relatora: Simone Tebet. Brasília, DF: Senado Federal, 23 nov. 2016. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=198748&tp=1>. Acesso em: 29 set. 2019.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. São Paulo: Ed. 34, 1998.

CARVALHO, Marcelo; TEIXEIRA, Patrícia; CALAFIORI, Luciano. Bolsonaro critica demora da Anvisa para liberar registros: ‘Será excesso de zelo ou só está procurando criar dificuldade para vender facilidade?’ **G1**, São Paulo, 6 ago. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/campinas-regiao/noticia/2019/08/06/bolsonaro-critica-demora-da-anvisa-para-liberar-registros-sera-excesso-de-zelo-ou-so-esta-procurando-criar-dificuldade-para-vender-facilidade.ghtml>. Acesso em: 10 dez. 2019.

CARVALHO, Vinícius Marques de. Regulação de serviços públicos e intervenção estatal na economia. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Regulação, direito e democracia**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002. p. 16-25.

CUÉLLAR, Leila. **Introdução às agências reguladoras brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito econômico**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

INTOSAI - ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DAS ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES. **ISSAI 20 - Princípios de transparência e accountability**. Viena, 2010. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/fiscalizacao-e-controle/auditoria/normas-internacionais-das-entidades-fiscalizadores-superiores-issai/>. Acesso em: 9 ago. 2019.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 8. ed. Niterói-RJ, 2014.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Regulação econômica e democracia. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Regulação, direito e democracia**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002. p. 44-65.

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2012.
- NOHARA, Irene Patrícia; MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru. **Gestão pública: abordagem integrada da administração e do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2017.
- OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. **Estatais**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Método, 2018.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal: administração pública de resultados e análise do impacto regulatório**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O modelo norte-americano de agências reguladoras e sua recepção pelo Direito Brasileiro. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 47, p. 157-176, 2009.
- SALAMA, Bruno Meyerhof; BARRIONUEVO, Arthur (coord.). **Dinâmica de nomeações das agências reguladoras**. São Paulo: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2016. Disponível em: https://www.google.com/l?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjmwPSq9rDfAhVGHpAKHU0RAvAQFjABegQICBAC&url=https%3A%2F%2Fportal.fgv.br%2Fsites%2Fportal.fgv.br%2Ffiles%2F02_grp_-_relatorio_de_pesquisa_-_nomeacao_de_dirigentes_nas_agencias_reguladoras_sponsor.pdf&usg=AOvVaw0g5fWOR-Y4WaR4G6pfYxPS. Acesso em: 27 nov. 2018.
- VALENTE, Patrícia Pessôa. **Análise de impacto regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- VILELA, Danilo Vieira. A regulação e a viabilidade de uma agência reguladora para o ensino superior no Brasil. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 11, n. 3, p. 80-112, dez. 2016.
- VILELA, Danilo Vieira. **Agências reguladoras e a efetivação da ordem econômica-constitucional brasileira**. Salvador: Juspodivm, 2018a.
- VILELA, Danilo Vieira. **Direito econômico**. 3.ed. Salvador: Juspodivm, 2018b.
- VILELA, Pedro Rafael. **Em live, Bolsonaro diz que pretende extinguir a Ancine**. Agência Brasil, Brasília, 25 jul. 2019. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2019-07/em-live-bolsonaro-diz-que-pretende-extinguir-a-ancine>. Acesso em: 5 ago. 2019.
- WIZIACK, Julio. Equipe de Bolsonaro estuda como desaparelhar agências: discussão inclui retirar atribuições; advogados temem politização das decisões. **Folha de São Paulo**, São Paulo,

2 dez. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/12/equipe-de-bolsonaro-estuda-como-desaparelhar-agencias.shtml>. Acesso em: 4 dez. 2018.

Como citar: VILELA, Danilo Vieira. A nova lei geral para as agências reguladoras no Brasil – Lei n.º 13.848/2019. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 2, p. 91-115, ago. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n2p. 91. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 03/03/2019

Aprovado em: 15/05/2020

A CONTRIBUIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DAS RELAÇÕES SOCIAIS

THE CONTRIBUTION OF PUBLIC PROSECUTORS TO THE
JUDICIALIZATION OF POLITICS AND SOCIAL RELATIONS

José Filomeno de Moraes Filho*
Fabiana Costa Lima de Sá**

*Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará, Mestre em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo e Livre-docente em Ciência Política pela Universidade Estadual do Ceará. Professor titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional/Mestrado e Doutorado da Universidade de Fortaleza e parecerista. Experiência na área de Direito Constitucional e de Ciência Política, principalmente nos seguintes temas de pesquisa: constitucionalismo brasileiro; constituição política; teoria do Estado e da democracia; relações entre Legislativo e Executivo; reforma política. E-mail: filomeno@unifor.br

**Doutoranda em Direito Constitucional e Teoria Política na Universidade de Fortaleza (UNIFOR), mestre em Direito Constitucional (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (2002), especialização em Direito Processual pela ESMEC (Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará) e graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Introdução ao estudo do Direito, Direito Civil (parte geral e direito das coisas). E-mail: fabianacl.sa@gmail.com

Como citar: MORAES FILHO, José Filomeno; SÁ, Fabiana Costa Lima de. A contribuição do Ministério Público para a judicialização da política e das relações sociais. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 2, p. 116-134, ago. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n2p. 116. ISSN: 1980-511X.

Resumo: A discussão em torno da judicialização da política e das relações sociais tem ganhado espaço no campo jurídico brasileiro. Objetiva-se, nesta pesquisa, fazer uma reflexão sobre qual tem sido a colaboração do Ministério Público para o processo da judicialização da política e das relações sociais, tanto quando age como autor de ações do controle de constitucionalidade abstrato e ações civis públicas, como também quando atua como fiscal da lei. A metodologia da pesquisa é descritiva e qualitativa, foram utilizadas fontes bibliográficas, artigos científicos publicados em torno da matéria, documentos e, ainda, dados obtidos na internet. Inicialmente, analisa-se o papel atribuído ao Ministério Público pela Constituição Federal de 1988. Depois, busca-se entender qual a contribuição do Ministério Público para a judicialização da política e das relações sociais e, assim, conclui-se que o Ministério Público, enquanto autor de algumas ações, tem contribuído ativamente para o exercício desse processo, mas que sua atuação no controle de constitucionalidade abstrato foi bastante relevante em termos quantitativos, principalmente até 2016 e, em outras situações, quando atua como fiscal da lei, tem colaborado não para desencadear o processo, mas sim com o processo de judicialização da política já em exercício.

Palavras-chave: Ministério Público. Judicialização da política. Judicialização das relações sociais.

Abstract: In Brazil, discussions and debates surrounding the judicialization of politics and social relations has gained momentum in recent years. Therefore, this research examines the role of public prosecutors in the process of judicialization. Likewise, prosecutors can be both the petitioner of the control of

abstract constitutionality of the Brazilian Federal Constitution and the author of public civil lawsuits. This paper uses descriptive and qualitative models, with bibliographical resources, such as scientific papers, documents and data obtained from the internet. Initially, this paper examines the role of the Public Prosecutor's Office from the perspective of the Brazilian Constitution. Afterwards, this paper investigates the Public Prosecutor's contribution to the judicialization of politics and social relations. Towards the end, this study concludes that the Public Prosecutor, as a petitioner, has actively contributed to the overuse of the judicialization process, but that its performance in the control of abstract constitutionality was quite relevant in quantitative terms mainly until 2016. In other situations, when acting as a prosecutor of the law, prosecutors have not collaborated in upholding the legal process, but rather act politically in the judicialization of facts.

Keywords: Public Prosecutor's Office. Judicialization of politics. Judicialization of social relations.

INTRODUÇÃO

A judicialização da política e das relações sociais ganhou destaque no âmbito jurídico brasileiro. Com a expansão do direito na vida social houve uma explosão de litigiosidade e, conseqüentemente, uma maior procura pelo Poder Judiciário, que passou a ter papel relevante na resolução de conflitos políticos e sociais. E o Ministério Público ganhou novos contornos com o surgimento da Constituição de 1988, pois passou a ser visto como defensor da sociedade.

Propõe-se uma reflexão sobre a atuação do Ministério Público no processo de judicialização da política e das relações sociais, tanto quando age como autor de ações do controle de constitucionalidade abstrato e de ações civis públicas, mas também quando age como fiscal da lei. Pretende-se entender qual tem sido a contribuição do Ministério Público para esse processo, tendo a pesquisa relevância devido à possibilidade de ser auferida a responsabilidade do Ministério Público para o desencadeamento deste fenômeno.

O trabalho é fruto de pesquisa iniciada em 2016, quando se fez um apanhado dos dados fornecidos pelo Supremo Tribunal Federal sobre as ações do controle de constitucionalidade abstrato, considerando todas as ações que já tinham sido ingressadas desde 2000 até junho desse ano e as ingressadas antes de 2000, que ainda não tinham sido concluídas. No entanto, a pesquisa foi finalizada em 2017, quando foi feito novo apanhado dos dados estatísticos tornando possível perceber se, no período de um pouco mais de um ano, havia mudança ou não do perfil que, até então, tinha sido observado, momento esse em que o trabalho foi apresentado ao curso de doutorado do Programa de Pós Graduação em Direito da UNIFOR, como requisito parcial para a aprovação na disciplina democratização e controle do Poder Judiciário.

Primeiramente, é necessário contextualizar o papel atribuído ao Ministério Público pela Constituição Federal de 1988; para, em seguida, verificar qual a contribuição do *Parquet*, ao receber novos contornos pela atual Constituição Federal, no processo de judicialização da política e das relações sociais, para isso, passa-se a entender o fenômeno da judicialização da política e das relações sociais, expõem-se os dados estatísticos coletados e, ao final, analisa-se essa contribuição quando a instituição atua como autora de ações do controle abstrato e de ações civis públicas e também quando age como fiscal da lei.

A metodologia da pesquisa é descritiva e qualitativa, foram utilizadas fontes bibliográficas, artigos científicos publicados em torno da matéria, documentos e dados obtidos na internet. O estudo foi desenvolvido tendo por base a doutrina do Direito Constitucional e do Direito Processual Constitucional.

1 O NOVO PERFIL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público está disciplinado, na Constituição Federal de 1988, no capítulo IV, que trata das Funções Essenciais à Justiça, do Título IV – Da organização dos Poderes; enquanto os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são cuidados pelos capítulos I, II e III do mesmo

Título.

A atual Constituição tratou do Ministério Público em capítulo autônomo. Conceituou, estabeleceu garantias, conferiu autonomias à instituição, determinou vedações aos seus membros e traçou suas funções. O Ministério Público exerce, conforme o estabelecido no art. 127, função essencial à Justiça de forma permanente e com competência para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

O Ministério Público é uma instituição essencial ao exercício da função jurisdicional do Estado, porque a lei estabelece que a sua presença e sua atuação, em alguns casos, são imprescindíveis e, quando não observada a determinação legal, a jurisdição fica contaminada de nulidade absoluta.

É instituição permanente, porque é formada por um conjunto de órgãos que integram permanentemente o Estado. Tem a função de defender a ordem jurídica, pois cabe ao Ministério Público a defesa da Constituição Federal e da ordem infraconstitucional no caso de sua violação ou ameaça de violação.

Cabe ao Ministério Público também a defesa do regime democrático, ou seja, tem por missão defender a democracia, defender a soberania popular. E assume a posição de defensor dos interesses do povo, pois deve agir na proteção dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis, passando a ter um novo perfil enquanto defensor legítimo dos interesses da sociedade, e o fazendo de forma autônoma.

A instituição recebeu tratamento especial em capítulo próprio, estando, hoje, situado fora da estrutura dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e passando a ter autonomia e independência em relação a qualquer um destes Poderes Estatais.

Ao passar a exercer suas funções com autonomia,¹ ganhou nova feição, pois, de acordo com a Constituição anterior, a outorgada em 1969, fazia parte da estrutura do Poder Executivo. Hoje, age sem sujeições a qualquer dos Poderes Estatais. Os seus membros apenas devem obediência à Constituição e ao ordenamento jurídico brasileiro, pois nem os superiores hierárquicos institucionais podem ditar regras para a atuação funcional dos membros do Ministério Público. A hierarquia existente é meramente administrativa e não funcional, cabendo a chefia administrativa ao Procurador-Geral.

Com autonomia funcional o Ministério Público não está sujeito aos Poderes Estatais e, assim, poderá ingressar com ações contra o Poder Legislativo, o Poder Executivo e contra o Poder Judiciário.

O Ministério Público abrange o da esfera da União, que está subdividido em: Ministério Público Federal; Ministério Público do Trabalho; Ministério Público Militar; Ministério Público do

1 Além de lhe ser garantida a autonomia funcional, a unidade e a indivisibilidade também lhes foram estabelecidas como princípios institucionais. A unidade significa que os seus membros pertencem a um só órgão, que é chefiado pelo Procurador -Geral, mas não há unidade entre o Ministério Público da União e dos Estados, nem entre os de Estados diferentes, nem entre os vários que compõem o Ministério Público da União. A unidade existe dentro de cada Ministério Público. A indivisibilidade significa que os membros do Ministério Público podem ser substituídos uns pelos outros da mesma instituição, pois a função exercida é do órgão.z

Distrito Federal e Territórios. E ainda abrange o Ministério Público dos Estados.² A Constituição Federal de 1988 concedeu ao Ministério Público as mesmas garantias dadas ao Poder Judiciário: vitaliciedade; inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos.³

As alterações, mais importantes, no perfil do Ministério Público, surgiram a partir da década de 1980. Adveio a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, regulamentando a Política Nacional de Meio Ambiente, conferindo legitimidade ao Ministério Público para propor ação de responsabilidade civil e criminal em razão de danos ao meio ambiente (CARVALHO; LEITÃO, 2010). Mas, apenas com o surgimento do atual texto constitucional em 1988 é que a instituição passou a agir de forma independente e, ganhou autonomia funcional.

Assumiu o papel de defensor da sociedade, “[...] obteve a importante função de fiscalizar o cumprimento das leis e os próprios políticos [...]. Ou seja, foram garantidos ao Ministério Público papéis importantes dentro do cenário político nacional e tais papéis podem ser exercidos de maneira autônoma.” (CARVALHO; LEITÃO, 2010, p. 400).

A lei que regulamentou a Política Nacional de Meio Ambiente foi bastante criticada pelos operadores do Direito, ainda que significasse um grande avanço, tanto por não abarcar outros interesses difusos, como também por ter dado legitimidade para a defesa do meio ambiente exclusivamente ao Ministério Público. Assim o *Parquet* seria o único com legitimidade ativa para propor ação de responsabilidade civil e criminal em face de danos causados ao meio ambiente (SILVA, 2001).

A primeira Lei Orgânica Nacional do Ministério Público⁴ adveio também em 1981 estabelecendo um estatuto uniforme para o Ministério Público. Surgiu a Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, a Lei da Ação Civil Pública. Considerada um instrumento da maior importância para a sua atuação e com a garantia da autonomia funcional concedida pela Constituição Federal de 1988, a ação civil pública deixou de ser utilizada por uma instituição vinculada ao Poder Executivo, então, as ações do Ministério Público não são mais vistas como ações do próprio governo. Vale ainda ressaltar que “[...] esse instrumento foi ampliado de forma considerável para todos os interesses difusos e coletivos. Tudo isso garante um alto grau de autonomia ao Ministério Público brasileiro, sendo possível só após a Constituição de 1988.” (CARVALHO; LEITÃO, 2010, p. 402).

A lei estabeleceu que a utilização da ação civil pública pode ocorrer por danos ao meio ambiente; danos ao consumidor; danos a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; que a legitimidade ativa, portanto legitimidade para propor a ação em defesa destes interesses difusos, foi dada ao Ministério Público, às associações, à administração descentralizada e a entes políticos: União, Estados e Municípios.

A Constituição Federal também lhe conferiu a independência administrativa, portanto, além da autonomia funcional, o Ministério Público goza também de autonomia administrativa. Ainda que não lhe seja concedida autonomia financeira, a instituição tem a competência para elaborar a proposta orçamentária dentro das limitações legais específicas e gerenciar os recursos

2 Ver art. 128, I e II, da Constituição Federal de 1988.

3 Ver art. 128, § 5º, I, da Constituição Federal de 1988.

4 Lei complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981.

financeiros que lhe são destinados.

A criação de um *ombudsman* foi pensada quando os representantes do povo estavam reunidos em Assembleia Nacional Constituinte. O *ombudsman* é visto como uma instituição que, diante de abusos praticados pela Administração Pública, tem a finalidade de promover a defesa da cidadania. Mas, no Brasil, entendeu-se que o Ministério Público é a instituição competente para a proteção dos interesses da sociedade, não necessitando, desta forma, de outro órgão paralelo para defender o povo, pois o papel já foi assumido pelo Ministério Público. O Ministério Público, ao incorporar o papel do *ombudsman*, assumiu o controle dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

2 O MINISTÉRIO PÚBLICO DIANTE DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DAS RELAÇÕES SOCIAIS

Propõe-se uma reflexão sobre a atuação do Ministério Público no processo de judicialização da política e das relações sociais. Assim, primeiramente, passa-se a entender o fenômeno da judicialização da política e das relações sociais, depois, expõem-se os dados estatísticos coletados no Supremo Tribunal Federal para, ao final, analisar a contribuição do Ministério Público quando atua como autor de ações do controle de constitucionalidade abstrato e de ações civis públicas, como também, quando age como fiscal da lei.

2.1 Da Judicialização da Política e das Relações Sociais

Para Luis Roberto Barroso (2012), a judicialização da política e das relações sociais, no Brasil, resultam, principalmente, dos seguintes fatores: adoção de uma Constituição analítica e abrangente e modelo de controle judicial de constitucionalidade vigente no país, em que adota tanto o sistema difuso como o sistema concentrado.

O controle difuso permite que qualquer juiz ou tribunal possa verificar a compatibilidade ou não da lei ou ato normativo infraconstitucional em relação à Constituição Federal, modelo que teve como fonte de inspiração o sistema americano. Já o concentrado é inspirado pelo sistema europeu, em que o controle é exercido diretamente pelo Supremo Tribunal Federal.

Ainda como causas para a judicialização apontam-se: a valorização, nas democracias modernas, do Poder Judiciário reconhecido como poder forte e independente; a crise de representatividade e legitimidade que afeta o Poder Legislativo; e a própria opção dos políticos em se manterem inertes, muitas vezes, em relação a certos assuntos que dividem a sociedade por serem polêmicos, deixando, assim, a tomada de decisão para o Poder Judiciário.

Com o fenômeno, “questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário” (BARROSO, 2012, p. 366). Aponta-se que:

[...] Nesse contexto, a judicialização constitui um *fato* inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez que provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial (BARROSO, 2012, p. 369).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a judicialização da política aparece, no Brasil, como um fato inevitável decorrente das mudanças que ocorreram nas instituições e não pode, portanto, ser caracterizada como uma opção tomada pelo Poder Judiciário, como uma postura a ser guiada pelo seu querer, por sua vontade. A judicialização da política decorre de alguns fatores e torna-se, assim, um fato que não se pode evitar. Para Clarissa Tassinari (2013, p. 32) a judicialização da política é:

[...] muito mais uma constatação sobre aquilo que vem ocorrendo na contemporaneidade por conta da maior consagração de direitos e regulamentações constitucionais, que acabam por possibilitar um maior número de demandas, que, em maior ou menor medida, desaguarão no Judiciário do que uma postura a ser identificada (como positiva ou negativa) [...]. Por tudo isso, pode-se dizer que a judicialização apresenta-se como uma *questão social*. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição [...].

A judicialização é uma consequência de alguns fatores externos à jurisdição: a Constituição passou a reconhecer um maior número de direitos que, conseqüentemente, passou a gerar um maior número de conflitos e, assim, passou a haver uma maior busca pelo Poder Judiciário. O fenômeno não pode ser avaliado, portanto, como uma opção feita pelo julgador.

Quanto ao ativismo judicial, Tassinari (2013) entende contrariamente à judicialização, como um problema unicamente interno à jurisdição, como um problema estritamente jurídico, mas que reflete, obviamente, nas demais áreas. A existência do ativismo judicial não estaria justificada pela relação entre Direito e Política. A judicialização surge quando as manifestações dos demais poderes são insuficientes, e o ativismo é uma opção tomada pelo Poder Judiciário em comportar-se extrapolando os limites estabelecidos constitucionalmente. Então, o ativismo judicial é visto apenas em um aspecto negativo, pois decisão ativista seria a proferida exorbitando os limites constitucionais.

Para Marco Felix Villalobos (2016), o elemento crucial da judicialização da política é o deslocamento para o Poder Judiciário de alguns temas, com o propósito de que esses assuntos sejam avaliados pelos juízes. A judicialização da política consiste, em síntese, em conceder aos Tribunais o controle sobre outros órgãos públicos ou utilizá-los como arena para a resolução de questões que antes eram solucionadas no âmbito do Poder Legislativo ou do Poder Executivo.

No mesmo sentido, Rodrigo Upimny Yepes (2007) entende que a judicialização da política decorre do fato de que certos assuntos que antes eram, por tradição, decididos por meios políticos

e considerados típicos da política democrática, passaram a ser decididos cada vez mais no âmbito judicial ou estão fortemente condicionados por decisões judiciais

A judicialização da política é fruto da adoção, pela Constituição Federal de 1988, do controle abstrato de constitucionalidade das leis. “A política se judicializa a fim de viabilizar o encontro da comunidade com os seus propósitos, declarados formalmente na Constituição [...] longe de enfraquecer o sistema dos partidos [...] tende a reforçá-los [...]”, possibilita a sociedade legitimamente a “[...] deflagrar o processo judicial contra as instâncias do poder [...]”, possibilita a comunidade de intérpretes da Constituição a provocar o controle abstrato de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (VIANNA *et al.*, 1999, p. 47).

O direito na contemporaneidade vem abarcando “[...] a regulação da sociabilidade e das práticas sociais [...]”, abrangendo, inclusive, práticas sociais que, por tradição, eram vistas como puramente privadas. A judicialização das relações sociais diz respeito à expansão da capacidade do direito de normatizar as relações sociais, abarcando, inclusive, práticas sociais tradicionalmente privadas. Consiste na “[...] crescente invasão do direito na organização da vida social [...]”. O Judiciário passa, então, a expandir a sua atuação diante da percebida “[...] incapacidade de o Executivo e o Legislativo fornecerem respostas efetivas à explosão das demandas sociais por justiça [...].” (VIANNA *et al.*, 1999, p. 149).

Conclui-se que a judicialização da política e das relações sociais é uma consequência das modificações estruturais ocorridas. Com o advento do Estado Democrático de Direito e a promulgação da Constituição Federal de 1988, o fenômeno tornou-se um fato que não se pode evitar, principalmente, em razão dos modelos de Constituição e de controle de constitucionalidade adotados. E que surge em razão da omissão dos demais poderes, mas não diz respeito a uma escolha feita pelos magistrados.

A judicialização da política consiste na capacidade assumida pelo Poder Judiciário em garantir os direitos fundamentais dos cidadãos. Antoine Garapon (2001, p. 44) afirma que em vários países “[...] se vê o poder político transferir algumas de suas tarefas para o juiz [...]” e ainda alerta que a “[...] justiça não pode se colocar no lugar da política; do contrário arrisca-se a abrir caminho para uma tirania das minorias [...]..

No exercício da judicialização da política e das relações sociais o Poder Judiciário passa a ser relevante na resolução de conflitos políticos e sociais, pois passa a ter um papel central na efetivação de direitos e implementação de políticas públicas. E qual será a contribuição do Ministério Público para o exercício da judicialização da política e das relações sociais? Como o Ministério Público vem contribuindo concretamente para o desencadeamento destes fenômenos?

Para se chegar a uma resposta ao que se propõe, primeiramente, expõem-se os dados estatísticos levantados sobre o quantitativo de ações do controle abstrato de constitucionalidade, que já foram propostas perante o Supremo Tribunal Federal até julho de 2017. Considera-se, também, dentre os vários legitimados para propor as ações, quem mais exerceu essa iniciativa e, para isso, apresenta-se o quantitativo e o percentual da participação daqueles que aparecem nos cinco primeiros lugares.

2.2 Dados Estatísticos Sobre as Ações do Controle Abstrato de Constitucionalidade, Atualizados até Julho de 2017

Verificando os dados estatísticos disponíveis no site do STF, aponta-se que foram ingressadas, até dia 12 de junho de 2016,⁵ 5.042 ações diretas de inconstitucionalidade. Em termos quantitativos, o Procurador-Geral da República ingressou com 941, representando 18,66% do total; em segundo lugar, vem o Conselho Federal da OAB, com 152, representando 3,01%; em terceiro lugar, o Partido Democrático Trabalhista–PDT, com 135, representando 2,68%; em quarto lugar, o Governador do Estado de São Paulo, com 131, representando 2,60% e em quinto lugar, a Associação dos Magistrados Brasileiros, com 129, representando 2,56%; dentre outros (BRASIL, 2016). Ainda considerando que outros partidos políticos, governadores de Estados ou do Distrito Federal e outras entidades de classe também ingressaram com outras ações e que no somatório podem ultrapassar o número de ações ingressadas pelo Procurador-Geral da República, verifica-se que o Procurador-Geral da República, isoladamente considerado, foi o que mais ingressou com ações diretas de inconstitucionalidade.

Apenas 38 ações diretas de inconstitucionalidade por omissão chegaram ao STF até 12 de junho de 2016.⁶ O Procurador-Geral da República ingressou com 3, representando 7,89%; a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil com 2, representando 5,26%; a Associação Nacional dos Agentes de Segurança do Poder Judiciário também com 2, também representando 5,26%; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil com 2, também representando 5,26%, e o Partido Solidariedade também com 2; representando 5,26%; dentre outros (BRASIL, 2016). Portanto, mesmo considerando que outras entidades de classe e outros partidos políticos ingressaram com outras ações e que no somatório ultrapassam o número de ações ingressadas pelo Procurador-Geral da República, mas percebendo que enquanto são muitos os partidos políticos, muitas as entidades de classe e ainda muitos os governadores, o Procurador-Geral da República, isoladamente considerado, foi quem mais entrou com as ações.

Foram 46 ações declaratórias de constitucionalidade até 12 de junho de 2016.⁷ Entre os legitimados, em primeiro lugar vem o Presidente da República, com 6, representando 13,04%; em segundo lugar, o Procurador-Geral da República, com 4, representando 8,70%; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, com 3, representando 6,52%; a Mesa do Senado também com 3, também representando 6,52%, e o governador do Distrito Federal com 2, representado 4,35%; dentre outros (BRASIL, 2016). Mais governadores ingressaram com ações, totalizando 3, representando no total 6,52%; o número total de ações ingressadas por vários partidos políticos e por várias entidades de classe ultrapassa o número de ações que foram propostas pelo Presidente

5 O site do STF informa que os dados estatísticos são referentes aos processos em trâmite a partir de 2000 e aos autuados anteriormente, mas que ainda não foram concluídos.

6 O site do STF informa que os dados estatísticos são referentes aos processos em trâmite a partir de 2000 e aos autuados anteriormente, mas que ainda não foram concluídos.

7 O site do STF informa que os dados estatísticos são referentes aos processos em trâmite a partir de 2000 e aos autuados anteriormente, mas que ainda não foram concluídos.

da República, mas, este, de forma isolada, foi quem mais ingressou com essas ações.

São 418 ADPF's até dia 12 de junho de 2016⁸ no STF. O Procurador-Geral da República entrou com 33, representando 7,89%; o Partido Socialismo e Liberdade –PSOL com 13, representando 3,11%; Democratas, 12, representando 2,87%; o Partido Democrático Trabalhista –PDT com 10, representando 2,39%, e o Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB com 9, representando 2,15%, dentre outros (BRASIL, 2016). Mesmo verificando que o número total de ações propostas pelos vários partidos ultrapassa o de ações propostas pelo Procurador-Geral da República, verifica-se, que individualmente considerado, o Procurador-Geral da República foi quem mais entrou com essas ações.

Em 2017, ocorreram algumas alterações nos dados estatísticos. Percebe-se que 14.873 ações diretas de inconstitucionalidade foram ingressadas até 02 de julho de 2017.⁹ Em termos quantitativos, o Presidente da República ingressou com 1.117, representando 7,91% do total; em segundo lugar, vem o Procurador-Geral da República com 1004, representando 6,75% do total; em terceiro lugar, o Congresso Nacional, com 888, representando 5,97%; em quarto lugar, a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, com 264, representando 1,78% e em quinto lugar, o Governador do Estado de São Paulo, com 222, representando 1,49%; dentre outros (BRASIL, 2017). Comparando o número total de ações ingressadas até 12 de junho de 2016 e o total até 02 de julho de 2017, verifica-se que foram propostas, somente neste período de um ano e poucos dias, o total de 9.831 e que o Presidente da República, que antes não figurava entre os cinco primeiros lugares, agora encontra-se como o que mais ingressou com essas ações, portanto, mais contribuiu para o processo de judicialização da política, ficando o Procurador Geral da República em segundo lugar. O Procurador-Geral da República ingressou, neste período, com apenas com 63, e o Congresso Nacional, que também não estava entre os cinco primeiros, passou a se posicionar em terceiro lugar.

Até 02 de julho de 2017, 195 ações diretas de inconstitucionalidade por omissão chegaram ao STF.¹⁰ O Congresso Nacional ingressou com 18, representando 9,23%; o Presidente da República com 14, representando 7,18%; o Procurador-Geral da República com 5, representando 2,56%; o Estado de Goiás com 3, representando 1,54%, e o Governador do Estado de Minas também com 3; também representando 1,54%; dentre outros (BRASIL, 2017). Portanto, comparando o número total de ações ingressadas até 12 de junho de 2016 e até 02 de julho de 2017, verifica-se que, neste período de um ano e poucos dias, foram propostas 157 ações de inconstitucionalidade por omissão. O Congresso Nacional e o Presidente da República, que antes não figuravam entre os cinco primeiros lugares, agora, são os que mais ingressaram com essas ações, ficando em primeiro lugar o Congresso Nacional, e o Presidente da República, em segundo, passando o Procurador-Geral da República para o terceiro lugar, que ingressou apenas com mais duas.

8 O site do STF informa que os dados estatísticos são referentes aos processos em trâmite a partir de 2000 e aos autuados anteriormente, mas que ainda não foram concluídos.

9 O site do STF informa que os dados estatísticos são referentes aos processos em trâmite a partir de 2000 e aos autuados anteriormente, mas que ainda não foram concluídos.

10 O site do STF informa que os dados estatísticos são referentes aos processos em trâmite a partir de 2000 e aos autuados anteriormente, mas que ainda não foram concluídos.

Foram 162 ações declaratórias de constitucionalidade até 02 de julho de 2017.¹¹ Entre os legitimados, em primeiro lugar vem o Presidente da República, com 24, representando 14, 81%; em segundo lugar o Congresso Nacional, com 16, representando 9,88%; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, com 4, representando 2,47%; o Procurador-Geral da República, também com 4, também representando 2,47%, e o governador do Distrito Federal, com 3, representado 1,85%; dentre outros (BRASIL, 2017). O número total de ações ingressadas por vários partidos políticos e por várias entidades de classe ultrapassam o número de ações propostas pelo Presidente da República, mas este, de forma isolada, foi ainda quem mais ingressou com essas ações, como já era até 12 de junho de 2016. Percebe-se que o Congresso Nacional passou a aparecer entre os cinco primeiros, posicionando-se em segundo lugar.

São 1.596 ADPF's até dia 02 de julho de 2017 no STF.¹² O Presidente da República entrou com 111, representando 6,95%; o Congresso Nacional com 50, representando 3,13%; o Procurador-Geral da República, com 40, representando 2,51%; o Tribunal Superior Eleitoral, com 21, representando 1, 32%, e a União, com 18, representando 1,13%, dentre outros (BRASIL, 2017). Mais uma vez, verifica-se que o Procurador-Geral da República deixou de ser quem isoladamente considerado mais entrou com ações e que o Presidente da República e o Congresso Nacional, que antes não estavam entre os cinco primeiros lugares, agora, ocupam, respectivamente, o primeiro e segundo lugar, ficando o Procurador-Geral da República em terceiro.

Resta, agora, considerando os dados obtidos no site do Supremo Tribunal Federal, concluir sobre a contribuição do Ministério Público na judicialização da política e das relações sociais enquanto autor das ações no controle de constitucionalidade abstrato até a data em que a pesquisa foi finalizada, julho de 2017. Mas, também analisar a sua atuação como autor das ações civis públicas e como fiscal da lei.

2.3 A Contribuição do Ministério Público Para o Processo da Judicialização da Política e das Relações Sociais, Enquanto Autor das Ações do Controle Abstrato de Constitucionalidade e das Ações Civis Públicas, e, ainda, como Fiscal da Lei

Lembrando que o regramento constitucional concedeu ao Ministério Público função essencial à Justiça de forma permanente e com competência para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. E que com o texto constitucional de 1988 a instituição passa a ter autonomia e independência em relação a qualquer um dos Poderes Estatais.

Cabe examinar qual a atividade exercida pelo Ministério Público que impulsiona a judicialização da política e das relações sociais, considerando os fatores determinantes destes fenômenos e o novo perfil assumido pelo Ministério Público, como instituição permanente e

11 O site do STF informa que os dados estatísticos são referentes aos processos em trâmite a partir de 2000 e aos autuados anteriormente, mas que ainda não foram concluídos.

12 O site do STF informa que os dados estatísticos são referentes aos processos em trâmite a partir de 2000 e aos autuados anteriormente, mas que ainda não foram concluídos.

independente e como defensor da ordem democrática, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Como fator explicativo da judicialização da política e das relações sociais foi apontado que este fenômeno é fruto da adoção de uma Constituição analítica e abrangente e do modelo de controle judicial de constitucionalidade vigente no país. E ainda lembrando que foi ressaltada como fator determinante a adoção, no Brasil, do controle abstrato de constitucionalidade. Assim, entende-se essencial analisar o papel do Ministério Público neste controle judicial de constitucionalidade dos atos normativos, já que é visto como fator determinante da judicialização da política.

O controle de constitucionalidade pode ser classificado quanto ao objeto visado em concreto e abstrato. No controle concreto (incidental ou por via de exceção ou defesa), o objetivo principal no processo não é a declaração de inconstitucionalidade em tese do ato normativo, mas sim a realização de um interesse concreto, particular, e a produção de efeitos da decisão se faz apenas entre as partes em conflito. No controle abstrato (principal ou por via de ação), o objetivo principal é a declaração de inconstitucionalidade em tese do ato normativo, e não a proteção interesses concretos, particulares. Já os efeitos da decisão são oponíveis contra todos.

Mas, em razão do fim almejado no presente trabalho, entende-se necessária a delimitação do objeto a ser pesquisado e analisado. Concentrar-se-á no entendimento tão somente de um destes controles de constitucionalidade, qual seja, o controle abstrato, até porque considerado como fator determinante da judicialização da política por Luis Werneck Vianna *et al.* (1999).

O controle de constitucionalidade de atos normativos produz efeitos políticos, e a judicialização da política é analisada no âmbito da revisão judicial dos atos do Executivo e dos atos do Legislativo. As ações de inconstitucionalidade “[...] têm sido consideradas um dos instrumentos que mais caracteriza a judicialização da política, pois as decisões afetam diretamente as normas estipuladas pelo Legislativo.” (ARAGÃO, 2013, p. 70).

Passa-se a analisar a participação do Ministério Público nas seguintes ações constitucionais: ação direta de inconstitucionalidade; ação direta de inconstitucionalidade por omissão; ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental. O art. 103¹³ da Constituição Federal de 1988 estabeleceu a legitimidade ativa para propor a ação direta de inconstitucionalidade por ação ou omissão¹⁴ e a ação declaratória de constitucionalidade,¹⁵ dentre os quais está o Procurador-Geral da República.

Os outros legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade por ação ou omissão e a ação declaratória de constitucionalidade são: o Presidente da República; as mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados¹⁶ e das Assembleias Legislativas dos Estados ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;¹⁷ o Governador de Estado ou do Distrito Federal;¹⁸

13 Redação dada pela Emenda n. 45, de 30 de dezembro de 2004.

14 Determinação do art. 12 –A da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, artigo que foi acrescentado pela Lei 12.063, de 27 de outubro de 2009.

15 Foi acrescentada pela Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993.

16 Apenas mesa do Senado e mesa da Câmara dos Deputados, não está inclusa a mesa do Congresso Nacional.

17 Alterado pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

18 Também alterado pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Alguns dos legitimados precisam demonstrar a pertinência temática, mas o Procurador-Geral da República é legitimado universal, portanto, não precisa demonstrar a pertinência temática, não precisa demonstrar interesse relacionado à sua finalidade institucional.

Vale ressaltar que mesmo a ação direta de inconstitucionalidade sendo proposta pelo Procurador Geral da República, posteriormente, decorrido o prazo das informações, o Advogado Geral da União e ele, o Procurador-Geral da República, deverão manifestar-se, cada um, no prazo de 15 dias,¹⁹ podendo este último, inclusive, manifestar-se pela sua improcedência.

O Procurador-Geral da República é o único dos legitimados ativos que também funciona nas respectivas ações com outras atribuições, pois também atua como *custos legis*. A atuação obrigatória na ação declaratória de constitucionalidade como *custos legis* foi disciplinada pelo art. 19 da Lei 9.868/99.

E a sua atuação na ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi cuidada pelo art. 12-E, § 3º da Lei 9.868/99, dispondo que o Procurador-Geral da República, decorrido o prazo para informações, terá vistas do processo nas ações em que não for autor, no prazo de quinze dias.

A Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que regulamentou a arguição de descumprimento de preceito fundamental, estabeleceu em seu art. 2º que os legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade também são legitimados para propor a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Portanto, dentre outros, o Procurador Geral da República também poderá propor a arguição de descumprimento de preceito fundamental e é considerado como legitimado universal, ele poderá propor a ação em qualquer circunstância. Após ter decorrido o prazo para informações, o Ministério Público terá vistas do processo, por cinco dias, nas arguições em que não formulou o pedido.²⁰

A participação do Ministério Público no desencadeamento do exercício da judicialização da política ocorre pela sua possibilidade de agir como autor nessas ações de inconstitucionalidade. Como é legitimado ativo, dentre outros, termina por impulsionar o exercício da judicialização da política, chamando o Poder Judiciário a tomar decisões com efeitos políticos e contribuindo efetivamente para que seja exercida.

Mas, a sua atuação como autor não é fator determinante ou, explicativo para a existência do fenômeno em termos teóricos, uma vez que já apontado que o que determinou a existência da judicialização da política e das relações sociais foi a adoção tanto do modelo de constituição analítica, como do modelo de controle judicial de constitucionalidade. Vale lembrar mais uma vez que a adoção do controle abstrato é que responde pela existência da judicialização da política. Portanto, pode-se afirmar que o Ministério Público não responde teoricamente pela existência da judicialização da política, mas que contribui de forma decisiva para o seu exercício, pois

19 Determinação do art. 8º da Lei 9.868 (lei que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal).

20 Ver art. 7º, parágrafo único, da Lei 9.882/99.

impulsiona a sua viabilidade prática, tornando possível a sua efetividade, assim como qualquer outro dos legitimados ativos no controle judicial abstrato.

E quando o Ministério Público atua como *custos legis* é certo que não está a impulsionar o exercício da judicialização da política, não está contribuindo para que ela seja exercida. Está a contribuir com o processo de judicialização já desencadeado, em exercício. Assim, a sua contribuição não é *para* o processo de judicialização da política, e sim *com* o processo da judicialização da política.

E observando os dados estatísticos apresentados, anteriormente, conclui-se que o Procurador-Geral da República muito contribuiu, de 2000 até 12 de junho de 2016, enquanto autor das ações proposta perante o Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de constitucionalidade, para o exercício da judicialização da política. Ele foi, até a data mencionada, o que mais ingressou com as ações diretas de inconstitucionalidade, com as ações de inconstitucionalidade por omissão e com as ADPF's, desde que seja considerado que são muitos os partidos políticos, muitos os governadores e muitas as entidades de classe e que quando somadas as ações propostas por estes o seu número total pode ser maior que o número total de ações propostas pelo Procurador-Geral da República, mas uma vez percebendo que o Procurador-Geral da República é um só, verifica-se que teve um papel mais ativo que os outros considerados em suas individualidades.

No entanto, percebe-se que, em um lapso temporal de um pouco mais de 1 ano, ocorreu uma mudança significativa, deixando de ser o Procurador-Geral da República o que mais contribuiu para o exercício da judicialização da política; pois o Presidente da República, isoladamente considerado, passou a ser o que mais ingressou até 02 de julho de 2017 com as ações diretas de inconstitucionalidade, com as ações declaratórias de constitucionalidade e com as ADPF's.

Lembrando que, além do modelo de controle judicial de constitucionalidade adotado, foi apontado como fator explicativo da judicialização da política e das relações sociais o modelo de constituição, a adoção de uma Constituição analítica.

Quanto à extensão, as Constituições são classificadas em sintéticas e analíticas. As analíticas são também chamadas de extensas e tratam de assuntos “[...] formalmente constitucionais (v.g., meio ambiente, uniões estáveis, direito de filiação etc.), além de normas programáticas [...]”; já as sintéticas, também chamadas de reduzidas, cuidam de assuntos “[...] materialmente constitucionais (separação dos poderes e direitos fundamentais) [...]” (CAMBI, 2016, p. 73 e 74).

Com a expansão do direito na vida social, houve uma expansão de litigiosidade e, conseqüentemente, uma maior busca pelo Poder Judiciário para que solucione conflitos coletivos de natureza política e social. A Constituição passou a abranger um maior número de direitos, ocasionando um maior número de conflitos e, assim, passou a haver uma maior procura pelo Poder Judiciário.

Resta examinar a atividade desenvolvida pelo Ministério Público em defesa da efetivação dos direitos constitucionalmente assegurados, o papel do Ministério Público enquanto defensor da sociedade. Já que se pretende associar a atuação do Ministério Público ao fenômeno da judicialização, limitar-se-á a verificar a sua atuação no âmbito judicial, desconsiderando, portanto,

a sua atuação extrajudicial.

A ação civil pública é um instrumento processual importante na defesa de direitos metaindividuais. Apesar de existirem outras formas processuais na defesa desses direitos, não são objeto de estudo nesse trabalho. A ação civil pública pode ser ingressada para a proteção ao meio ambiente; ao consumidor; a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; por infração da ordem econômica e da economia popular; e à ordem urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, ao patrimônio público e social para a reparação de danos morais e patrimoniais²¹.

Com legitimidade para ingressar com a ação civil pública o Ministério Público assume, desta maneira, papel fundamental na defesa de interesses difusos e coletivos. Para Arantes (1999, p. 83):

O Ministério Público tem sido o agente mais importante da defesa de direitos coletivos pela via judicial e, dado que os conflitos relativos a tais direitos têm geralmente conotação política, pode-se dizer que também tem impulsionado um processo mais amplo de *judicialização de conflitos políticos* e, no sentido inverso, de *politização do sistema judicial*.

Para o autor, o Ministério Público tem desenvolvido um papel relevante na defesa dos direitos coletivos no âmbito judicial e tem, assim, impulsionado o processo de judicialização da política. Arantes (1999, p. 89) ainda aponta que “[...] hoje o MP é o responsável pela maior parte das ações civis públicas em tramitação na Justiça [...]”. Deve ser ressaltado, porém, que o próprio autor sinaliza em nota de rodapé que não há dados estatísticos que comprovem com precisão o afirmado.

No mesmo sentido, Mona Lisa Ismail (2014, p. 190): “[...] apesar de haver uma série de colegitimados a sua propositura, o Ministério Público é o litigante com o maior número de ações civis públicas ajuizadas [...]”. Portanto, diante do que foi apresentado por Arantes e Mona Lisa Ismail, percebe-se que o Ministério Público tem colaborado ativamente para o desencadeamento da judicialização das relações sociais.

A Lei 7.347/85 estabeleceu em seu art. 5º os legitimados para propor a ação civil pública e determinou que são também legitimados: a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias, as empresas públicas, as fundações e sociedades de economia mista, além das associações que preencherem os requisitos legais. A legitimidade do Ministério Público para propor a ação civil pública também está prevista no art. 129, III, da Constituição Federal de 1988.

Pode ainda o Ministério Público atuar no processo como *custos legis*, segundo o art. 5º, §1º da Lei 7.347/85. Caso não seja parte no processo, a sua participação como fiscal da lei, é obrigatória. Pode, então, como fiscal da lei colaborar com o processo de judicialização da política e das relações sociais já desencadeado, e não para o desencadeamento do processo de judicialização

21 Ver art. 1º da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985.

da política e das relações sociais. Portanto, quando o Ministério Público atua como fiscal da lei, é certo que não está a impulsionar o exercício da judicialização da política e das relações sociais, não está contribuindo para desencadear a judicialização da política e das relações sociais. Está a contribuir com o processo de judicialização já desencadeado, em exercício.

CONCLUSÃO

O Ministério Público é instituição permanente e exerce, conforme o estabelecido no art. 127, função essencial à Justiça, com competência para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Recebeu tratamento especial em capítulo autônomo, estando, hoje, situado fora da estrutura dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e passando a ter autonomia e independência em relação a qualquer um destes Poderes Estatais. Assumiu o papel de defensor da sociedade.

A judicialização da política e das relações sociais é uma consequência das modificações estruturais ocorridas. Com o advento do Estado Democrático de Direito e a promulgação da Constituição Federal de 1988, o fenômeno tornou-se um fato. A judicialização da política e das relações sociais decorre dos modelos de Constituição e de controle de constitucionalidade adotados e surge em razão da omissão dos demais poderes.

Conclui-se que o Ministério Público contribui para o desencadeamento do exercício da judicialização da política quando age como autor nas ações de inconstitucionalidade. Como é legitimado ativo, dentre outros, termina por impulsionar o exercício da judicialização da política. Chamando o Poder Judiciário a tomar decisões com efeitos políticos, contribui efetivamente para que seja exercida. Mas, não responde teoricamente pela existência da judicialização da política e das relações sociais, apesar de impulsionar sua viabilidade prática.

O Procurador-Geral da República, de 2000 até 12 de junho de 2016, foi quem mais ingressou com as ações diretas de inconstitucionalidade, com as ações de inconstitucionalidade por omissão e com as ADPF's, portanto, muito contribuiu, enquanto autor das ações no controle abstrato de constitucionalidade, para o exercício da judicialização da política, tendo um papel mais ativo que os outros considerados em suas individualidades até a data mencionada.

Mas, em um ano e poucos dias, ocorreu uma mudança significativa, pois o Presidente da República é quem passou a ter um papel mais ativo. Até 02 de julho de 2017 passa a figurar como o que mais ingressou com as ações diretas de inconstitucionalidade, com as ações declaratórias de constitucionalidade e com as ADPF's.

Considerando que o Ministério Público tem sido, dentre os legitimados para propor ação civil pública em defesa de direito difusos e coletivos, o mais atuante, conclui-se que tem colaborado ativamente para o desencadeamento da judicialização das relações sociais.

E quando o Ministério Público atua como fiscal da lei, é certo que não está a impulsionar o exercício da judicialização da política e das relações sociais, não está contribuindo para a judicialização da política e das relações sociais. Está tão somente a atuar em um processo de

estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm. Acesso em: 16 jun. 2016.

BRASIL. **Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm. Acesso em: 14 jun. 2016.

BRASIL. **Lei 9.982, de 3 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1o do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em: 14 jun. 2016.

BRASIL. **Lei 12.063, de 27 de outubro de 2009**. Acrescenta à Lei no 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112063.htm. Acesso em: 14 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Estatísticas**. Brasília: STF, 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica>. Acesso em: 12 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Estatísticas**. Brasília: STF, 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica>. Acesso em: 2 jul. 2017.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário**. São Paulo: Almedina, 2016.

CARVALHO, Ernani; LEITÃO, Natália. O novo desenho institucional do Ministério Público e o processo de judicialização da política. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 2, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/novo-desenho-institucional-ministerio-publico-processo-de-judicializacao>. Acesso em: 11 jun. 2016.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Tradução de Maria Luíza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ISMAIL, Mona Lisa Duarte Abdo Aziz. O papel do Ministério Público no controle de políticas públicas. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, n. 42-43, p. 179- 208, jan./dez. 2014.

SILVA, Cátia Aida. **Justiça em jogo: novas facetas da atuação dos promotores de justiça**. São Paulo: Edusp Fapesp, 2001.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VILLALOBOS, Marco Feoli. Judicialización de la política y activismo judicial: una

aproximación a América Latina. **Revista Latinoamericana de Derechos Humanos**, Heredia, v. 27, n. 1, p. 75 -98, ene./jun. 2016. Disponível em: <http://www.revistas.una.ac.cr/derechoshumanos>. Acesso em: 2 jul. 2017.

YEPES, Rodrigo Uprimny. La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos. **Revista Internacional de Derechos Humanos**, Mendoza, n. 6, p. 52-69, 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/sur/v4n6/es_a04v4n6.pdf. Acesso em: 3 jul. 2017.

Como citar: MORAES FILHO, José Filomeno; SÁ, Fabiana Costa Lima de. A contribuição do Ministério Público para a judicialização da política e das relações sociais. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 2, p. 116-134, ago. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n2p. 116. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 17/04/2019

Aprovado em: 09/08/2019

OS CONSÓRCIOS INTERMUNICIPAIS: ENTRE BARREIRAS E POTENCIALIDADES

THE INTERMUNICIPAL PARTNERSHIPS: BETWEEN BARRIERS AND POTENTIALITIES

CONSTRUCCIONES INTERMUNICIPALES: ENTRE BARRERAS Y POTENCIALIDADES

Érika Loureiro Borba*
Dênis Renato de Oliveira**

Como citar: BORBA, Érika Loureiro; OLIVEIRA, Dênis Renato de. Os consórcios intermunicipais: entre barreiras e potencialidades. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 2, p. 135-154, ago. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n2p.135. ISSN: 1980-511X

* Doutoranda em Ciências da Linguagem pela Universidade do Vale do Sapucaí- UNIVÁS; Mestre em Administração Pública pela Universidade Federal de Lavras – UFLA e graduada em Direito pela Universidade de Itaúna. E-mail: erikaloureiro.borba@gmail.com

**Doutor em Administração de Organizações pela Universidade de São Paulo (2014) e Professor do Programa de Pós-Graduação em Administração Pública da Universidade Federal de Lavras (UFLA). E-mail: denis.oliveira@ufla.br

Resumo: A cooperação entre os entes federados se mostra essencial para que interesses comuns sejam contemplados com maior eficiência, especialmente quando se trata da esfera municipal. O presente estudo tem por objetivo apontar as principais barreiras e potencialidades encontradas pelos municípios para implementação dos consórcios intermunicipais a partir de estudos de caso publicados entre 2014 e 2018. Para tanto utilizou-se como arcabouço metodológico a pesquisa bibliométrica e a análise de conteúdo. Conclui-se que a utilização dos consórcios públicos, dentro do contexto da administração pública brasileira, se mostra como uma alternativa capaz de contribuir para promoção do desenvolvimento local e melhoria da prestação dos serviços públicos.

Palavras-chave: Consórcios intermunicipais. Gestão pública. Redes de cooperação.

Abstract: Cooperation between federal entities is essential for upholding common interests, especially in the case of municipal interests. This study investigates municipal barriers in the context of intermunicipal partnerships from an analysis of various case studies published between 2014 and 2018. For this purpose, this paper utilizes bibliographic research as its method. In conclusion, the use of public partnerships, within the context of the Brazilian public sector, can contribute to the promotion of local development and improve public services.

Keywords: Intermunicipal partnerships; Public administration; Cooperation networks.

Resumen: La cooperación entre los entes federados se muestra esencial para que intereses comunes sean contemplados con mayor eficiencia, especialmente cuando se trata de la esfera municipal. El presente estudio tiene por objetivo apuntar las principales barreras y potencialidades encontradas por los municipios para implementación de los consorcios intermunicipales a partir de estudios de caso publicados entre 2014 y 2018. Para ello se utilizó como marco metodológico la investigación bibliométrica y el análisis de contenido. Concluyendo que la utilización de los consorcios públicos, dentro del contexto de la administración pública brasileña, se muestra como una alternativa capaz de contribuir a la promoción del desarrollo local y la mejora de la prestación de los servicios públicos.

Palabras clave: Consorcios intermunicipales. Gestión pública. Redes de cooperación.

INTRODUÇÃO

A administração pública busca a utilização racional dos recursos do Estado para atingir fins determinados que visem à promoção do interesse público. Considerando que o cenário onde as atividades estatais se desenvolvem é dinâmico em decorrência da interação entre os atores sociais e o Estado, e a democratização do espaço público foi facilitada pela globalização e pela evolução tecnológica, que reduziu as distâncias entre a sociedade e a efetivação das políticas devido à ampliação dos meios de participação (SARAVIA, 2006), para que o Estado pudesse exercer de forma mais eficiente suas funções, foi necessária a repartição de poderes e deveres entre os entes federados.

O federalismo implica na divisão espacial dos Poderes e uma multiplicidade de organizações governamentais com atribuições e competências próprias. No caso brasileiro há a divisão entre União, estados, Distrito Federal e municípios, pessoas jurídicas de direito público cujas prerrogativas de cada ente estão previstas na Constituição Federal de 1988.

Após promulgação desse marco jurídico, os municípios brasileiros passaram a ter maiores encargos, principalmente no que diz respeito à prestação de serviços que contemplem os direitos sociais. Porém, é preciso destacar o desequilíbrio que ocorre a partir da implementação do pacto federativo, tendo em vista que os municípios passaram a ter mais deveres para com a população, mas os recursos nem sempre são suficientes para o atendimento das demandas (REZENDE, 2011).

Uma forma de tentar superar tal desequilíbrio é a atuação dos municípios em regime de cooperação via consórcio público, por exemplo. Estes consórcios surgiram devido a constatação de que os municípios, por si só, não teriam condições de promover as políticas públicas demandadas pela população (ABRUCIO; FILIPPIM; DIEGUEZ, 2013). A lei orientadora dos consórcios é a 11.107/07, regulamentada pelo Decreto 6017/07, buscando institucionalizar esta forma de cooperação.

Sendo assim, busca-se responder a seguinte questão: quais são as barreiras e potencialidades para implementação dos consórcios intermunicipais a partir de estudos de caso publicados entre os anos de 2014 a 2018?

O tema se justifica devido a sua relevância no cenário de gestão municipal, por ser uma prática que tem potencial para ajudar na promoção do desenvolvimento local e pela forte tendência descentralizadora que vem se desenhando no âmbito da Administração Pública brasileira. Segundo Cohn (2002), os municípios encontram-se obrigados a implementar cada vez mais grupos de serviços públicos que deixaram de ser ofertados pelos outros entes federados, por isso, cria-se uma gama de desafios complexos que exigem gestões mais eficientes. E uma das alternativas para este novo rearranjo são os consórcios intermunicipais.

De acordo com dados apresentados pelo IPEA (LINHARES; MESSEMBERG; FERREIRA, 2017), mais de 3100 municípios estão participando de algum consórcio intermunicipal, porém, no ano de 2012 eram apenas 401. Tendo em vista este crescimento expressivo, torna-se fundamental a compreensão acerca dos fatores, limites e possibilidades que impactam na implementação destes consórcios.

Desta forma, o objetivo geral deste estudo é apontar as principais barreiras e potencialidades encontradas pelos municípios para implementação dos consórcios intermunicipais a partir de estudos de caso publicados entre 2014 e 2018.

Os consórcios intermunicipais representam uma forma inovadora para a resolução de problemas a partir da exploração das potencialidades locais e articulação direta e indireta dos agentes. Para Matos e Dias (2011, p. 503), estes consórcios viabilizam que municípios reúnam esforços para buscarem a resolução de problemas comuns, podendo ser criados a partir de simples pacto entre prefeitos ou possuírem personalidade jurídica própria.

Porém, estudos como o de Calderan, Mazzarino, Turati (2017) apontam o desconhecimento de alguns gestores públicos sobre como implementar tais consórcios. Por isso, fortalecer a lógica de consorciamento intermunicipal se faz relevante para que os municípios tenham maiores condições de implementarem políticas públicas mais robustas e eficientes no que diz respeito à promoção do interesse público.

A metodologia utilizada para a análise dos dados foi a pesquisa bibliométrica e a análise de conteúdo. Esse estudo está dividido em capítulos que tratam das temáticas: o federalismo e descentralização administrativa; redes de cooperação intermunicipal e consórcios públicos no Brasil.

1 A DESCENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E OS MUNICÍPIOS NO CONTEXTO DO FEDERALISMO BRASILEIRO

A principal atividade do Estado é promover o bem-estar social, o que ressalta sua função intervencionista na vida social, política e econômica da sociedade. Esta intervenção é indispensável quando se trata de federalismo, regulando, administrando a sociedade (LIMA, 2008). O Estado foi criado porque a sociedade cedeu parte de seus direitos individuais em prol de um bem maior, que se revela na defesa dos interesses públicos. Se cada indivíduo buscasse apenas o que é de seu interesse próprio, toda a sociedade viveria em guerras e conflitos, e o bem comum nunca seria alcançado. O objetivo do Estado é zelar e de defender os interesses sociais, bem como evitar o caos (BORBA; PEREIRA; TORRES, 2012).

A nova ordem estatal, cuja característica é a descentralização, surgiu a partir da comprovação do desgaste do poder dos Estados nacionais. O federalismo faz parte do rearranjo estatal e possui como principal característica o redirecionamento dos governos para provisão dos

serviços sociais (VIANA; LIMA; OLIVEIRA, 2002). E implica na repartição do poder político que o Estado tem, em seus vários níveis de governo, ou seja, União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios. Para tanto, a Constituição Federal, que garantiu a cada um desses entes autonomia política, administrativa e financeira, como também competências suficientes para criar normas e executar suas responsabilidades (OLIVEIRA, 2013).

O sistema federalista permite a união de estados e municípios com maior autonomia interna, e também um ente público para tratar de assuntos internacionais, por isso, segundo Lima (2008) este sistema vem se tornando uma orientação que pode contribuir para impulsionar a união e fortalecimento de uma nação. A Constituição Federal de 1988, ao elevar o município ao mesmo patamar onde se encontram a União e os Estados, dotou-o de uma gama de competências onde por meio delas tornou-se possível o exercício de suas atividades. A regra básica determinante da seara de competência constitucional do município reside exatamente naquilo tudo que se encaixa dentro do chamado interesse local.

Desta forma, o município, que é reconhecido como ente federado e que, segundo Meirelles (2008, p. 47) que “sempre fez parte da Federação. E a Constituição de 1988 assim o declarou em seus arts. 1º e 18, corrigindo essa falha”. Para tanto, a Carta Magna ao longo de seu texto prevê poderes autônomos aos municípios para agir em interesses locais, descentralizando o poder do estado, que é característico do federalismo. No Brasil, portanto, tem-se a União, que é o poder central, os Estados e Distrito Federal que estão em seu nível intermediário, e os municípios no domínio de suas ações locais. Os membros federados têm autonomia para administrar, legislar e executar seus projetos políticos e econômicos, observando-se, por óbvio, os comandos da Lei Maior.

Os Municípios brasileiros apresentam inúmeras peculiaridades que lhes dão forma dentro do plano da Federação nacional que fazem com que os mesmos se destaquem em relação aos demais municípios de todas as outras Federações do mundo.

Durante um longo período a administração pública esteve circunscrita aos padrões centralizadores que, até então, eram reconhecidos como composição de um modelo eficiente. Devido à crise do modelo burocrático e as discussões sobre a reforma do Estado, este modelo estatal centralizador passou a ser visto como obsoleto e ineficiente (MONTEIRO, 2011).

As reformas da Administração Pública, promovidas nas décadas de 80 e 90, fomentaram a descentralização administrativa como forma de retomada da eficiência das ações públicas.

É preciso ressaltar que a descentralização administrativa impulsiona a desconcentração territorial e funcional por meio da delegação de funções e aumento do poder decisório (dimensão política) das camadas hierárquicas mais baixas. A descentralização também implica no fortalecimento do pacto federativo que, no caso brasileiro, promoveu a ampliação da competência decisória dos municípios (BENTO, 2003).

A descentralização é um processo que possibilita o Estado realizar suas funções através de

pessoas jurídicas titulares de competências constitucionais específicas e delimitadas, ou seja, estas atribuições decorrem do poder central e tem como objetivo a consecução dos serviços públicos (CABRAL NETO, 2010), e só foi possível devido ao embasamento da administração gerencial, que tem por princípio norteador justamente a transferência do poder decisório para as instâncias mais baixas da Administração Pública (MONTEIRO, 2011).

Desta forma, é possível dizer que a descentralização “define a competência das três esferas governamentais proporcionando os elementos necessários ao desenvolvimento de ações sociais descentralizadas, complementares e não paralelas” (FREITAS, 2015, p. 2). Para Abrúcio (2006), a descentralização é vista como um processo político que envolve a transferência do poder decisório aos entes federados, permitindo que os mesmos tenham liberdade para operacionalizar sua gestão, incluindo as estruturas financeiras e tributárias. E Bresser-Pereira (2009) acrescenta que este processo envolve a transferência de responsabilidades para o melhor atendimento das demandas locais que, por outro lado, acaba por favorecer também o controle sociais destas ações.

Cabe ressaltar que são considerados efeitos positivos da descentralização: maior flexibilidade e agilidade na prestação dos serviços públicos; melhor adaptação e aproximação com os cidadãos; melhor capacidade de inovação, produtividade e criatividade. E como dificuldades deste processo tem-se: dificuldade de renúncia de parte do poder da alta administração, investimento na capacitação técnica dos agentes envolvidos, independência financeira dos municípios, quando o processo de descentralização ocorre sem a implementação de políticas redistributivas, pode resultar no agravamento das desigualdades entre as regiões (ABRUCIO, 2006; BENTO, 2003; MONTEIRO, 2011).

2 REDES DE COOPERAÇÃO INTERMUNICIPAL

O tema cooperação se tornou fundamental na agenda política e de pesquisa, advindo das discussões acerca da centralização e descentralização que, por si só, já não basta para a compreensão da dinâmica do federalismo brasileiro (ABRUCIO; FILIPPIM; DIEGUEZ, 2013). A cooperação surge pela existência de interesses comuns entre os entes federados e a discussão ganhou força devido ao resultado das fragilidades e desafios decorrentes do processo de descentralização, principalmente devido às transferências do poder de decisão e recursos e as novas atribuições dos entes estaduais e municipais (ROCHA; FARIA, 2004).

É uma estratégia que exige capacitação e aprendizado dos seus integrantes. Envolve ações de cooperação, colaboração, intraempreendedorismo, inovação e a preservação da autonomia dos participantes muito embora permita a subordinação hierárquica entre os participantes (CORREIA FILHO; BAGGIO; MELO, 2017). Já no que diz respeito à sua formação, as redes podem ser vistas “como uma alternativa também para o setor público, pois os elaboradores de políticas na contemporânea sociedade interligada estão constantemente se confrontando com problemas cada vez mais complexos que requerem cada vez mais a ação coletiva.” (FREITAS JÚNIOR;

MESQUITA, 2010, p. 3).

Diz-se necessário, portanto, conduzir estudos que tragam luz para a discussão sobre os mecanismos de coordenação e parceria envolvendo os níveis de governo, cujo resultado seja a propositura de ações para a resolução de problemas comuns e problemas no campo das políticas públicas (ABRUCIO; FILIPPIM; DIEGUEZ, 2013).

Os consórcios ou redes de cooperação intermunicipais são uma forma de articulação do capital social cujas relações de auxílio mútuo, além de contribuírem para a resolução de problemas, também reforçam o poder dessas relações no âmbito social, favorecendo ganhos conjuntos (ABRUCIO; FILIPPIM; DIEGUEZ, 2013). Os consórcios intermunicipais “são uma forma de associação ou união de municípios calcada na percepção de um compartilhamento de interesses e propósitos (ROCHA; FARIA, 2004, p.86). Trata-se de uma inovação que aplica novos métodos organizacionais na prática do negócio, organização do trabalho ou mesmo nas relações externa à organização (CORREIA FILHO; BAGGIO; MELO, 2017).

De acordo com Abrúcio, Sano e Sydow (2011), a partir da constatação de que nenhum município consegue implementar todas as políticas públicas e que se tem buscado soluções cooperadas, é que surgem os consórcios. A cooperação neste caso contribui não somente para a otimização das políticas públicas, integração, difusão de informações e experiências, como também para uma distribuição mais igualitária de custos e benefícios entre os entes participantes (ROCHA; FARIA, 2004).

Na perspectiva de Borges (2006) os consórcios contribuem para que os municípios e estados mais carentes de recursos tenham condições de compartilhar tais recursos, buscando maior eficiência na prestação dos serviços públicos, o aumento da capacidade desses entes na resolução de problemas comuns, maior atratividade no que tange a captação de investimentos privados e demais formas de financiamento.

A previsão de criação de consórcios intermunicipais consta na legislação brasileira desde a Constituição Federal de 1937, os quais ficavam subordinados em grande monta à política estadual. Foi a partir da redemocratização que este instrumento se fortaleceu e passou a contar com a já apresentada Lei 11.107/05 (ABRUCIO; FILIPPIM; DIEGUEZ, 2013).

As redes de consórcios intermunicipais têm início por meio de acordo firmado entre os gestores municipais cujo resultado é a produção de um documento oficial contendo todos os compromissos firmados, para depois proceder com a criação de uma pessoa jurídica que será responsável pela administração dos interesses coletivos, que deve ser materializada obrigatoriamente por meio de uma sociedade civil sem fins lucrativos (CORREIA FILHO; BAGGIO; MELO, 2017). Envolvem, necessariamente, pessoas jurídicas de direito público, de mesma natureza jurídica ou mesmo nível de governo.

Os consórcios se diferem dos convênios porque neste último é possível a associação entre pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado. Ressalta-se que é possível que

os consórcios intermunicipais estabeleçam parcerias com diversas instituições e atores sociais como, por exemplo, organizações não-governamentais, universidades, secretarias municipais e secretarias estaduais (ROCHA; FARIA, 2004).

Os consórcios podem ser constituídos para atender diversas áreas como tratamento de lixo; proteção ambiental; implantação de serviços públicos; fomento da educação; e realização de obras públicas. No Brasil o consórcio que mais se destaca é o de saúde, por ser o mais utilizado (ROCHA; FARIA, 2004). Na perspectiva de Correia Filho, Baggio e Melo (2017) os principais benefícios das redes de consórcios intermunicipais são o incremento dos serviços públicos, aumento da eficiência, redução dos custos operacionais, ganhos de escala, mais flexibilização na celebração do contrato, etc.

Existem alguns fatores, evidenciados por Rocha e Faria (2004), que causam impacto na operacionalização das redes de cooperação intermunicipais, são eles: regras que incentivem a cooperação horizontal e vertical, pela criação de mecanismos formais como, por exemplo, leis e normas; reforço da capacidade de coordenação das esferas estadual e federal para facilitar a implementação; a burocracia, materializada pela existência de regras de seleção, motivação e critérios de promoção; tradição ou não de interação e comunicação entre os municípios; simetria entre os parceiros, que resulta no fortalecimento dos entes mais frágeis; existência ou não de mecanismos de participação da sociedade; aumento do poder de pressão e negociação dos municípios em face dos entes federais e estaduais.

As redes de cooperação intermunicipais, de acordo com Rocha e Faria (2004), podem resultar em efeitos negativos como subordinação dos entes mais fracos aos mais fortes, falta de clareza sobre a distribuição das responsabilidades, o que dificulta inclusive a fiscalização; e a falta de estímulo para a inovação nas formas de atuação dos entes participantes.

3 OS CONSÓRCIOS PÚBLICOS NO BRASIL

A criação da pessoa jurídica denominada consórcio público tomou forma a partir da promulgação da Lei 11.107 de 2005. Sua configuração decorre de uma reunião de pessoas jurídicas de direito privado e/ou direito público, como parte integrante de administração pública indireta (RIBEIRO; RAZUK, 2014).

O objetivo da lei é a consolidação da gestão associada entre os entes federados para a promoção do interesse comum de resolução de atividades complexas (RODRIGUES, 2013/2014). Sua criação deriva de preceito constitucional presente no artigo 241, que diz:

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à

continuidade dos serviços transferidos (BRASIL, 1988).

É preciso dizer que é possível ter um consórcio público com outra finalidade para além da gestão associada dos serviços públicos (ALEXANDRINO; PAULO, 2017). Os consórcios podem firmar convênios e participarem da contratação da administração direta e indireta sem a necessidade de licitação (CORREIA FILHO, BAGGIO, MELO, 2017).

O consórcio público não é um contrato administrativo tendo em vista que as vontades dos parceiros são convergentes (RIBEIRO, RAZUK, 2014). Nos contratos o Poder Público, em defesa do interesse público, celebra uma avença com a outra parte cujo intuito é a obtenção de lucro. Já nos consórcios, a gestão é associada e, por isso, todos os participantes visam o bem comum cuja finalidade é atender justamente a sociedade (CARVALHO, 2017).

Destaca-se que o consórcio no modelo horizontal envolve a atuação de entes que pertencem à mesma esfera governamental. Já o consórcio no modelo vertical é aquele em que atuam parceiros de esferas governamentais diferentes (CORREIA FILHO; BAGGIO; MELO, 2017). Porém, a União só pode participar quando todos os estados também estão participando.

De acordo com a Lei 11.107 de 2005, as etapas para constituição de consórcio são: a) elaboração do protocolo de intenções, especificando o nome, denominação, objeto, prazo de duração, sede, quais são os entes consorciados, a abrangência e forma de atuação, competência, os direitos e deveres dos participantes, e a estrutura organizacional; b) ratificação do protocolo de intenções por meio de lei aprovada pelo Legislativo de cada ente consorciado; c) elaboração do estatuto que deverá conter as formas de organização e estrutura administrativa, os cargos e funções, competências e atribuições, regras de operacionalização e formas de eleição para os cargos criados; este estatuto deve ser aprovado pela Assembleia Geral e publicado na imprensa oficial; d) personificação do consórcio; e) contrato de rateio; f) contrato de programa (OLIVEIRA, 2017).

No artigo 4º, incisos XI e XII da Lei 11.107 de 2005, estão as cláusulas que devem estar presentes no protocolo de intenções:

- a autorização para a gestão associada de serviços públicos, explicitando: as competências cujo exercício se transferiu ao consórcio público; os serviços públicos objeto da gestão associada e a área em que serão prestados; a autorização para licitar ou outorgar concessão, permissão ou autorização da prestação dos serviços;
- as condições a que deve obedecer o contrato de programa, no caso de a gestão associada envolver também a prestação de serviços por órgão ou entidade de um dos entes da Federação consorciados;
- os critérios técnicos para cálculo do valor das tarifas e de outros preços públicos, bem como para seu reajuste ou revisão; e
- o direito de qualquer dos contratantes, quando adimplente com suas obrigações, de exigir o pleno cumprimento das cláusulas do contrato de consórcio público (BRASIL, 2005).

Para a formação da Assembleia Geral devem ser estabelecidos os cargos de Presidência e Diretoria Executiva, cujos responsáveis são do Diretor Geral e o Diretor Administrativo e Financeiro, e a equipe técnica e administrativa. Os recursos para a operacionalização dos consórcios podem vir de repasse da União, estados ou municípios, convênios, contratos ou parcerias, prestação de serviços técnicos, repasses de entidades públicas e privadas, doações, operações de crédito e aplicações financeiras (CORREIA FILHO; BAGGIO; MELO, 2017).

Os entes participantes somente farão o repasse de recursos ao consórcio mediante a apresentação de contrato de rateio, que deve ser formalizado em cada novo exercício financeiro, de forma que o prazo de vigência não seja superior ao das dotações que o sustentam, com exceção dos contratos referentes a programas já previstos no plano plurianual ou a gestão associada de serviços públicos que são custeados por tarifas e preços públicos. O ente que não realizar a suficiente consignação da dotação será excluído do consórcio (MEDAUAR, 2018).

Os consórcios públicos representam uma inovação que pode resultar em avanços no campo da gestão pública, especialmente no que diz respeito às políticas públicas e sociais que implicam no trabalho conjunto de diversos entes para a delimitação de suas metas e objetivos e posterior implementação.

Segundo Di Pietro (2018), os privilégios concedidos pela Lei 11.107/05 aos consórcios tanto de natureza pública quanto de natureza privada são: a) a possibilidade de promover desapropriação e servidão a partir da declaração de utilidade ou necessidade pública; b) a possibilidade de compor contrato com a Administração direta e indireta sem a necessidade de licitação; c) o estabelecimento de limites mais elevados no que diz respeito à escolha da modalidade de licitação; d) dispensa de licitação na celebração de contrato de prestação de serviços públicos de forma associada dentro dos limites autorizados no contrato de consórcio ou convênio de cooperação; e) estipulação de valores mais elevados nos casos de dispensa de licitações em razão do valor.

Os consórcios estão sujeitos a fiscalização contábil, operacional e patrimonial de responsabilidade do tribunal de contas competente para analisar as contas do Chefe do Poder Executivo representante legal do consórcio. O limite territorial para sua atuação, segundo Farias (2017), corresponde à jurisdição de seus integrantes.

A alteração ou extinção do consórcio deverá ser feita por meio de instrumento aprovado pela Assembleia Geral e ratificado mediante lei por todos os participantes. Destaca-se que até que se tenha decisão sobre a responsabilidade por cada obrigação, os entes responderão de forma solidária pelas mesmas, cabendo ação de regresso em face dos entes beneficiados ou daqueles que deram causa ao surgimento da obrigação. E a retirada de um ente da federação do consórcio público só acontece por meio de ato forma do representante da Assembleia Geral, de acordo com a lei criadora do consórcio. Por fim, segundo Di Pietro (2018), os bens repassados ao consórcio, pelo participante que se retira, somente poderá ser revertido se houver previsão expressa no contrato do

consórcio ou em instrumento de transferência ou alienação.

4 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Este estudo tem como foco principal compreender as barreiras e potencialidades que se apresentam no processo de implementação dos consórcios intermunicipais a partir de estudos de caso publicados em periódicos entre os anos de 2014 e 2018. Para tal investigação optou-se pelo embasamento metodológico advindo da pesquisa qualitativa, que se pauta pelo estudo da realidade pela análise de dados subjetivos, opiniões e fenômenos, usando a perspectiva do paradigma interpretativista.

Desta forma, Minayo (1995, p. 21-22) considera que:

[...] a pesquisa qualitativa responde a questões muito particulares. Ela se preocupa, nas ciências sociais, com um nível de realidade que não pode ser quantificado, ou seja, ela trabalha com o universo de significados, motivos, aspirações, crenças, valores e atitudes, o que corresponde a um espaço mais profundo das relações dos processos e dos fenômenos que não podem ser reduzidos à operacionalização de variáveis.

A pesquisa qualitativa tem como características o ambiente natural como fonte direta de dados que são, em sua maioria, descritivos, e a postura do pesquisador como instrumento-chave na tradução dos significados que os indivíduos dão às situações abordadas (BOGDAN; BIKLEN apud TRIVIÑOS, 1992).

Já o paradigma interpretativista se pauta pela compreensão da estrutura social como resultado da interpretação que os indivíduos realizam para pautar seu modo de agir. A sociedade é compreendida como uma criação de seus membros com foco na influência da interpretação do comportamento. Os teóricos ressaltam a necessidade de concentrar o estudo em nível micro de análise social, assim, a sociedade deve ser pensada como resultado final da interação humana, não sua causa. Desta forma, o pesquisador só entenderá a formação da ordem social através da observação da interação dos seres humanos (ALENCAR, 2000).

Esta pesquisa possui caráter exploratório e esta finalidade será alcançada por meio da realização de pesquisa bibliométrica, utilizada para a seleção de artigos que tratem da implementação dos consórcios públicos, a partir de estudos já realizados. Segundo Araújo e Alvarenga (2011, p. 51) “a bibliometria, como área de estudo da ciência da informação, tem um papel relevante na análise da produção científica de um país, uma vez que seus indicadores retratam o grau de desenvolvimento de uma área do conhecimento de um campo científico ou de saber.”

E, de acordo com Hayashi (2013), a análise bibliométrica pode ser aplicada para o mapeamento da leitura referente a uma área específica; para a produção de modelagem matemática

identificando áreas de excelência, temas emergentes e lacunas, redes de colaboração; e para a produção de indicadores bibliométricos.

A bibliometria auxilia na construção de parâmetros que viabilizem a compilação quantitativa dos dados para a criação de uma leitura de referência (HAYASHI, 2013). Desta forma, o levantamento dos dados procurou identificar artigos acadêmicos que se relacionassem ao tema implementação de consórcio intermunicipal de forma geral. Para tanto, utilizou-se a Scielo (*Scientific Eletronic Library Online*) como base de dados para o levantamento, devido, principalmente, a abrangência dos estudos e relevância no cenário nacional.

Na etapa da coleta de dados, adotou-se a palavra-chave “consórcio intermunicipal”, obtendo-se 8 artigos, todos referentes aos anos de 2014 a 2018. Cada artigo foi lido e analisado de forma que foram selecionados 3 por serem os únicos que apresentavam casos concretos de implementação de consórcios públicos. Foram selecionados os trabalhos de Henrichs e Meza (2017); Piterman, Rezende e Heller (2016) e Morais e Chaves (2016).

O caráter quantitativo dos indicadores não permite a realização de uma análise mais profunda em relação ao conteúdo dos dados (HAYASHI, 2013), por isso, na etapa da análise dos dados, optou-se pela realização da análise de conteúdo que segundo Bardin (2004), contribui para a descoberta de diferentes significados nos discursos a partir de critérios de frequência. Para tanto, as análises serão dispostas no capítulo seguinte a partir das seguintes categorias de análise: atores; potencialidades e barreiras encontradas ao longo do processo de implementação dos consórcios evidenciados nestes estudos.

5 ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

Para que as análises sejam mais bem exploradas, as mesmas foram divididas em três categorias temáticas: atores; potencialidades e barreiras enfrentadas pelos participantes ao longo do processo de implementação dos consórcios públicos intermunicipais.

É preciso dizer que os consórcios públicos ganharam maior importância com movimento de descentralizado do Estado, sendo este um ponto basilar da reforma da Administração Pública iniciada com maior força a partir da década de 1990 e que, de acordo com Bento (2003), tinha como objetivo a retomada da eficiência das ações governamentais no que diz respeito ao atendimento das necessidades dos cidadãos.

A pesquisa realizada por Morais e Chaves (2016) analisou o consórcio intermunicipal de saúde Cerrado Tocantins Araguaia, cujo objetivo para sua criação foi a busca pela melhoria dos níveis e qualidade dos serviços prestados via Sistema Único de Saúde. O trabalho de Piterman, Rezende e Heller (2016) teve como objetivo analisar a formação e implantação de um consórcio de saneamento básico no sul do Brasil como forma de estímulo para a implantação e gestão das políticas públicas de saneamento. Por fim, Henrichs e Meza (2017) analisaram em sua pesquisa o

CIF- Consórcio Intermunicipal da Fronteira, que buscou a promoção do desenvolvimento regional devido a escassez de recursos para projetos, obras e melhoria dos serviços públicos.

A primeira categoria de análise refere-se aos atores políticos que são integrantes dos consórcios ora analisados. No trabalho de Henrichs e Meza (2017) tem-se a integração de quatro municípios, sendo um deles argentino, todos de pequeno porte cuja economia gira em torno da agricultura familiar, pouco desenvolvidos devido ao baixo potencial atrativo para atividades industriais. É um grupo com ideologias político partidárias opostas, carente de recebimento de recursos governamentais para fomento do desenvolvimento local. Estes municípios se uniram inicialmente para buscar integração na prestação de serviços de saúde e, posteriormente, atuaram de forma cooperada na promoção da educação e da agricultura.

No estudo de Piterman, Rezende e Heller (2016), os atores envolvidos são municípios que buscaram estabelecer uma colaboração estratégica no sentido de desenvolver habilidades de autogestão de recursos para solucionar problemas relacionados ao saneamento básico. Já os atores envolvidos no consórcio estudado por Moraes e Chaves (2016) são municípios com limitações de recursos humanos, tecnologia e estrutura física, que geram impactos negativos na prestação de serviços de saúde.

A partir deste panorama destaca-se que os consórcios podem ser formados entre entes federados de mesma hierarquia ou não. Nos casos estudados as cooperações ocorrem entre municípios. O que se observa é que todos os atores municipais têm procurado este tipo de integração por ser esta uma alternativa para melhorar a prestação dos serviços públicos, compreendidos pela perspectiva de Freitas Júnior e Mesquita (2010) como de alta complexidade e que, por isso, demandam ações coletivas, principalmente devido à insuficiência de recurso individual de cada município que acaba por limitar as ações.

Nenhum dos trabalhos deixou claro se houve algum tipo de capacitação específica para os atores na formação dos consórcios, cuja importância foi anotada por Correia Filho, Baggio e Mello (2017) como forma de ampliar a margem de sucesso na integração e formação destes tipos de parcerias intergovernamentais.

A segunda categoria de análise envolve a identificação das potencialidades que a formação dos consórcios traz para os municípios participantes.

O trabalho de Henrichs e Meza (2017) apontou para a melhoria das relações intergovernamentais, a realização de ações concretas que impulsionaram o desenvolvimento da região, que não seria possível se cada município estivesse atuando sozinho. O fomento da gestão compartilhada das políticas públicas, o que pode contribuir para que as demandas e recursos sejam melhor providos.

Apesquisa de Piterman, Rezende e Heller (2016) revelou como potencialidades o aumento dos recursos socioeconômicos, tecnológicos e humanos, melhor racionalização e transparência na aplicação dos recursos, segurança jurídica e empoderamento político dos consorciados e maior

potencial para desenvolver políticas públicas. O estudo de Moraes e Chaves (2016) apontou como potencialidade a maior autonomia para construção de parcerias e planejamento para além dos limites de cada município.

As potencialidades apresentadas nas pesquisas vão de encontro ao que foi dito por Andrade *et al.* (2013) e Rocha e Faria (2004) a respeito da cooperação via consórcios intermunicipais e sua capacidade para integrar os municípios por meio da resolução de interesses comuns, do compartilhamento de informações e experiências, possibilidade de aumento de receita e redução de custos, melhor relação entre os atores que compõem a rede interorganizacional. E, de acordo com Borges (2006), este tipo de cooperação é relevante para que os municípios carentes de recursos atuem na promoção não só do interesse local como também de toda região abarcada pelo consórcio.

Por fim, cabe a análise da terceira categoria proposta que trata justamente da identificação de barreiras que podem prejudicar a implementação das ações propostas no âmbito dos consórcios intermunicipais.

A pesquisa de Piterman, Rezende e Heller (2016) não relatou nenhum tipo de barreira encontrada na criação do consórcio estudado. Já Henrichs e Meza (2017) apontaram que a maior barreira foi a ausência de marco legal de formalização da participação do município argentino no consórcio, porque representa um fato que limita as ações e dificulta a unificação dos orçamentos destinados aos objetivos do consórcio. A pesquisa apresentou, também, impasses político-partidários que prejudicaram a execução das ações devido a vaidade política e interesses individuais.

Pela análise de Moraes e Chaves (2016), as barreiras encontradas diziam sobre a falta de simetria entre os discursos dos atores participantes do consórcio e os efeitos da implementação das políticas de saúde, falta de clareza dos atores quanto a sua atuação ativa no consórcio, falta de subsídios para ações intersetoriais para resolução de problemas que impactam direta e indiretamente na saúde da população.

As barreiras mencionadas nos estudos analisados como a falta de clareza sobre a distribuição das responsabilidades e ausência de mecanismos formais de regulamentação foram apontadas por Rocha e Faria (2004), que também ressaltaram que a falta de simetria entre os agentes prejudica o fortalecimento dos municípios mais frágeis. A pesquisa de Moraes e Chaves (2016) apontou para a falta de simetria entre os planos apresentados e ações implementadas que se entende como igualmente prejudiciais ao fortalecimento do consórcio.

O quadro a seguir traz uma síntese das potencialidades e barreiras encontradas pelos atores ao longo dos processos de implementação dos consórcios intermunicipais.

Figura 2 - Barreiras e potencialidades enfrentadas pelos consórcios públicos

Potencialidades	Barreiras
<ul style="list-style-type: none"> - melhoria na prestação dos serviços - utilização de recursos de maneira conjunta - gestão compartilhada das ações - efetivação de parcerias - promoção do desenvolvimento local 	<ul style="list-style-type: none"> - ausência de marco legal para formalização do consórcio - falta de alinhamento com relação às funções de cada ator na implementação do consórcio - divergências políticas e econômicas

Fonte: Dados da pesquisa.

Desta forma, torna-se evidente que a utilização dos consórcios públicos, dentro do contexto da administração pública brasileira, se mostra como uma alternativa capaz de contribuir para promoção do desenvolvimento local e melhoria da prestação dos serviços públicos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentro da estrutura federalista do Brasil, os municípios possuem função essencial na promoção do bem-comum. Porém, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e alteração do modelo de gestão estatal, os municípios passaram a ter maiores encargos, especialmente no que diz respeito à promoção dos direitos sociais, mas na maioria das vezes os recursos não são suficientes para dar efetividade plena ao atendimento das demandas.

Nesta perspectiva, os consórcios públicos se mostram como uma opção viável para que os municípios possam agir de forma cooperada na resolução de problemas que lhes são comuns, favorecendo a complementação de recursos e a troca de experiências entre os participantes. Por isso, o objetivo desse trabalho foi apresentar as principais barreiras e potencialidades encontradas ao longo do processo de implementação destes consórcios, visando contribuir para a discussão sobre o tema, apontando fatores que devem ser incentivados e outros que precisam ser melhor trabalhados pelos consorciados.

As pesquisas analisadas versaram sobre estruturas consorciais instituídas no modelo horizontal cuja atuação se dá entre entes da mesma esfera governamental, neste caso, os municípios.

Como potencialidades destacou-se que a integração via cooperação se mostrou como um instrumento de auxílio para a resolução de problemas comuns e meio de fomento do desenvolvimento local. A gestão compartilhada se mostrou positiva no que tange à utilização dos recursos humanos, financeiros e tecnológicos, como também para dar mais transparência na execução das ações.

Outro fator positivo é que os consórcios dão maior visibilidade e fortalecimento tanto para os municípios quanto para a região, o que pode ensejar a possibilidade de atração de mais investimentos por parte do governo e demais atores privados.

Já como barreiras a pesquisa evidenciou a dificuldade de entendimento a respeito a função de cada participante do consórcio, a falta de formalização legal e as mazelas político-

partidárias como pontos frágeis que merecem atenção dos atores que buscam o sucesso desse tipo de cooperação.

Para tanto, acredita-se que o diálogo claro entre as partes e a capacitação dos envolvidos pode contribuir para a redução da interferência política desprovida de fundamento, para que os municípios tenham como resultado a boa qualidade dos serviços públicos e a melhoria da qualidade de vida de sua população através do desenvolvimento da região como um todo.

Esse trabalho possui limitações como, por exemplo, por ter se restringido a analisar apenas a ótica da implementação dos consórcios, porém, espera-se que o mesmo contribua para o fomento de novos estudos com foco na análise de casos práticos de implementação de consórcios públicos como também analisar os resultados nas perspectivas dos agentes públicos e da população, para auxiliar no fortalecimento deste instrumento que muito tem a contribuir para o desenvolvimento de melhores condições de vida para a coletividade.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. Para além da descentralização: os desafios da coordenação federativa no Brasil. In: FLEURY, SONIA (org.). **Democracia, descentralização e desenvolvimento: Brasil & Espanha**. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 77-125.

ABRUCIO, Fernando Luiz; FILIPPIM, Eliane Salette; DIEGUEZ, Rodrigo Chaloub. Inovação na cooperação intermunicipal no Brasil: a experiência da Federação Catarinense de Municípios (Fecam) na construção de consórcios públicos. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 46, n.3, nov./dez. 2013. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/13987/12873>. Acesso em: 15 mar. 2019.

ABRUCIO, Fernando Luiz; SANO, Hironobu; SYDOW, Cristina Toth. Radiografia do associativismo territorial brasileiro: tendências, desafios e impactos sobre as regiões metropolitanas. In: KLINK, Jeroen (org.). **Governança das metrópoles**. São Paulo: Annablume, 2011. p. 21-48.

ALENCAR, Edgar. **Introdução à metodologia de pesquisa**. Lavras: UFLA, 2000.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

ANDRADE, Diego César Terra de; OLIVEIRA, Dênis de; PASSADOR, João Luiz; BRITO, Mozar José de. Clubes de futebol x televisão: como Bourdieu pode contribuir para a virada deste jogo de poder. **Revista Economia e Gestão**, Belo Horizonte, v. 13, n. 32, maio/ago. 2013. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/economiaegestao/article/view/P.1984-6606.2013v13n32p130/5677> Acessado em: 15 mar, 2019.

ARAÚJO, Ronaldo Ferreira; ALVARENGA, Lidia. A bibliometria na pesquisa científica da pós-graduação brasileira de 1987 a 2007. **Encontros Bibli, Florianópolis**, v. 16, n. 31, p. 51-70, 2011. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/eb/article/view/1518->

2924.2011v16n31p51. Acesso em: 15 mar. 2019.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 2004.

BENTO, Leonardo Valles. **Governança e governabilidade na reforma do Estado**: entre eficiência e democratização. Barueri: Manole, 2003.

BORBA, Érika Loureiro; PEREIRA, José Roberto; TORRES, Kelly Aparecida. O interesse público na perspectiva de Hobbes, Locke, Rousseau e Tocqueville. *In*: CONGRESSO DE ADMINISTRAÇÃO, SOCIEDADE E INOVAÇÃO, 2012, Volta Redonda. **Anais** [...]. Volta Redonda, 2012. Disponível em: https://www.academia.edu/2361978/O_interesse_público_na_perspectiva_de_Hobbes_Locke_Rousseau_e_Tocqueville. Acesso em: 20 mar. 2019.

BORGES, Alice Gonzalez. Consórcios públicos e Estatuto da Cidade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1128, ago. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8693>. Acesso em: 15 jul. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **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: 12 ja/01/2019.

BRASIL. **Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005**. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm. Acesso em: 15 jul. 2019.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Construindo o Estado Republicano**: democracia e reforma da gestão pública. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

CABRAL NETO, Antônio. Descentralização administrativa. *In*: OLIVEIRA, Dalila Andrade; DUARTE, Adriana Cancelli; VIEIRA, Livia Fraga. **Dicionário**: trabalho, profissão e condição docente. Belo Horizonte: UFMG; Faculdade de Educação, 2010. CD Rom.

CALDERAN, Thanabi Bellenzier; MAZZARINO, Jane Márcia; TURATI, Luciana. A potencialidade dos consórcios intermunicipais frente à política nacional de resíduos sólidos: estudo de caso no Corede - Vale do Taquari, RS, Brasil. **Revista Estudo e Debate**, v. 24, n. 3, 2017. Disponível em: <http://www.univates.br/revistas/index.php/estudoedebate/article/view/1323>. Acesso em: 19 mar. 2019.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

COHN, Amélia. Os governos municipais e as políticas sociais. *In*: SOARES, Jose Arlindo; CACCIA-BAVA, Silvio (org.). **Os desafios da gestão municipal democrática**. São Paulo: Cortez, 2002.

CORREIA FILHO, Wladimir Leite; BAGGIO, Daniel Knebel; MELO, Alcielne de Souza. Consórcio intermunicipal: cooperação como fonte de desenvolvimento regional. *In*: SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE DESENVOLVIMENTO REGIONAL, 8., 2017, Santa Cruz do Sul, RS. **Anais** [...]. Santa Cruz do Sul, 2017. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidr/article/view/16208/4292>. Acesso em: 21 mar. 2019.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- FARIAS, Talden. Consórcios públicos, federalismo cooperativo e intermunicipalidade. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 237-255, out./dez. 2017. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/499>. Acesso em: 9 out. 2019.
- FREITAS JÚNIOR, Dionysio Borges de; MESQUITA, Daniel Leite. Consórcios Intermunicipais de Políticas Públicas em Minas Gerais: redes para a prestação eficiente de serviços ao cidadão. *In: ENCONTRO DA ANPAD*, 34., 2010, Rio de Janeiro. **Anais [...]**. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/apb1375.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2019.
- FREITAS, Leana Oliveira. Políticas públicas, descentralização e participação popular. **Revista Katálysis**, Florianópolis, v. 18, n. 1, p. 113-122, jun. 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802015000100113&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 29 abr. 2019.
- HAYASHI, Carlos Roberto Massao. Apontamentos sobre a coleta de dados em estudos bibliométricos e cientométricos. **Revista Filosofia e Educação**, São Paulo, v. 5, n. 2, out. 2013.
- HENRICHS, Joanni Aparecida; MEZA, Maria Lúcia Figueiredo Gomes de. Governança multinível para o desenvolvimento regional: um estudo de caso do Consórcio Intermunicipal da Fronteira. **Revista Brasileira de Gestão Urbana**, Curitiba, v. 9, n. 1, p. 124-138, abr. 2017. Doi: 10.1590/2175-3369.009.001.ao03.
- LIMA, Tatiana Maria Silva Mello de. **O Federalismo Brasileiro: uma forma de estado peculiar**. 2008.
- LINHARES, Paulo de Tarso Frazão Soares; MESSENERG, Roberto Pires; FERREIRA, Ana Paula Lima. Transformações na Federação Brasileira: o consórcio intermunicipal no Brasil do início do século XXI. **Boletim de Análise Político-Institucional**, Brasília, n. 12, jul./dez. 2017. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/8102>. Acesso em: 15 mar. 2019.
- MATOS, Fernanda; DIAS, Reinaldo. A gestão de resíduos sólidos e a formação de consórcios intermunicipais. **Revista em Agronegócio e Meio Ambiente**, Maringá, v. 4, n. 3, 2011. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/rama/article/view/1935/1299>. Acesso em: 19 mar. 2019.
- MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MINAYO, Maria Cecília de Souza. **Pesquisa social: teoria, método e criatividade**. Petrópolis: Vozes, 1995.
- MONTEIRO, Lilian Alfaia. Descentralização administrativo e participação popular em políticas culturais: o caso de um ponto de cultura em Niterói. *In: ENCONTRO DA ANPAD*, 35., 2011., Rio de Janeiro. **Anais [...]**. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/APB1305.pdf> Acessado em: 19 mar. 2019.

MORAIS, Vânia Soares de; CHAVES, André Preissler Loureiro. Percepção dos gestores municipais de saúde relacionada à saúde ambiental: consórcio intermunicipal de saúde Cerrado Tocantins Araguaia. **Saúde e Sociedade**, São Paulo, v. 25, n. 2, p. 349-360, jun. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902016000200349&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 8 abr. 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Método, 2017.

OLIVEIRA, Vitor França Dias. Introdução ao federalismo fiscal brasileiro. **Revista Âmbito Jurídico**, São Paulo, mar. 2013. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12642. Acesso em: 10 nov. 2018.

PITERMAN, Ana; REZENDE, Sonaly Cristina; HELLER, Léo. Capital social como conceito-chave para a avaliação do sucesso de consórcios intermunicipais: o caso do CISMAE, Paraná. **Engenharia Sanitaria e Ambiental**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 4, p. 825-834, dez. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1413-41522016000400825&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 10 mar. 2019.

REZENDE, João Batista. **Administração pública em municípios de pequeno porte do sul de Minas Gerais**: velhas questões, modernas leis e práticas patrimonialistas. 2011. Tese (Doutorado em Administração) - Universidade Federal de Lavras, Lavras, 2011. Disponível em: <http://www.repositorio.fjp.mg.gov.br/handle/123456789/150>. Acesso em: 25 mar. 2019.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; RAZUK, Nahima Peron Coelho. Consórcio público e gerenciamento de resíduos sólidos: aspectos de eficiência e cooperação. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 19, n. 1, p. 151-178, jan./abr. 2014. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/viewFile/3090/pdf>. Acesso em: 9 out. 2019.

ROCHA, Carlos Vasconcelos; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. Cooperação intermunicipal, reterritorialização da gestão pública e provisão de bens e serviços sociais no Brasil contemporâneo: a experiência dos Consórcios de Saúde de Minas Gerais. **Revista Cadernos Metrópole**, São Paulo, n. 11, 2004. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/metropole/article/view/8815>. Acesso em: 17 mar. 2019.

RODRIGUES, Fillipe Azevedo. Análise econômica dos consórcios públicos municipais: teoria dos jogos como instrumento maximizador da eficiência administrativa. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 15, n. 17, out. 2013/jan. 2014. Disponível em: http://dspace/xmlui/bitstream/item/14933/e_home_ndj_dados_biblioteca_BDM_BDM89814.pdf?sequence=1. Acessado em: 9 out. 2019.

SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. *In*: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (org.). **Políticas públicas**. Brasília: ENAP, 2006. v. 1, p. 21-42.

TRIVIÑOS, Augusto Nivaldo Silva. **Introdução à pesquisa em ciências sociais**: a pesquisa qualitativa em educação. São Paulo: Atlas, 1992.

VIANA, Ana Luiza D'Ávila; LIMA, Luciana Dias de; OLIVEIRA, Roberta Gondim de. Descentralização e federalismo: a política de saúde em novo contexto - lições do caso brasileiro. **Ciência & Saúde Coletiva**, São Paulo, v. 7, n. 3, p. 493-507, 2002. Disponível em: <http://www>.

scielo.br/pdf/csc/v7n3/13027.pdf. Acesso em: 23 mar. 2019.

Como citar: BORBA, Érika Loureiro; OLIVEIRA, Dênis Renato de. Os consórcios intermunicipais: entre barreiras e potencialidades. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 2, p. 135-154, ago. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n2p.135. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 15/05/2019

Aprovado em: 14/10/2019

BULLYING NA ESCOLA: DE QUEM É A RESPONSABILIDADE PELA COIBIÇÃO DESTA PRÁTICA?

BULLYING IN SCHOOLS: WHO IS RESPONSIBLE?

Amadeus de Sousa Lima Neto*
José Weidson de Oliveira Neto**
Romualdo Flávio Dropa***

* Graduado em Administração pela Faculdade Anhanguera Uniderp. Graduando em Direito pela Faculdade UNITPAC. Pesquisador no Projeto: Direito à educação da criança e do adolescente: responsabilidade de todos, 2018/2019. E-mail: amadeus.neto@outlook.com.br

** Mestre em Direito Constitucional nas Relações Privadas pela Universidade de Fortaleza (com menção honrosa), Especialista em Direito e Processo de Família e Sucessões pela Faculdade Damásio de Jesus, graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professor e pesquisador nas áreas de Direito Civil, Administrativo e Constitucional. Professor adjunto no Cento Universitário Instituto Tocantinense Presidente Antonio Carlos (UNITPAC). Presidente Estadual (Tocantins) da Associação de Direito de Família e Sucessões (ADFAS). Advogado. E-mail: professorweidson@gmail.com

*** Doutor em Letras pela Universidade Federal do Tocantins, Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual de Direito do Norte do Paraná (2005), Especialista em Patrimônio Histórico e Cultural pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (2000), Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (1991). Assistente de Coordenação do Curso de Direito do Centro Universitário UNITPAC. Professor de Direito Constitucional junto à FACDO - Faculdade Católica Dom Orione. E-mail: dropa69@gmail.com

Como citar: LIMA NETO, Amadeus de Sousa; OLIVEIRA NETO, José Weidson; DROPA, Romualdo Flávio. Bullying na escola: de quem é a responsabilidade pela coibição desta prática? **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 2, p. 155-176, ago. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n2p. 155. ISSN: 1980-511X

Resumo: O avanço da tecnologia aguçou a participação da sociedade na discussão de temas relevantes que se encontram dispersos em várias partes do mundo. Várias mazelas sociais, ignoradas por muitos, são tratadas de maneira profunda através de novelas, filmes e outros mecanismos disponíveis ao público. Entre essas moléstias, relegadas socialmente, está o *bullying*, que atrai a atenção do Direito e foi retratado pela série *13 Reasons Why*, da NETFLIX. Assim, a presente pesquisa se faz importante para identificar alguns dos civilmente responsáveis pelas práticas de *bullying* entre crianças e adolescentes no seio escolar, apontando a responsabilidade da família, da escola e do Estado na educação antibullying e a importância desses atores na coibição desta prática nociva. Para tanto, utilizou-se de pesquisa bibliográfica, realizada em sites e revistas eletrônicas sobre o tema, de cunho qualitativa, descritiva e exploratória, observados os limites próprios para produção de artigos científicos.

Palavras-chave: *Bullying*. Escola. Estado. Família. Responsabilidade.

Abstract: Democratic participation in society has grown thanks to modern technological advances, permitting political discussions of relevant issues scattered all across the globe. Moreover, largely ignored social ills are explored in profound ways in soap operas, films and other medias available to the general public. Among these socially relegated issues is bullying, a practice that is attracting attention from law enforcement and is the central theme of NETFLIX's 13 Reasons Why series. In this context, this paper examines who is legally responsible

for bullying conducts among school children and adolescents. Moreover, this paper points out the duty of the family, school and the State in antibullying education. In order to research this topic, this study utilizes literature review of websites and electronic journals that have a qualitative, descriptive and exploratory nature, whilst observing production limits of scientific articles.

Keywords: Bullying. Family. School. State. Responsibility.

INTRODUÇÃO

A sociedade utiliza cada dia mais os meios tecnológicos para obter e compartilhar informações. Novas ferramentas de mídia facilitam a comunicação entre os indivíduos por todo o globo terrestre e proporcionam debates sobre temas até pouco tempo ignorados pela sociedade, pela família e, até mesmo, pelo Direito. O rádio, a televisão e, agora, a transmissão de séries e novelas pela internet introduzem as pessoas na discussão de diversas problemáticas sociais que ocorrem em várias partes do planeta, como, por exemplo, questões políticas, de segurança pública, religiosas e educacionais.

O *bullying*, uma mazela social que destrói a vida de muitas crianças e adolescentes ao redor do mundo, emerge nos canais abertos e fechados de televisão como um tema de grande relevância a ser debatido, principalmente porque o Poder Público não tem destinado a atenção devida ao problema, por se tratar de questões que, muitas vezes, envolvem mais de um sujeito para sua resolução.

Em face da relevância que a temática do *bullying* tem para a sociedade, e por conta da necessidade de se travarem diálogos que busquem a satisfatória compreensão do problema, a presente pesquisa ganha destaque no contexto atual, uma vez que, em várias ocasiões, o mundo presencia, perplexo, casos de agressões sistemáticas envolvendo crianças e adolescentes que, geralmente, terminam por lesionarem bens jurídicos essenciais ao ser humano, chegando os envolvidos até mesmo a pôr término à própria vida.

Nesta senda, diante do crescente aparecimento de recorrentes práticas de *bullying* no mundo, bem como da escassez de políticas públicas que abarquem efetivamente a causa, a NETFLIX levou ao ar a série *13 reasons why*, que expõe a problemática à sociedade, de onde surgem perguntas do tipo: de quem é a responsabilidade de coibir a proliferação das práticas de *bullying* entre crianças e adolescentes? Qual seria o limite dessa responsabilização no âmbito civil?

Sem pretender esgotar o tema, este trabalho objetiva identificar os atores responsáveis pela educação antibullying entre crianças e adolescentes no atual cenário brasileiro. Para tanto, perseguiram-se os seguintes objetivos: a responsabilidade da família, da escola e do Estado na educação antibullying.

O desenvolvimento do presente trabalho adotou a pesquisa bibliográfica básica, com ênfase na literatura relativa ao tema, oriunda de jornais e revistas eletrônicas, da legislação nacional e estrangeira sobre a polêmica, bem como dos achados da jurisprudência nacional e internacional pertinentes ao assunto. Trata-se de pesquisa qualitativa, descritiva e exploratória, observando-se os limites de desenvolvimento próprios de um artigo científico.

1 PROBLEMÁTICA ENCONTRADA NA SÉRIE *13 REASONS WHY*

O desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente é algo complexo, em que se envolvem diversos contextos com grande influência, tais como o social, o educacional e o

político, aos quais o indivíduo se insere. Assim, muito embora o desenvolvimento do indivíduo tenha grande influência da família, os diversos contextos em que ele se insere acabam agregando parte de sua personalidade e, como consequência, traçando uma linha para o seu futuro.

Nesse sentido, a NETFLIX levou ao ar, em março de 2017, a série *13 reasons why*, que, em tradução livre para o idioma português, significa “os 13 porquês”. Esta série trabalha a problemática acerca do suicídio de uma jovem, em razão de diversos acontecimentos da sua vida social e educacional. A personagem principal da série é a jovem Hanna Baker, de 17 anos de idade, uma estudante do ensino médio em uma escola particular (Escola Liberty), que comete suicídio após uma série de fatores negativos (intrínsecos e extrínsecos) que acontecem em sua vida.

Hanna advém de uma família de classe média americana, cujos pais são comerciantes e optam por mudarem de cidade após Hanna se envolver em práticas de *bullying* (como agressora) contra uma colega de turma na escola onde anteriormente estudava. Ao chegar à nova escola, ela se envolve com um dos garotos do time de futebol do colégio que, após o primeiro encontro em um parque de diversões, publica uma foto com Hanna e espalha um falso boato de que havia praticado ato sexual com ela naquela noite.

Na manhã seguinte, os colegas de escola começam a traçar comentários indecentes em relação a Hanna e até uma lista com características pessoais de alguns alunos, entre eles a personagem principal, circulou pelo colégio. Este foi um dos acontecimentos decisivos dentro das razões que a levaram a cometer o suicídio. A partir daí, muitos de seus colegas habituais afastaram-se de sua companhia, restando-lhe o colega de trabalho (e também de escola) - Clay Jensen, que mantinha uma paixão por Hanna e que, inclusive, namoriscou-a em uma festa de férias na casa de uma colega de escola, não havendo entre eles, no entanto, nada além de beijos, abraços e algumas carícias, que foram interrompidas abruptamente pela jovem.

Nesta mesma festa, Hanna presenciou o estupro de sua ex-amiga Jéssica, que estava embriagada e foi abusada sexualmente por Bryce, personagem que é jogador e capitão do time de futebol da Escola Liberty. Em outro episódio, Hanna também fora estuprada por Bryce, em uma festa promovida pelos colegas de classe. Além disso, em sua vida familiar, Hanna também enfrentava problemas, pois, além do comércio de sua família – uma farmácia – não ir bem financeiramente, ela descobriu que seu pai havia se envolvido em um caso extraconjugal.

Todos estes fatores - rejeição pelos colegas, comentários depreciativos, instabilidade familiar, estupro - levaram-na a um quadro depressivo que, tempos mais tarde, culminou no atentado promovido contra a própria vida. Hanna planejou sua própria morte e gravou treze fitas de áudio, indicando as razões que a motivaram, sendo a primeira temporada da série dedicada a contar a história de Hanna – e das outras personagens, por meio das fitas de áudio que ela gravou.

Muitas das personagens ouviram as gravações sobre como suas atitudes conduziram a protagonista à morte, perturbando-lhes a própria vida. O desenrolar da história acontece pois, Clay Jensen, o amigo que era apaixonado por Hanna, ao escutar os áudios, revolta-se e inicia uma busca por justiça aos culpados. Paralelamente, a família de Hanna responsabiliza a Escola Liberty pela negligência com relação ao que sua filha passava nas dependências escolares. É esse o contexto

que encerra a primeira temporada.

Uma segunda temporada da série foi ao ar em maio de 2018, com a fase judicial do suicídio de Hanna, onde são ouvidos alguns dos atores da trama, entre os quais havia colegas da escola e funcionários da instituição de ensino, confrontados os seus depoimentos com as palavras que Hanna expusera nas fitas. Um processo judicial foi movido pela família Baker, tentando responsabilizar a Escola Liberty, revelando uma crítica à realidade social: muitos pais desconhecem a vida íntima e social de seus filhos. Isto é perceptível tanto em relação aos pais de Hanna, que dessabem muitas das atitudes desta, quanto em relação às famílias de outras personagens da série.

A segunda temporada termina com o desfecho do processo judicial que objetivava a responsabilização civil da instituição de ensino, ocorrendo a absolvição da Escola Liberty. Porém, novo processo judicial se inicia, desta feita, o indiciado é Bryce, pelo crime de violência sexual, tanto contra Hanna como contra Jéssica. Bryce, ao final, é apenas condenado a prestar serviços à comunidade.

Enfim, a série aborda assuntos de extrema relevância social e até jurídica, tais como consumo e venda de drogas, sexualidade, suicídio e *bullying*. Não obstante a temática de maior destaque na série seja o próprio suicídio e os transtornos psicológicos que prejudicam a juventude, o presente artigo analisa o *bullying* enquanto fator social crescente na atualidade. Há responsabilidade da família, da escola e do Estado em relação às crianças e adolescentes que sofrem *bullying*? Qual o limite dessa responsabilidade no âmbito civil?

A educação é temática central ao se discutir o *bullying* e é a partir da análise deste direito social, desta garantia fundamental, que se pretende realizar a discussão acerca das responsabilidades repartidas na tríade família, escola e Estado.

2 DIREITO SUBJETIVO À EDUCAÇÃO

O direito à educação é algo comum nas constituições dos Estados Democráticos contemporâneos, visto que é elemento basilar na formação da cidadania. Muitas vezes, há a garantia de acesso à educação básica como direito fundamental, ressaltando-se a importância da escola na formação do cidadão. A literatura aponta que, nos dias de hoje, praticamente, não há país no mundo que não garanta, em seus textos legais, o acesso de seus cidadãos à educação básica. Afinal, a educação escolar é uma dimensão fundante da cidadania (CURY, 2002).

Saliente-se, por exemplo, que, quanto à positivação dos direitos à educação, o Livro II da Constituição de Weimar (1919), cujo título é “Direitos e Deveres fundamentais do cidadão alemão”, contém, no seu capítulo IV, a temática da “educação e escola” com nove artigos (CURY, 1998). Acrescente-se a isso que, na França, o direito à educação é reconhecido como serviço público (CURY, 2002). No Brasil, ainda que tardiamente, com relação a outros países, a educação foi reconhecida como direito público subjetivo a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 (CURY, 2002).

No entanto, em que pese esteja materializado nos regulamentos dos Estados, o direito à

educação necessita de políticas públicas eficientes para que alcance a efetividade desejada pelo legislador, mormente no que se refere à educação como direito subjetivo dos indivíduos.

A esse respeito, impende salientar que o direito à educação não se restringe ao direito do indivíduo de frequentar a escola. Inexoravelmente, também deve ter o escopo de fornecer condições para o desenvolvimento pleno de inúmeras capacidades individuais. Mais que isso, ao sistema educacional cabe ramificar-se de tal maneira que, buscando respeito aos direitos humanos e à tolerância, bem como a participação do povo na coisa pública, alcance patamar digno de resguardar as condições individuais de liberdade e dignidade humanas (MASCARENHAS, 2006 apud FERREIRA; ROWE; OLIVEIRA, 2010).

Registre-se, por oportuno, que diversos fenômenos opõem barreiras para a efetivação do direito subjetivo do indivíduo à educação, dentre eles, o *bullying*, cujas vítimas tendem a sentirem-se estigmatizadas, o que ofusca seu rendimento escolar e, por vezes, até mesmo chegam a trocar de escola, a recusarem-se a frequentar as aulas ou verdadeiramente desistirem dos estudos, alimentando a evasão escolar (HESS; LISBOA, 2010).

A influência negativa do *bullying* nas escolas reforça o discurso de que as políticas educacionais devem ser tais que, efetivamente, garantam a permanência do indivíduo na escola e que, sobretudo, forneçam-no suporte suficiente para sedimentação dos conhecimentos ali ofertados, livre de coações físicas, morais ou psicossociais infligidas por seus pares (DUARTE, 2004).

Nesse sentido, não há dúvida acerca da necessidade de se prevenir e coibir situações de *bullying*, promovendo o livre exercício da personalidade, da dignidade da pessoa humana e do direito subjetivo à educação. Dessa forma, é importante a atuação positiva do Estado, por meio da criação de políticas públicas e legislação que previnam e coíbam a prática de *bullying*.

3 DISPOSIÇÕES LEGAIS SOBRE O *BULLYING* NO MUNDO E NO BRASIL

É constatação de senso comum a máxima de que a sociedade está em constante evolução. Novos fatos sociais surgem a cada dia, ou modificam-se, alteram-se, atraindo a atenção do Direito (SOARES; VARELLA, 2013). Seguindo a evolução social, o Direito e suas legislações também evoluem, fato que começa a ser melhor estudado na época moderna (REALE, 2002, p. 487). Não é diferente quando se trata de *bullying*, ainda que este fato social seja tema bastante recente na literatura.

Em vista disso, é necessário traçar breve contextualização sobre a história do surgimento do termo *bullying*, como se deu o desenvolvimento desta prática ao longo dos anos, quais as perspectivas legislativas relacionadas ao tema e como as normas até agora positivadas no ordenamento jurídico vêm sendo aplicadas pelos tribunais, no mundo e no Brasil.

Por muito tempo, brigas, ofensas, intimidações, comentários maldosos, agressões psicológicas, repressões, ou mesmo o ato de “zoar” ou “apelidar” alguém eram vistos de uma forma inofensiva ou como consequência natural da relação entre crianças e adolescentes. (OLIVEIRA; CRUZ; LOPES, 2017).

Não se falava com tanto afincio, em épocas longínquas, sobre a violência entre pares no ambiente escolar, como atualmente se faz. É de se pensar que, às vezes, sequer tais atos de violência chegassem a ser conhecidos por outros atores, que não aqueles diretamente envolvidos em tais práticas, seja como sujeitos ativos ou como sujeito passivo ou, até mesmo, como meros espectadores.

Os primeiros estudos sistemáticos sobre *bullying* foram realizados por Dan Olweus, na Noruega, tendo sido publicados no início da década de 1990, porém, em que pese tal afirmação, há registros mais antigos sobre o assunto, como os estudos publicados pelo mesmo estudioso supracitado, por volta de 1978, na Escandinávia (AGUIAR; BARRERA, 2017; SALGADO; SENRA; LOURENÇO, 2014; VAZ, 2014; ZAINÉ; REIS; PADOVANI, 2010).

Pesquisas apontam para ocorrências de fenômenos ligados ao *bullying* em outros ambientes apartados do contexto escolar (nas empresas, nos presídios, em condomínios residenciais), mas onde a situação é mais comumente observada e enfatizada pela literatura é no ambiente da escola (FANTE, 2005 apud CHAVES; SOUZA, 2018).

Com a ocorrência emergente desta modalidade de violência, a qual, repise-se, pode causar obstrução ao exercício do direito subjetivo à educação pelo cidadão, a UNESCO, reunida na Décima Primeira Conferência realizada em Paris, entre 14 de novembro e 15 de dezembro de 1960, aprovou a “Convenção relativa à Luta contra a Discriminação no campo do Ensino”, segundo a qual o ambiente educacional deve visar institutos como a personalidade, as liberdades fundamentais, os direitos individuais, a tolerância e outras garantias do cidadão, conforme disposto em seu artigo V (CAPPELLETTI, 2011, p. 58).

Ao tornar-se signatário desta Convenção, a partir de 6 de setembro de 1968, através da publicação do Decreto nº 63.223, o Brasil deu importante passo para a coibição de práticas nocivas ao ensino dos seus cidadãos. Outra norma de grande envergadura para coibição de práticas de *bullying*, de âmbito internacional, é o Pacto de San José da Costa Rica, que dispõe sobre diversas proibições (tanto direcionadas ao Estado quanto ao particular) no sentido de promover a liberdade do cidadão, *ex vi* dos artigos 5º e 7º do texto legal (TANAKA; SILVA JÚNIOR, 2018).

Atento à evolução de práticas de *bullying* nas escolas nacionais, o Estado brasileiro publicou (com certo atraso, frise-se) a Lei nº 13.185, de 6 de novembro de 2015, que “Institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (*Bullying*)” (BRASIL, 2015). Há autores que afirmam que, no Brasil, até o ano de 2015, não existia no ordenamento jurídico pátrio uma lei, norma ou preceito que estabelecesse regras a serem seguidas a fim de controlar os comportamentos e ações específicas de indivíduos quando se identificasse algum tipo de violência ocorrida no ambiente escolar (CARVALHO; MOREIRA; TELES, 2017).

Sem embargo, noticia-se a existência de legislações estaduais anteriores à norma federal, como, por exemplo, a Lei nº 10.866/2010, no Rio Grande do Sul e a Lei nº 9.297/10, do Maranhão (FREITAS; MORTARI, 2016). No entanto, em que pese haver, no caso brasileiro, legislação sobre o tema, não há normativa clara e objetiva, por exemplo, sobre a quem caberá a responsabilidade pela prática do *bullying* nos meios infanto-juvenis, notadamente na escola, bem como no sentido

de atribuir ao agressor (*bullie*) o dever da reparação pelo dano causado à vítima (CARVALHO; MOREIRA; TELES, 2017).

Chegou-se, porém, à conclusão de que a lei brasileira, mesmo contemplando lacunas, exerce bem o papel de traçar os primeiros passos para a prevenção do problema social em âmbito nacional, e mais: facilita o diagnóstico do que é o *bullying*, como este se perfaz e como as autoridades e os responsáveis devem agir em face deste (RAZABONI JÚNIOR; COSTA, 2016).

No Brasil, anteriormente à Lei Federal nº 13.185/2015, o amparo às crianças e adolescentes vítimas de *bullying* provinha especialmente das disposições do art. 227 da Constituição Federal de 1988¹, do Estatuto da Criança e do Adolescente² (Lei nº 8.069/1990, especialmente o disposto no art. 5º) e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação³ (Lei nº 9.394/1996, principalmente o disposto no art. 2º), embora não houvesse, nestes dispositivos, a expressão *bullying*, propriamente dita.

4 CONCEITO DE BULLYING

Apesar de a série *13 Reasons Why* lançar tratativas sobre *bullying*, este ainda é um termo com denominações oscilantes na literatura, com indícios de que se iniciaram pesquisas sobre o tema na Europa, quando se descobriu que tal prática estava por trás de muitas tentativas de suicídio entre adolescentes. Sem receber a devida atenção da escola ou dos pais, que geralmente achavam as ofensas insignificantes demais para terem maiores consequências, o jovem era levado a tirar a própria vida. Atualmente, todas as escolas do Reino Unido já implantaram políticas antibullying (CARVALHO, 2005).

A literatura descreve, ainda, que não há uma resposta consensual para qualificar o termo, embora seja possível afirmar, de maneira geral, que se trata de uma relação de violência empreendida entre pares (CANAVÊZ, 2015; FORLIM; STELKO-PEREIRA; WILLIAMS, 2014). Remete-se, então, a noção de *bullying* a um conjunto de ações violentas e praticadas contra um indivíduo, realizadas repetidas vezes por um ou mais sujeitos (CHAVES; SOUZA, 2018; GONCALVES, 2016).

Nessa sentido, para que se caracterize um ato como *bullying*, na agressão, seja ela física ou moral, devem transparecer – de forma conjugada - a intenção do autor em ferir o alvo, a repetição da agressão, a presença de público espectador e a concordância do alvo com relação à ofensa (ZEQUINAO *et al.*, 2016).

Sob este enfoque, o *bullying* caracteriza-se pela ocorrência de ações agressivas, intencionais, repetitivas e sem motivação aparente que causam dor, angústia ou intimidação, e

1 Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

2 Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais (BRASIL, 1990b).

3 Art. 2º A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, 1996).

manifesta-se independentemente das condições sociais da vítima (DALOSTO; ALENCAR, 2013; SILVA; ROSA, 2013).

Diante destas colocações, é possível conjecturar que *bullying* consiste em agressões violentas (físicas ou morais) empreendidas repetitivamente entre pares, nas quais há intuito, por parte do agressor, em ferir um indivíduo na presença de um público alvo, causando-lhe dor, angústia ou intimidação.

Todavia, muito embora tais ocorrências de *bullying* sejam mais frequentemente ocorridas no seio escolar, é necessário perquirir a extensão das responsabilidades para além do convívio educacional, como, por exemplo, no sentido de identificar a convergência do ambiente familiar para o surgimento de agressores *bullies*.

5 RESPONSABILIDADE DA FAMÍLIA NA EDUCAÇÃO ANTIBULLYING

Os conceitos iniciais sobre a vida em sociedade são adquiridos no seio familiar. O processo de socialização se dá no convívio familiar e, em especial, por meio das práticas educativas desenvolvidas com a finalidade de transmitir hábitos, valores, crenças e conhecimentos que se acredita serem úteis para a inserção dos filhos na sociedade (BRITO; SOARES, 2016; SZYMANSKI, 2004).

Estes atributos, aliás, refletirão nas interações sociais do indivíduo em todas as áreas a que estiver vinculado no cotidiano. Embora não seja o único, o microsistema familiar representa o principal contexto onde ocorre o desenvolvimento humano, através do qual a criança vivencia suas primeiras interações recíprocas, as quais poderão influenciar, positiva ou negativamente, no seu desenvolvimento adaptativo (BRONFENBRENNER; MORRIS, 1998 apud BORSA; PETRUCCI; KOLLER, 2015).

No que tange ao *bullying*, acredita-se que a ocorrência de violência e/ou de respostas comportamentais e emocionais agressivas por parte dos pais, seja em relação um ao outro, seja em relação a terceiros, fomenta o surgimento de agressores (*bullies*), porém, parece que muitos pais não têm consciência de que os comportamentos agressivos que os filhos apresentam na escola são aprendidos, vez por outra, no seio familiar. Ou seja, muitas vezes o comportamento de *bullies* tem origem em casa. (LANDSKRON, 2014; OLIVEIRA; SILVA; YOSHINAGA, 2015).

Nesse sentido, a literatura aponta para a relevância que o desequilíbrio familiar tem na formação agressiva da criança e do adolescente, fator este que tem potencial contributividade na ocorrência de agressões que tipificam o *bullying* no ambiente escolar (LOURENÇO; SENRA, 2012; SENRA; LOURENÇO; PEREIRA, 2011).

Dados informam que, quanto mais cedo o indivíduo presencia a violência no ambiente doméstico, maior é a probabilidade deste de se desenvolver como um dos atores do *bullying*, não somente como agressor, mas também como vítima (CUNHA, 2009).

A situação narrada acima é oposta ao que almeja a Constituição Federal de 1988. De acordo com o art. 227, *caput*, da Carta Magna brasileira, é obrigação da família manter a salvo a

criança e o adolescente de toda e qualquer forma de violência e educá-la com zelo para que alcance sua dignidade. Ademais, o art. 229 da CF/1988, primeira parte, informa que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, objetivo do qual se afasta a família, quando expõe violências domésticas diante dos infantes (BRASIL, 1988).

Não por acaso, a justiça brasileira vem decidindo que, quando as condutas dos atores de *bullying* causam lesão aos direitos da personalidade de outrem, compete aos responsáveis (pais, tutores, curadores) arcar com as consequências dos atos de seus representados/assistidos, inclusive, reparação à vítima em danos morais, tendo em vista a omissão (ou negligência) na efetivação do mandamento constitucional supracitado, conforme se extrai do seguinte acórdão:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS. BULLYING EM AMBIENTE ESCOLAR. ARGUIÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA, POR SUPOSTA FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA E POR CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. QUESTÕES PROCESSUAIS QUE SE CONFUNDEM COM O MÉRITO. EFEITOS DA REVELIA. AFASTAMENTO QUE SOMENTE SE DÁ QUANTO A CIRCUNSTÂNCIAS COMUNS. JUNTADA DE DOCUMENTOS EM SEDE RECURSAL. NECESSIDADE DE QUE SE REFIRAM A FATOS NOVOS. INTIMIDAÇÃO SISTÊMICA. COMPROVAÇÃO DAS CHACOTAS E BRINCADEIRAS LEVIANAS. PRESENÇA FÍSICA DOS PAIS NO MOMENTO DOS FATOS. DESNECESSIDADE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. COMPENSAÇÃO MORAL. FIXAÇÃO EM MONTANTE ADEQUADO. PRELIMINARES REJEITADAS. NO MÉRITO, DESPROVIDO O APELO. A responsabilidade dos pais, para a reparação civil dos danos causados pelos filhos, prescinde de culpa, a teor do que dispõe o art. 933 do CC. 6. A quantificação dos danos morais deve obedecer a critérios de razoabilidade e de proporcionalidade, levando-se em conta, além da necessidade de compensação dos danos sofridos, as circunstâncias do caso, a gravidade do prejuízo e a prevenção comportamentos futuros análogos. Normativa da efetiva extensão do dano (art. 944, do CC). No mérito, desprovido o apelo. (TJ-DF 20150410064400 DF 0006338-84.2015.8.07.0004, Relator: ALFEU MACHADO, Data de Julgamento: 19/09/2018, 6ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE: 25/09/2018. Pág: 285/297) (BRASIL, 2018).

Não obstante, a leitura combinada dos art. 186 e art. 927, *caput*, do Código Civil brasileiro orienta no sentido de que a responsabilidade civil é, em regra, pessoal e objetiva daquele que causar dano a outrem, por ato ilícito. Ao agressor, portanto, caberia a obrigação de reparar o dano. Registre-se que a conduta ilícita necessita partir de ato volitivo do agente. Destarte, quando se ilumina o que dispõe o art. 932, inciso I, do Código Civil de 2002, observa-se que, caso o responsável pela prática do *bullying* não detenha condições de reparar o dano, os pais deverão arcar com a obrigação. Tal responsabilidade tem elo com o que dispõe o art. 1.634, inciso I, do *Codex*⁴.

Um olhar despretenso dos fundamentos da decisão judicial acima transcrita (que impõe

4 Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação (BRASIL, 2002).

aos genitores a responsabilidade pelos atos praticados pelos filhos menores), em confronto com o disposto no art. 928, *caput*, do Código Civil de 2002 (que congrega responsabilidade pessoal do causador do dano), poderia suscitar uma aparente antinomia entre estas regras. Porém, como leciona Flávio Tartuce (2011, p. 173), este conflito é apenas aparente, sendo que o entendimento a ser perfilhado, a partir da leitura conjugada destes dispositivos, é aquele segundo o qual prevaleça a proteção do menor, mantendo-se o seu mínimo vital.

Diante disso, observa-se que a família não pode se esquivar das obrigações a ela impostas pelo ordenamento jurídico e pela sociedade, no que tange à educação e à condução das crianças e dos adolescentes na direção de uma vida digna, pautada no respeito aos demais indivíduos com quem interagirão e, como consequência, direcionada a um futuro saudável. Não obstante a responsabilização dos pais pelos ilícitos praticados por seus filhos, não se deve afastar os olhos da importante contribuição de outras figuras elementares ao alcance do sucesso dos infantes nesse caminho, como a escola e o Estado.

6 RESPONSABILIDADE DA ESCOLA NA EDUCAÇÃO ANTIBULLYING

A temática do *bullying* (agressões sistemáticas) é algo vertente ao ambiente escolar. Não é incomum ver nos noticiários casos de alunos que se envolveram em algum tipo de agressão na escola e, em alguns casos, constata-se o *bullying*, chegando até mesmo a casos mais sérios, como a morte por suicídio ou o assassinato de colegas de classe.

Também não é algo geograficamente localizado, sendo que casos são registrados em vários continentes. Tampouco é de interesse unilateral da psicologia, da pedagogia ou da sociologia, porque atrai o olhar de vários campos da ciência, inclusive da seara jurídica, onde o fenômeno exsurge como um desafio para os operadores do Direito, os quais devem identificar as consequências jurídicas para a vítima, para o acusado ou para terceiros (AMARAL; MELO, 2014; CARVALHO; MOREIRA; TELES, 2017).

Em reforço ao já discorrido anteriormente, quanto à responsabilidade dos pais para com o infante, a escola também, ao receber o indivíduo como seu aluno, absorve, por transferência, o dever jurídico de cuidado para com ele, enquanto este permanecer sob a guarda da instituição educacional. Aliás, foi assim que concluiu o TJ-SP, quando do julgamento da Apelação Cível nº 00064215220118260541, de 10/04/2018, de relatoria da Desembargadora Luciana Bresciani, no qual foi reconhecido que a escola se obriga à guarda do aluno não somente na sala de aula, mas também nas demais atividades curriculares, congressos ou eventos culturais.

A responsabilidade civil da instituição de ensino é objetiva, porquanto assume o dever de vigilância dos seus discentes, uma vez que, por ser uma prestadora de serviços, incidem sobre ela as regras do Código de Defesa do Consumidor⁵. Quando se trata de estabelecimento público, o dispositivo legal é o do art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, bastando provarem-se o

5 Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos (BRASIL, 1990a).

dano e o nexo de causalidade que concorreu para o evento danoso (PINHEIRO, 2017; SANTOS, 2014).

Lançando-se luz sobre a jurisprudência internacional, relativamente à responsabilidade dos centros de ensino pelas práticas de *bullying* escolar, ocorridas em suas dependências, percebe-se que o entendimento é no mesmo sentido dos tribunais brasileiros, incumbindo-se a escola de arcar com a responsabilidade pelos danos sofridos pela vítima (CÉSPEDES BARBARÁN, 2017; DÍAZ, 2012; PÉREZ FUENTES; CANTORAL DOMÍNGUEZ, 2018; SOLIS MEJIA, 2017).

É evidente que a escola não pode, nem deve, assumir as obrigações relativas ao infante de forma isolada. Caso assim se fizesse, estar-se-ia a transferir-lhe a obrigação constitucional atribuída aos pais de cuidar de sua prole, de abastecê-la com todos os atributos necessários ao convívio social harmônico para com as diferenças. Para esse entendimento conflui Silvano Andrade do Bomfim (2011, p. 2), prescrevendo que, nos casos em que o infante ou adolescente cause dano a outrem, através de ações que entendam ser ilícitas ou imorais, não pode o educandário, com exclusividade, arcar com as obrigações daí advindas, porquanto isto violaria o princípio constitucional da solidariedade.

Dessa forma, sendo a criança ou adolescente vulnerável e considerada como pessoa em desenvolvimento, a família e a escola participam ativamente de sua formação. É lógico afirmar que à família cabe a primazia da educação, inclusive aquela *antibullying*, algo que é inerente ao próprio dever de cuidar dos pais. Não obstante, coexiste a responsabilidade da escola quanto aos atos praticados pelos alunos em sua tutela. Ou seja, há aqui uma responsabilidade compartilhada da família e da escola na educação e coibição *antibullying*.

7 RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA EDUCAÇÃO ANTIBULLYING

Antes do surgimento da ideia de sociedade, o homem vivia em um completo amálgama social, um misto, no qual não havia legislação ou pacto formal para regular os indivíduos do grupo. Prevalencia, então, o uso da força, a autotutela (BIONDI, 2018; VAZ; PINTO, 2016).

A partir do aparecimento da propriedade privada, não mais foi possível ao homem sobressair-se sem que houvesse regras para limitação da tutela privada, porque, deste ponto em diante, a tendência era a de acúmulo de riquezas por parte de alguns indivíduos, e o desejo de adquiri-las, por outros (ROCHA, 2017; SILVA; CARDOSO; PANATIERI, 2019; VENTURELLI; SALIBA, 2017).

Este conflito de interesses entre os humanos redundou em duas importantes e céleres teorias do Estado, através de Thomas Hobbes e John Locke. Do primeiro extrai-se a ideia de que o homem reage a estímulos externos da melhor forma que haja para proteger-se, inviabilizando a convivência harmônica no estado de natureza; do segundo, que o homem é resiliente à absorção do conhecimento empírico, sobrevivendo harmonicamente no estado natural. Um e outro, todavia, reconhecem a necessidade da instituição do contrato social (BOTELHO, 2013; JACONDINO, 2013; SILVA; CARDOSO; PANATIERI, 2019).

Assim, a figura do contrato social entre o homem e o Estado tem por objetivo, inicialmente, a manutenção da segurança e da harmonia social, proporcionando equilíbrio nas relações entre os indivíduos e promovendo suas liberdades individuais, de tal forma que também seja possível a convivência entre os diferentes (JACONDINO, 2013).

Ocorre que, com o avanço do desenvolvimento da sociedade, esse pacto foi sendo rompido pelos indivíduos, culminando em guerras, invasões e outras contendas. Quando se refere ao *bullying*, esse quadro não é diferente, uma vez que, embora o Estado objetive promover a paz, as práticas de violências sistemáticas perseveram em ocorrer nos mais variados ambientes, seja no trabalho, seja na família ou na escola e, nesta última, tem causado sérios impactos na vida de crianças e de adolescentes (TROMBINI; MOURA, 2017).

Como anteriormente mencionado, os estudos sobre práticas de *bullying* não são tão remotos quanto a prática deste. As primeiras pesquisas, a nível mundial, foram realizadas por Dan Olweus. No Brasil, destacou-se a pesquisadora Cleo Fante, como uma das pioneiras neste tema (AGUIAR; BARRERA, 2017).

Na seara legislativa, todavia, somente a partir da Constituição Federal de 1988 é que iniciou-se uma preocupação com a proteção da criança e do adolescente no contexto escolar. A figura do Estado, a partir de então, passou a traçar normativas para efetivar a garantia da segurança dos infantes quando da busca pelo desenvolvimento educacional, ganhando força o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei de Diretrizes e Bases Educacionais e, recentemente, a Lei de Combate à Intimidação Sistemática.

A atuação do Estado, todavia, parece insuficiente para combater as práticas de *bullying*. Se, por um lado, há legislação reprimindo a intimidação sistemática, por outro, faltam políticas robustas que deem efetividade à lei, bem como ressoa necessária maior atuação do Poder Judiciário nacional na cobrança pelo cumprimento das normas postas sobre o tema, principalmente no que tange à seara do Direito Civil.

Estudos revelam que, em países como Finlândia, Espanha e Portugal, foram instituídas políticas públicas para combater o fenômeno, indo desde a conscientização dos alunos, dos pais e dos professores até a responsabilização civil destes, quando da ocorrência de danos. Em Portugal, por exemplo, a Lei nº 51/2012 (Estatuto do Aluno e da Ética Escolar) obriga os alunos a se eximirem da prática de *bullying*, sob pena de sanções disciplinares, apontando, ainda, para a efetivação do dever de vigilância das escolas para com os estudantes (CARVALHO; MOREIRA; TELES, 2017).

A ação estatal, no Brasil, ainda caminha para implementação destas políticas. Por enquanto, a prática de *bullying*, via de regra, desemboca no Judiciário para sopesamento da conduta delitativa, visto que não há lei específica indicando a quem cabe a responsabilização civil pelos danos sofridos pela vítima, entretanto, não invalidando a aplicação dos dispositivos do Código Civil sobre responsabilidade (BIMONTI, 2017; GOES; PADILHA, 2016).

Sem embargo, a Constituição Federal prevê a atuação harmônica dos três Poderes da República (Legislativo, Executivo e Judiciário), de tal sorte que, havendo norma posta pelo legislador, o administrador público deve executá-la e o Estado Juiz necessita fiscalizar a eficácia

de sua aplicação, para garantir-lhe o alcance da função social, que, no caso da Lei nº 13.185/2015, é combater a intimidação sistemática (*bullying*), consoante dispõe seu art. 1º, *caput*⁶ e, no caso do Código Civil, a correspondente reparação do dano suportado pela vítima.

O mandamento constitucional não vem sendo cumprido eficazmente pelo Poder Público. A despeito disso, pesquisa realizada junto aos quatro estados componentes da Região Centro-Oeste do Brasil pontuou que, em nenhum deles, identificou-se programa específico de prevenção ao *bullying*, havendo apenas ações descentralizadas sobre o tema, o que se mostra insuficiente para contenção do problema (MENDES; TROMBINI, 2017).

Nas Regiões Norte e Nordeste do país, a situação é pouco diferente da supracitada. A maior parte dos estados dessas regiões brasileiras não apresenta programas específicos que tratem da temática do *bullying*, senão ações pontuais e descentralizadas, de todo insuficientes para coibição das intimidações sistemáticas, com maior razão pelo fato de não alcançarem contingente suficiente dos atores que normalmente se envolvem como agressores, vítimas ou expectadores (MATTER; TROMBINI, 2017; TROMBINI; MOURA, 2017).

Diante disso, vê-se, nos últimos anos, o esforço legislativo do Estado para regulamentar as situações de *bullying*, todavia, não se exime o Leviatã da obrigação de cuidado para com as crianças e adolescentes. Embora agindo recentemente para a positivação do fenômeno no ordenamento legislativo nacional, encontra-se retardatário na implementação de políticas eficazes para a coibição das práticas de violência sistemática nas escolas, mergulhando, assim, na irresponsabilidade por omissão, tanto pela fragilidade das políticas coibitivas, escassamente realizadas até o momento, quanto pela ausência da efetivação das demais políticas previstas nos incisos do art. 4º da Lei Federal nº 13.185/2015 (LIRA; LIRA FILHO, 2016).

Em síntese, se o constituinte originário de 1988 incluiu o Estado no rol de sujeitos responsáveis pela efetivação do direito à educação (art. 205, *caput*, primeira parte), não lhe basta aparelhar-se com instrumentos legislativos orientadores das práticas educacionais. É preciso que o Estado haja positivamente na implementação de políticas públicas capazes de fornecer à criança e ao adolescente o respaldo jurídico-administrativo necessário à preservação e efetivação desse direito, sob pena de imergir-se em responsabilidade por omissão. Além disso, necessita-se dar maior amplitude ao valor repressivo da norma jurídica, no sentido de, efetivamente, penalizar os responsáveis por tais atos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dinâmica da tecnologia da informação possibilitou, nos últimos anos, o esclarecimento da sociedade sobre diversas problemáticas emergentes em várias partes do globo, de sorte que temas polêmicos puderam ser debatidos sob uma ótica mais universalizada, tornando possível à população tomar altura de casos que geraram agruras em outros países e que se assemelham muito

6 Art. 1º - Fica instituído o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying) em todo o território nacional (BRASIL, 2015).

com situações vividas por eles na realidade. Não é diferente a temática do *bullying*.

Figura antiga nas escolas de todo o mundo, o *bullying* foi considerado comportamento nocivo à criança e ao adolescente após estudos realizados em regiões da Europa, o que, posteriormente, viria a ser expandido para outros continentes, ampliando o diálogo sobre o problema e possibilitando traçar estratégias para combatê-lo.

Sem receio, a mídia aproximou a sociedade do tema, com a exposição da série *13 Reasons Why*, pela NETFLIX, que, embora focalize com maior vigor a questão do suicídio, revelou a potencialidade que o *bullying* escolar tem para desenvolver episódios depressivos em crianças e adolescentes, levando-os a consequências extremas, não se olvidando das responsabilidades de outros fatores importantes na formação do caráter dos infantes, como a família e o Estado.

No caso da família, por exemplo, verificou-se, à luz da pesquisa realizada, que esta contribui, mesmo que inconscientemente, para a formação de agressores *bullies*, quando leva a criança a presenciar atos de agressões entre familiares, visto que a formação da personalidade da criança e do adolescente inicia-se no microsistema familiar.

Além disso, percebeu-se que a escola é subsidiariamente responsável para agir na coibição de práticas de *bullying* em suas dependências e, até mesmo, fora delas, pois que, no entendimento do legislador e da jurisprudência, ao receber o aluno, a instituição de ensino recebe, por transferência, o dever jurídico de cuidado para com ele, encarregando-se de educá-lo para uma sociedade com mais empatia e justiça.

Sem embargo disso, observou-se que o Estado também carrega parcela de responsabilidade de prevenir e reprimir o *bullying*, seja através da edição de leis específicas sobre o tema, seja com implementação de políticas públicas eficientes na prevenção e combate das intimidações sistemáticas no âmbito escolar.

Em vista das considerações traçadas neste trabalho, conclui-se que a problemática do *bullying* é um fato social emergente que atrai a atenção do Direito, principalmente no que tange à responsabilidade de atores importantes na educação e coibição da prática de intimidações sistemáticas.

Foi possível visualizar que os pais são responsáveis civis pelos atos praticados por seus filhos menores, bem como também o é a escola, por atos desviantes praticados por seus alunos, e também o Estado, pois que, não implementando políticas públicas capazes de fomentar o cumprimento das leis, torna-se omissor na proteção das crianças e dos adolescentes alvos de *bullying*, devendo também ser considerado responsável civil pelas recorrências das práticas de intimidações sistemáticas no âmbito escolar.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Luís Gustavo Faria; BARRERA, Sylvia Domingos. Manifestações de bullying em diferentes contextos escolares: um estudo exploratório. **Psicologia: Ciência e Profissão**, v. 37, n. 3, p. 669-682, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/pcp/v37n3/1982-3703->

pcp-37-3-0669.pdf. Acesso em 11 ago. 2018.

AMARAL, Priscilla; DE MELO, Thiago Chaves. A responsabilidade civil dos educadores das instituições privadas quanto ao dever de indenizar as vítimas de bullying. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, v. 42, n. 2, 2014. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/26103>. Acesso em 01 set. 2018.

BIMONTI, Helena. Responsabilidade civil pela prática de bullying no Brasil. **Revista Juris UniToledo**, Toledo, v. 2, n. 1, 2017. Disponível em: <http://www.ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/42/83>. Acesso em: 11 nov. 2018.

BIONDI, Pablo. A violência inerente ao sujeito de direito em Locke. **Sapere Aude**, Belo Horizonte, v. 9, n. 17, p. 67-84, jul. 2018. Disponível em: <http://seer.pucminas.br/index.php/SapereAude/article/view/17374/13399>. Acesso em: 11 nov. 2018.

BOMFIM, Silvado Andrade do. Bullying e responsabilidade civil: uma nova visão do direito de família à luz do direito civil constitucional. In: CONGRESSO PAULISTA DE DIREITO DE FAMÍLIA, 3., 2009, São Paulo. **Anais [...]**. São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www.yumpu.com/pt/document/read/12977748/bullying-e-responsabilidade-civil-uma-nova-visao-ibdfamspcombr>. Acesso em: 10 jul. 2019.

BORSA, Juliane Callegaro; PETRUCCI, Giovanna Wanderley; KOLLER, Sílvia Helena. A participação dos pais nas pesquisas sobre o bullying escolar. **Psicologia Escolar e Educacional**, Maringá, v. 19, n. 1, p. 41-48, abr. 2015. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-85572015000100041&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 11 ago. 2018.

BOTELHO, Carolline de Souza. **Representações sociais e construção das discursividades no contexto escolar: um estudo sobre o fenômeno do Bullying**. 2013. 90 f. Dissertação (Mestrado em Educação) - Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2013.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 22 set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 10 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de novembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 11 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.010, de 26 de junho de 2014**. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante, e altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13010.htm. Acesso em: 22 set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.185, de 06 de novembro de 2015**. Institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying). Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113185.htm. Acesso em: 22 set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 22 set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/ldb.pdf>. Acesso em: 1 dez. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Acórdão nº 1125053**. Apelante: Halen Delaise Lopes Chaves. Apelados: Centro Educacional Adventista do Gama e Outros. Relator: Desembargador Alfeu Machado. Brasília, DF, 19 set. 2018. Dje. Brasília, 25 set. 2018. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/630500988/20150410064400-df-0006338-8420158070004/inteiro-teor-630501033>. Acesso em: 18 set. 2018.

BRITO, Roberta Gama; SOARES, Sebastião Silva. Influência da família na aprendizagem escolar da criança: ponto de reflexão. **Revista Exitus**, Santarém, v. 4, n. 1, p. 241-253, 2016. Disponível em: <http://ufopa.edu.br/portaldeperiodicos/index.php/revistaexitus/article/view/140>. Acesso em: 21 out. 2018.

CANAVÊZ, Fernanda. A escola na contemporaneidade: uma análise crítica do bullying. **Psicologia Escolar e Educacional**, Maringá, v. 19, n. 2, p. 271-278, ago. 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-85572015000200271&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 11 ago. 2018.

CAPPELLETTI, Priscilla Lemos Queiroz. A convenção relativa à luta contra a discriminação no campo do ensino e seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista da FESP**, São Paulo, v. 1, n. 9, p. 10, 2011. Disponível em: <http://fespfaculdades.com.br/portal/revista/10.pdf#page=55>. Acesso em: 20 out. 2018.

CARVALHO, Lélia Júlia; MOREIRA, Denise Bastos; TELES, Cláudia Alves. Políticas públicas de combate ao bullying no âmbito escolar: estratégias de enfrentamento no Brasil, Estados Unidos, Finlândia, Espanha e Portugal. **Revista Projeção, Direito e Sociedade**, Taguatinga, v. 2, n. 8, p. 34-45, fev. 2017. Disponível em: <http://revista.faculdadeprojecao.edu.br/index.php/Projecao2/article/view/932>. Acesso em: 22 set. 2018.

CARVALHO, Patrícia Paiva. **Bullying e subjetividade**: Estudo preliminar sobre o fenômeno bullying em escola pública de Uberaba-MG. 2005. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Psicologia) - Universidade de Uberaba, Minas Gerais, Brasil, 2005. Disponível em: <http://newpsi.bvs-psi.org.br/tcc/599.pdf>. Acesso em: 16 set. 2018.

CÉSPEDES BARBARÁN, Elisa Marlene. **Responsabilidad civil de directores, profesores y promotores de instituciones educativas por daños causados a escolares por Bullying, Trujillo-2017**. 2017. Tesis (Doctorado em Abogada) – Universidad Cesar Vallejo, Trujillo, 2017. Disponível em: http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/UCV/17609/cespedes_be.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 11 nov. 2018.

CHAVES, Denise Raissa Lobato; SOUZA, Maurício Rodrigues de. Bullying e preconceito: a atualidade da barbárie. **Revista Brasileira de Educação**, Rio de Janeiro, v. 23, p. e230019, 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-24782018000100214&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 4 ago. 2018.

CUNHA, Josafá Moreira da. **Violência interpessoal em escolas no Brasil: características e correlatos**. 2009. Dissertação (Mestrado em Educação) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: http://www.ppge.ufpr.br/teses/teses/M09_cunha.pdf. Acesso em: 30 out. 2018.

CURY, Carlos Roberto Jamil. A constituição de Weimar: Um capítulo para a educação. **Educação & Sociedade**, Campinas, v. 19, n. 63, p. 83-104, ago. 1998. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73301998000200006&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 9 set. 2018.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença. **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo, n. 116, p. 245-262, jul. 2002. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742002000200010&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 9 set. 2018.

DALOSTO, Marcília de Moraes; ALENCAR, Eunice Maria Lima Soriano de. Manifestações e prevalência de bullying entre alunos com altas habilidades/superdotação. **Revista Brasileira de Educação Especial**, Marília, v. 19, n. 3, p. 363-378, set. 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-65382013000300005&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 6 ago. 2018.

DÍAZ, José Manuel Fanjul. Visión jurídica del acoso escolar (Bullying). **Avances en Supervisión Educativa**, España, n. 17, Dic. 2012. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?start=50&q=jurisprud%C3%Aancia+internacional+bullying&hl=pt-BR&as_sdt=0,5. Acesso em: 11 nov. 2018.

DUARTE, Clarice Seixas. Direito público subjetivo e políticas educacionais. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v. 18, n. 2, p. 113-118, jun. 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000200012&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 16 set. 2018.

FERREIRA, Valéria; ROWE, Janaina Fatima; OLIVEIRA, Lisandra Antunes de. Percepção do professor sobre o fenômeno bullying no ambiente escolar. **Unoesc & Ciência - ACHS**, Joaçaba, v. 1, n. 1, p. 57-64, jul. 2010. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/achs/article/view/138>. Acesso em: 23 set. 2018.

FORLIM, Bruna Garcia; STELKO-PEREIRA, Ana Carina; WILLIAMS, Lúcia Cavalcanti de Albuquerque. Relação entre bullying e sintomas depressivos em estudantes do ensino fundamental. **Estudos de Psicologia**, Campinas, v. 31, n. 3, p. 367-375, set. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-166X2014000300005&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 11 ago. 2018.

FREITAS, Andyara Ludovico de; MORTARI, Flávia Magrini. REFLEXOS SOCIAIS DO BULLYING E CIBERBULLYING: UMA ANÁLISE DA LEI Nº 13.185/15. **Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**, 2016.

Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14772/3604>. Acesso em 10 ago. 2018.

GOES, Francielle do Rocio Palhano; PADILHA, Laiza do Santo. Tipificação penal da conduta denominada bullying. **JUSFARESC-Revista Jurídica Santa Cruz**, Curitiba, v. 8, n. 8, 2016. Disponível em: <http://ojs.santacruz.br/index.php/JUSFARESC/article/view/1971/1769>. Acesso em: 11 nov. 2018.

GONCALVES, Juliana Rui Fernandes dos Reis. Bullying: o comportamento violento no âmbito escolar, sua interferência no processo de aprendizagem e o papel da família na dissolução desse conflito. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 16, n. 1, p. 9-24, 2016. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/4292>. Acesso em: 28 out. 2018.

HESS, Adriana Raquel Binsfeld; LISBOA, Carolina. Bullying: Um estudo sobre papéis sociais, ansiedade e depressão no contexto escolar. **Interpersona**, Vitória, v. 4, n. 1, p. 74-105, 2010.

JACONDINO, Eduardo Nunes. Violências difusas, educação e consolidação democrática no Brasil: relações e desafios. **Revista Faz Ciência**, Francisco Beltrão, v. 15, n. 22, p. 11, 2013. Disponível em: <http://e-revista.unioeste.br/index.php/fazciencia/article/view/9143/6938>. Acesso em: 12 nov. 2018.

LANDSKRON, Vivian Paludo. **A visão dos pais acerca do bullying na infância**. 2014. Monografia (Especialização em Avaliação Psicológica) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/95444/000917479.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 29 out. 2018.

LIRA, Liege Teixeira; LIRA FILHO, Edilson Raymundo Martins. A lei de combate ao bullying e a proteção dos direitos à saúde e ao respeito de crianças e adolescentes. **Revista de Direito FibrLex**, Belém, n. 1, 2016. Disponível em: <http://periodicos.fibrpara.edu.br/index.php/fibralex/article/view/28>. Acesso em: 11 nov. 2018.

LOURENÇO, Lélío Moura; SENRA, Luciana Xavier. A violência familiar como fator de risco para o bullying escolar: contexto e possibilidades de intervenção. **Aletheia**, Canoas, n. 37, p. 42-56, 2012. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/aletheia/n37/n37a04.pdf>. Acesso em: 28 out. 2018.

MATTER, Maria Cecília Wacheleski; TROMBINI, Loriane. Estratégias de prevenção e contenção do bullying nas escolas: As propostas governamentais na Região Nordeste do país. *In: SEMINÁRIO FORMAÇÃO DOCENTE: INTERSECÇÃO ENTRE UNIVERSIDADE E ESCOLA*, 2., 2017, Dourados. **Anais [...]**. Dourados, 2017. Disponível em: <http://anaisonline.uems.br/index.php/seminarioformacaodocente/article/view/4103/4061>. Acesso em: 11 nov. 2018.

MENDES, Mayara de Lima; TROMBINI, Loriane. Estratégias antibullying nas escolas: as propostas governamentais na Região Centro-Oeste. *In: SEMINÁRIO FORMAÇÃO DOCENTE: INTERSECÇÃO ENTRE UNIVERSIDADE E ESCOLA*, 2., 2017, Dourados. **Comunicação Oral [...]**. Dourados, 2017. Disponível em: <http://anaisonline.uems.br/index.php/seminarioformacaodocente/article/view/4170/4839>. Acesso em: 11 nov. 2018.

OLIVEIRA, Sérgio Freitas; CRUZ, Cíntia da; LOPES, Luciana Pereira. A série “13 reasons

why” e fatores influenciadores do ambiente escolar. **Pedagogia em Ação**, Belo Horizonte, v. 9, n. 1, p. 47-53, set. 2017. Disponível em: <http://seer.pucminas.br/index.php/pedagogiacao/article/view/15777>. Acesso em: 22 set. 2018.

OLIVEIRA, Wanderlei Abadio de; SILVA, Jorge Luiz da; YOSHINAGA, Andréa Cristina Mariano; SILVA, Marta Angélica Iossi. Interfaces entre família e bullying escolar: uma revisão sistemática. **Psico-USF**, São Paulo, v. 20, n. 1, p. 121-132, 2015. Disponível em: <http://www.redalyc.org/pdf/4010/401041438012.pdf>. Acesso em: 28 out. 2018.

PÉREZ FUENTES, Gisela María; CANTORAL DOMÍNGUEZ, Karla. Bullying: case studies on comprehensive reparation of damage. **Mexican Law Review**, México, v. 11, n. 1, p. 131-156, 2018. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-05782018000200131&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 11 nov. 2018.

PINHEIRO, Patrícia. **Bullying e a responsabilidade civil dos estabelecimentos de ensino: análise jurisprudencial nos tribunais de justiça brasileiros entre 2011 e 2016**. 2017. 74 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC, Criciúma, 2017. Disponível em: <http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/6088/1/PATRICIA%20PINHEIRO.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2018.

RAZABONI JÚNIOR, Ricardo Bispo; COSTA, Natasha Mirella Melo. Bullying segundo a análise de legislações nacionais. **Revista Aporia Jurídica**, Ponta Grossa, v. 1, n. 5, p. 112-126, jan./jul. 2016. Disponível em: <http://www.cesage.com.br/revistas/index.php/aporiajuridica/article/view/35>. Acesso em: 20 out. 2018.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo, Saraiva2002

ROCHA, Manoel Ilson Cordeiro. A legitimação do estado pela cidadania e pelos direitos fundamentais. **Ciência et Praxis**, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 13-18, 2017. Disponível em: <http://revista.uemg.br/index.php/praxys/article/view/2083/0>. Acesso em: 11 nov. 2018.

SALGADO, Fellipe Soares; SENRA, Luciana Xavier; LOURENÇO, Lélío Moura. Effectiveness indicators of bullying intervention programs: A systematic review of the international literature. **Estudos de Psicologia**, Campinas, v. 31, n. 2, p. 179-190, jun. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-166X2014000200004&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 11 ago. 2018.

SANTOS, Débora Alves dos. **A responsabilidade por danos dos pais e das instituições de ensino nos casos de bullying**. 2014. 91 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, UNICEUB, Brasília, 2014.

SENRA, Luciana Xavier; LOURENÇO, Lélío Moura; PEREIRA, Beatriz Oliveira. Características da relação entre violência doméstica e bullying: revisão sistemática da literatura. **Gerai: Revista Interinstitucional de Psicologia**, Belo Horizonte, v. 4, n. 2, p. 297-309, 2011. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/gerais/v4n2/v4n2a11.pdf>. Acesso em: 28 out. 2018.

SILVA, Elizângela Napoleão da; ROSA, Ester Calland de S. Professores sabem o que é bullying?: um tema para a formação docente. **Psicologia Escolar e Educacional**, Maringá, v. 17, n. 2, p. 329-338, dez. 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-85572013000200015&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 11 ago. 2018.

SILVA, Leonardo Gomes da; CARDOSO, Franciele Silva; PANATIERI, Cristiane Bianco. Do rompimento do pacto social à criminalidade. **REBESP**, Goiânia, v. 12, n. Esp. 2019. Doi: 10.29377/rebsp.v12iEspecial.452

SOARES, Adriana Fernandes; VARELLA, Luiz Henrique Borges. Responsabilidade civil pelo bullying. **Revista Perquirere**, Patos de Minas, v. 10, n. 1, p. 63-76, 2013.

SOLIS MEJIA, Marylia Isabel. **Responsabilidad civil, penal y administrativa derivada de la práctica del Bullying en las instituciones educativas de Huaraz**. 2017. Disponível em: http://repositorio.unasam.edu.pe/bitstream/handle/UNASAM/1831/T033_70039075_T.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 11 nov. 2018.

SZYMANSKI, Heloisa. Práticas educativas familiares: a família como foco de atenção psidoeducacional. **Estudos de Psicologia**, Campinas, v. 21, n. 2, p. 5-16, ago. 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-166X2004000200001&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 1 set. 2018.

TANAKA, Estela Duveza Teixeira; SILVA JÚNIOR, Ademos Alves da. Educação domiciliar no Brasil: uma análise jurídica e seus aspectos atuais. **Revista Jurídica Direito, Sociedade e Justiça**, Dourados, v. 6, 2018. Disponível em: <http://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/view/2427>. Acesso em: 20 out. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil objetiva e risco: a teoria do risco concorrente**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

TROMBINI, Loriane; MOURA, Dhuly Fabiula. **As propostas governamentais antibullying da Região Norte do país**. In: SEMINÁRIO FORMAÇÃO DOCENTE: INTERSECÇÃO ENTRE UNIVERSIDADE E ESCOLA, 2., 2017, Dourados. **Anais [...]**. Dourados, 2017. Disponível em: <http://anaisonline.uems.br/index.php/seminarioformacaodocente/article/view/4102>. Acesso em: 11 nov. 2018.

VAZ, Joatan da Silva; PINTO, Renan Emanuel Alves. Autocomposição de conflitos: da cultura de litigância à solução consensual. **Revista FIDES**, Natal, v. 7, n. 1, 2016. Disponível em: <http://www.revistafides.ufrn.br/index.php/br/article/view/273/280>. Acesso em: 11 nov. 2018.

VAZ, Paulo Roberto Gibaldi. Na distância do preconceituoso: narrativas de bullying por celebridades e a subjetividade contemporânea. **Galáxia**, São Paulo, v. 14, n. 28, p. 32-44, dez. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1982-25532014000200004&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 7 ago. 2018.

VENTURELLI, Antonio Cyro; SALIBA, Mauricio Gonçalves. Conceito de propriedade privada e a ótica do MST. **Hórus**, Ourinhos, v. 4, n. 1, p. 31-46, 2017. Disponível em: <http://revistaadmmade.estacio.br/index.php/revistahorus/article/viewFile/3976/180>. Acesso em: 11 nov. 2018.

ZAINE, Isabela; REIS, Maria de Jesus Dutra dos; PADOVANI, Ricardo da Costa. Comportamentos de bullying e conflito com a lei. **Estudos de Psicologia**, Campinas, v. 27, n. 3, p. 375-382, set. 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-166X2010000300009&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 11 ago. 2018.

ZEQUINAO, Marcela Almeida; MEDEIROS, Pâmella de; PEREIRA, Beatriz; CARDOSO, Fernando Luiz. Bullying escolar: um fenômeno multifacetado. **Educação e Pesquisa**, São Paulo, v. 42, n. 1, p. 181-198, mar. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-97022016000100181&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 11 ago. 2018.

Como citar: LIMA NETO, Amadeus de Sousa; OLIVEIRA NETO, José Weidson; DROPA, Romualdo Flávio. Bullying na escola: de quem é a responsabilidade pela coibição desta prática? **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 2, p. 155-176, ago. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n2p. 155. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 15/06/2019

Aprovado em: 20/10/2019

CONCESSÃO LIMINAR DA TUTELA DA EVIDÊNCIA EM MANDADO DE SEGURANÇA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

PRELIMINARY CONCESSION OF RELIEF BASED ON PRIMA FACE EVIDENCE WITHIN A WRIT OF MANDAMUS ON TAX MATTERS

Sergio Torres Teixeira*
Enéas César Douetts Alves**

* Doutor em Direito. Professor da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Desembargador do TRT6. Líder do Grupo de Pesquisa LOGOS. E-mail: sergiotteixeira@uol.com.br

**Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ). Aluno Especial da Pós-Graduação em Direito Processual Civil a Nível de Mestrado da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Graduado em Direito. Pesquisador. E-mail: eneassarmento@hotmail.com

Como citar: TEIXEIRA, Sérgio Torres; ALVES, Enéas César Douetts. Concessão liminar da tutela da evidência em mandado de segurança em matéria tributária. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 2, p. 177-194, ago. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n2p. 177. ISSN: 1980-511X

Resumo: O Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, traz um novo horizonte na forma de se contemplar o processo, introduzindo significativas mudanças no que concerne ao sistema processual. Dentre elas, pode-se citar a forma antecipatória dos efeitos de uma decisão final: a tutela de evidência, nos moldes do art. 311, inciso II, do CPC, sendo mais inovadora ainda a sua possibilidade por liminar. Objetiva-se, portanto, saber a viabilidade da concessão dessa tutela em mandado de segurança para suspensão do crédito tributário. Trata-se de uma das mais interessantes implicações da legislação processual em relação ao direito tributário. Isso porque, nos termos do inciso IV do artigo 151 do Código Tributário Nacional, liminar em mandado de segurança é causa de suspensão de exigibilidade, potencial que se estenderia às tutelas de evidência após o seu surgimento. Para tanto, analisa-se o direito de evidência, a medida liminar, a tutela de evidência por liminar e, ao final, faz-se a análise acerca da possibilidade da concessão liminar da tutela da evidência em sede de mandado de segurança para obter a suspensão do crédito tributário. O objetivo principal da investigação será averiguar se com o advento da tutela da evidência disciplinada pelo CPC de 2015, surgiu uma nova ferramenta para proceder à sustação da cobrança de tributos. O estudo será desenvolvido mediante uma análise crítica da doutrina mais recente acerca da temática, com um método de abordagem dedutiva e um método de procedimento comparativo. Com o presente, almeja-se definir se **é possível conceder liminarmente** a tutela da evidência em sede mandado

de segurança em matéria tributária.

Palavras-chave: Tutela da evidência. Medida Liminar. Mandado de segurança. Crédito tributário.

Abstract: The Brazilian Code of Civil Procedure, approved by Federal Law 13.105 of 2015, brings a new horizon in the way of contemplating the judicial process, introducing significant changes in what concerns the procedural system. Among them, the anticipatory form of the effects of a final decision through the relief granted on the basis of prima facie evidence, in the form of article 311, item II, of the Code of Civil Procedure. And said relief can be provided in an even more innovative style, through the possibility of a preliminary injunction. In that context, it is relevant to know the viability of this relief in a writ of mandamus to suspend the collection of taxes. This is one of the most interesting implications of procedural legislation in relation to tax law, because it is recurrent to use the writ of mandamus in this matter, as well as, under the terms of item IV of article 151 of the Brazilian National Tax Code, injunction security is a cause of suspension of enforceability, a potential that would extend to the relief granted on the basis of prima facie evidence. In order to do so, it is necessary to proceed through the examination of the relief of evidence, the preliminary injunction, the protection of evidence by preliminary injunction so that, in the end, the analysis will evaluate the possibility of using the relief of evidence through a preliminary injunction within a writ of mandamus for the suspension of tax credit.

Keywords: Relief of Evidence. Preliminary Injunction, Writ of Mandamus. Tax Credits.

INTRODUÇÃO

O legislador de 2015, por meio da Lei nº 13.105 (BRASIL, 2015), consagrou no ordenamento jurídico pátrio o atual Código de Processo Civil (CPC), introduzindo no modelo processual brasileiro a figura da tutela provisória. Este instrumento, como contraponto à tutela final materializada quando da conclusão de um processo judicial, corresponde à proteção jurisdicional proporcionada por meio de um provimento apto a gerar efeitos jurídicos materiais antes da entrega da prestação jurisdicional definitiva ao término da relação processual. Enquanto a tutela final somente é obtida após a concretização de uma prestação judicial na etapa de cumprimento de sentença em subseqüente ao reconhecimento do direito em uma fase cognitiva exauriente (no caso de um processo de conhecimento típico) ou dentro de um processo de execução autônomo (no caso de uma execução fundada em título executivo judicial), a tutela provisória constitui uma tutela jurisdicional precária e interina, concedida sem exaurimento da cognição judicial, com o objetivo de proporcionar o adiantamento (total ou parcial) dos efeitos da tutela final (quando o provimento assume natureza antecipatória) ou então conservar o objeto do processo e preservar a sua utilidade prática (quando a medida revela natureza cautelar).

O artigo 294 do CPC de 2015, no seu *caput*, expõe duas espécies de tutela provisória, a tutela de urgência e a tutela da evidência, dicotomia esta baseada no fundamento principal de concessão da respectiva medida. Quando o motivo maior que justifica a medida é a existência de uma situação de periclitância, evidenciada pelo risco de dano ou ameaça à serventia do processo, surge a tutela de urgência. Quando o fundamento da concessão é a configuração nos autos de uma situação enquadrável em uma das hipóteses tipificada pelo legislador como de “evidência” do direito, no sentido de estar retratado um caso de alto probabilidade de acolhimento da pretensão da parte postulante.

Na tutela da evidência, é desnecessária a demonstração do *periculum in mora* que é indispensável à concessão da tutela de urgência. Nesta, o risco de dano ou a ameaça à utilidade do processo é imprescindível, sendo igualmente exigida a existência de elementos aptos a demonstrar a “probabilidade” do direito (artigo 300 do CPC). Naquela, não basta a mera plausibilidade do direito invocado: é necessário encontrar nos autos elementos que permitam o enquadramento em um dos tipos legais descritos como de evidência do direito, quando os elementos evidenciem a grande viabilidade da prevalência da tese, em um patamar logo abaixo da “certeza” processual que permite o julgamento do mérito após cognição exauriente.

A tutela da evidência, por seu turno, é disciplinada especificamente no artigo 311 do CPC de 2015, apresentando dentre outras características o fato de seu provimento ter natureza nitidamente antecipatória (e não cautelar) e a sua concessão ser necessariamente incidental (e não antecedente), em contraponto à tutela de urgência, cujo provimento pode ser de índole cautelar ou de natureza antecipatória e concedido de modo incidental ou antecedente (antes mesmo da apresentação formal do pedido principal de tutela final). Apesar do artigo 331 elencar variadas hipóteses de evidência nos seus quatro incisos, tal elenco não é exaustivo, uma vez que outros

dispositivos legais disciplinam casos análogos, como o artigo 562 do próprio CPC, ao tratar do mandado liminar de manutenção ou de reintegração da posse, nas ações possessórias.

A concessão liminar da tutela da evidência, por sua vez, merece um estudo à parte. Em que pese as restrições expostas no parágrafo único do artigo 311 do CPC, que, ao repetir as restrições do artigo 9º, parágrafo único, inciso II, do mesmo diploma legal ao prever que apenas duas das quatro hipóteses de evidência do direito tratadas no artigo 311 podem autorizar a concessão *initio litis e inaudita altera parte* da respectiva modalidade de tutela provisória, é inegável a relevância da respectiva técnica de concessão nos mais variados cenários jurídicos.

A tutela da evidência por liminar, destarte, é um importante instituto do Direito Processual Civil moderno. No que concerne as suas implicações em relação ao Direito Tributário, trata de ponto a ser descrito em múltiplos estudos uma vez que é recorrente a utilização do mandado de segurança nessa matéria, assim como, nos termos do inciso IV do artigo 151 do Código Tributário Nacional (CTN), liminar em mandado de segurança é causa de suspensão de exigibilidade, potencial que se estenderia às tutelas de evidência.

A hipótese a ser defendida aqui é a de que há possibilidade de aplicação da tutela de evidência por liminar em mandado de segurança para a suspensão do crédito tributário. O Código Tributário Nacional só aventava essa possibilidade de liminar em sede de mandado de segurança. Com o advento da Lei Complementar n. 104/2001, passa-se a concessão de medida liminar, na forma de uma tutela provisória, como meio de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, em outras espécies de ação judicial. Pretende-se, então, corroborar com as pesquisas nessa seara, demonstrando a pertinência dessa analogia.

O objetivo geral do presente trabalho, portanto, é o de explicitar a possibilidade de concessão de liminar da tutela da evidência em mandado de segurança em matéria tributária. Como objetivos específicos, têm-se os de discorrer sobre o “direito evidente”, enfatizando a tutela de evidência, bem como o de explicar a liminar e os critérios de suspensão do crédito tributário, para, ao final, analisar a aplicação da liminar desta tutela em matéria tributária.

Para tanto, organiza-se o presente estudo da seguinte maneira: inicialmente, explicam-se noções gerais sobre o direito evidente; em seguida, adentra-se em questões acerca da tutela de evidência por liminar; em continuação, apresentam-se considerações sobre a liminar; e, só então, analisa-se a suspensão do crédito tributário de tutela da evidência por liminar em mandado de segurança.

A metodologia utilizada nesta pesquisa possui uma abordagem dedutiva de natureza crítica, com o uso do método comparativo fundado em uma pesquisa documental na literatura especializada e contemporânea.

1 DIREITO EVIDENTE E TUTELA PROVISÓRIA DA EVIDÊNCIA

A prática judiciária indica casos em que não se revela justa a demora da prestação jurisdicional, mercê de inexistir qualquer situação de perigo (FUX, 1996, p. 377). São hipóteses

nas quais é prescindível a existência de um quadro de *periculum in mora*, como um risco de dano ao processo ou ao seu objeto ou mesmo uma ameaça que pode comprometer a própria serventia do processo judicial, mas há demonstração nos autos de fortes indicadores de um cenário no qual o direito à prestação pleiteada pela parte postulante deve ser reconhecido. Noutras palavras, é um quadro de alta probabilidade do acolhimento da pretensão deduzida em juízo, em virtude dos elementos constantes dos autos.

Tratam-se dos casos de evidência do direito ou de “direito evidente”, quando antes do encerramento da fase cognitiva e do julgamento da causa, o direito da parte autora já se manifesta com bastante clareza nos autos do processo.

Não se trata de um quadro de “certeza” acerca do deslinde da demanda, pois tal *status* somente pode ser alcançado uma vez exaurida a etapa cognitiva correspondente com a conclusão da produção de provas quanto à respectiva matéria. A “certeza” processual, nesse sentido, somente poderá ser alcançada na demanda com o julgamento do mérito da questão por meio de uma sentença judicial, seja esta proporcionada mediante um julgamento antecipado do mérito (artigo 355 do CPC de 2015) ou por uma sentença ao final de toda a fase instrutória, seja a sentença integral (apreciando todo o objeto da postulação) ou parcial (abordando apenas uma parte dos pedidos, conforme permitido pelo artigo 335 do CPC de 2015).

Uma situação de evidência do direito corresponde a um fato jurídico processual que torna possível a concessão de uma tutela jurisdicional mediante técnica específica ou diferenciada em virtude de um quadro processual que demonstra a alta probabilidade de acolhimento da pretensão da parte postulante. De forma mais simples, é um pressuposto fático de uma técnica processual para a obtenção da tutela, configurado quando presentes elementos tipificados pelo legislador como aptos a revelar grande expectativa de vitória. Trata-se de um estado processual em que as afirmações de fato estão devidamente retratadas nos autos (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 710).

Daí surge a tutela de evidência como **técnica processual que apresenta evidências em seu mais elevado grau de clarividência**. Uma espécie de direito evidenciado por provas robustas e, se não irretorquível, ao menos dificilmente superáveis. Para esses, a inadequação do procedimento ordinário se revela de pronto para a entrega da prestação jurisdicional, reclamando uma atuação tão pronta quanto evidente o direito da parte. Os ritualismos do procedimento ordinário não se justificam mais frente às novas configurações sociais de conflito da sociedade contemporânea (FUX, 1996, p. 29).

O legislador de 2015, ao editar o atual Código de Processo Civil (Lei nº 13.105 de 2015), disciplinou o instituto no Título III (DA TUTELA DA EVIDÊNCIA) do Livro V (DA TUTELA PROVISÓRIA), consubstanciado em um único artigo:

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

- I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;
 - II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;
 - III – se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;
 - IV – a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.
- Parágrafo único – Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente (BRASIL, 2015).

No *caput* do artigo 311, o legislador de 2015 expôs de forma inequívoca que a tutela da evidência prescinde da demonstração de um quadro de *periculum in mora*. Não exige a comprovação de uma situação de perigo de dano ou de risco à utilidade do próprio processo. A constatação de um cenário de ameaça de prejuízos diante da lerdeza processual, portanto, é perfeitamente dispensável.

O artigo 311, entretanto, exige para a concessão da tutela da evidência a demonstração nos autos de qualquer uma das hipóteses de evidência do direito tipificadas nos seus quatro incisos.

Na hipótese do inciso I, é preciso estar demonstrado nos autos um quadro de abuso de direito de defesa ou, alternativamente, a prática de atos procrastinatório pela parte adversa com o intuito de dilatar a tramitação processual e retardar o julgamento da causa, atitudes estas não apenas sancionáveis como atos de litigância de má-fé, mas também enquadráveis como comportamentos típicos de quem reconhece a vitória alheia. E é desta conduta desleal que são extraídos os elementos que resultam na formação de um cenário de evidência do direito da parte postulante.

No inciso II, o legislador de 2015 procurou prestigiar alguns dos precedentes judiciais oriundos do sistema consagrado no artigo 927 do CPC (*stare decisis brasiliensis*), estipulando que a tutela da evidência deve ser concedida na hipótese de restar comprovadas nos autos as alegações fáticas da parte postulante por meio de documentos e, ainda, o correspondente direito estiver agasalhado em precedente oriundo de súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal ou de tese produzida por meio de julgamento de recursos repetitivos ou em incidente de resolução de demandas repetitivas. Lamentavelmente, o legislador foi muito tímido no respectivo **dispositivo**, deixando de fora outras modalidades de precedentes relacionados nos incisos do artigo 927 do CPC, como aqueles oriundos de acórdãos resultantes do exercício do controle concentrado da constitucionalidade das leis pelo STF e também as teses consagradas no julgamento de incidentes de assunção de competência.

A hipótese do inciso III, por seu turno, é de aplicação restrita às relações fundadas em contrato de depósito. Segundo o tipo legal de quadro de evidência, incumbe ao depositante ou proprietário de um bem custodiado, demonstrar nos autos a existência do respectivo negócio jurídico e a resistência do depositário em entregar o bem, para então ter o seu pedido reipersecutório

atendido de plano.

O inciso IV do artigo 311 do CPC, por sua vez, traduz a hipótese legal de evidência do direito mais apto a atender situações práticas encontradas nos meios forenses. Caracterizado nos autos um quadro no qual o autor demonstrou o fato constitutivo do seu direito por meio de documentos “suficientes” e o réu, tendo oportunidade para se opor à pretensão do primeiro, foi incapaz de produzir provas aptas a criar na mente do julgador uma “dúvida razoável”, autorizado estará o juiz para conceder a tutela provisória da evidência.

Didier Junior, Braga e Oliveira (2018) afirmam que, com base nas hipóteses de tutela da evidência acima descritas, pode-se falar em duas modalidades de tutela provisória de evidência: a punitiva e a documentada. A punitiva se dá “quando ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte” (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 713). E a documentada, “quando há prova documental das alegações de fato da parte, nas hipóteses do art. 311, II a IV, que determinam a probabilidade de acolhimento da pretensão processual” (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 713). Completam também que “qualquer espécie de tutela jurisdicional, encarada como resultado prático da decisão pode, em tese, ser beneficiada por essa técnica”. Assim, a evidência pode servir às tutelas definitivas ou “provisórias” (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 710-711).

A disciplina apresentada no CPC de 2015, portanto, revela que a tutela provisória da evidência constitui um instrumento por meio do qual o juiz, quando demonstrado nos autos um cenário enquadrável em uma das hipóteses legais tipificadas nos incisos do artigo 311 o CPC, deverá deferir um provimento que enseja o adiantamento dos efeitos da tutela final pretendida, de modo a promover a entrega de uma prestação jurisdicional precária diante do quadro de evidência do direito da parte beneficiada, proporcionando uma distribuição mais equânime do ônus do tempo sobre o processo.

Como consequência, a tutela da evidência, a qual se aplicam as regras gerais dos artigos 294 a 299 acerca da tutela provisória, é **caracterizada** pela provisoriedade, a precariedade (mutabilidade e revogabilidade) e a sumariedade da cognição: “Em todas as hipóteses, a tutela da evidência exige um juízo de probabilidade firme da existência dos fatos alegados pelo autor, da existência do seu direito e da juridicidade e adequação do pedido, cujo acolhimento provisório e antecipado é pleiteado.” (GRECO, 2015, p. 204).

Quanto à sua finalidade, afirma Ferreira (2016, p. 25):

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. [...] O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo. O Novo CPC agora deixa clara a possibilidade de concessão de tutela de urgência e de tutela à evidência. Considerou-se conveniente esclarecer de forma expressa que a resposta

do Poder Judiciário deve ser rápida não só em situações em que a urgência decorre do risco de eficácia do processo e do eventual perecimento do próprio direito. Também em hipóteses em que as alegações da parte se revelam de juridicidade ostensiva deve a tutela ser antecipadamente (total ou parcialmente) concedida, independentemente de *periculum in mora*, por não haver razão relevante para a espera, até porque, via de regra, a demora do processo gera agravamento do dano.

A tutela da evidência destarte, se destina a servir como uma ferramenta capaz de melhor distribuir o ônus da passagem do tempo sobre o processo, de modo a beneficiar aquele que pleiteia uma prestação jurisdicional e demonstra nos autos um cenário enquadrável nas hipóteses tipificadas pelo legislador como de grande probabilidade de acolhimento de sua pretensão, e, assim, se apresenta como apto a receber a proteção estatal mediante a efetivação no todo ou em parte dos efeitos da tutela final pretendida.

Luiz Fux (2011, p. 18), por seu turno, comenta que:

A novidade também se operou quanto aos direitos líquidos e certos de uma parte em face da outra. Entendeu a comissão que nessas hipóteses em que uma parte ostenta direito evidente, não se revelaria justo, no ângulo do princípio da isonomia, postergar a satisfação daquele que se apresenta no processo com melhor direito, calcado em prova inequívoca, favorecendo a parte que, ao menos *prima facie*, não tem razão. A tutela de evidência não é senão a tutela antecipada que dispensa o risco de dano para ser deferida, na medida em que se funda em direito irretorquível da parte que inicia a demanda.

Pode ser observada, assim, a plausibilidade na modificação do sistema referente a tutelas provisórias, tendo como objetivo a necessidade de garantia às partes um processo “célere”, uma vez que se trata do cumprimento da Emenda Constitucional nº 45 (TUCCI, 1999, p. 236), que acrescenta o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal, consagrando o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, implicando necessariamente no direito à razoável duração do processo: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. A tutela de evidência tem por finalidade interligar o Processo Civil às garantias fundamentais expressas na Carta Magna, a exemplo das garantias do acesso à justiça, da duração razoável do processo e da efetividade processual, características estas em que se visualizam significativos avanços se comparadas com as do CPC anterior.

Eduardo José da Fonseca Costa (2010, p. 455) entende que, nos casos de tutela de evidência, por exemplo, o juiz defronta-se com uma pretensão de direito material cuja existência é quase certa. Isso é muito comum, por exemplo, nas demandas em que a petição inicial já conta com provas robustas, ou pré-constituídas, dos fatos constitutivos do direito alegado pelo autor.

Relevante também é o pensamento de Guilherme Rizzo Amaral (2015, p. 415-416),

quando ele explica que a tutela de evidência pode ser definida como a tutela das posições jurídicas prováveis. Isso significa que, por meio de juízo de probabilidade, o juiz determinará, antes da sentença de mérito, quem provavelmente possui razão, e distribuirá o ônus do tempo no processo de tal forma que este (quem provavelmente possui razão) não o carregue. Isso permite que a parte que provavelmente detém o direito postulado em juízo o usufrua provisoriamente, até que se inverta tal probabilidade - com o desenvolvimento da atividade cognitiva (probatória) - ou se complete a cognição e esteja apto o juiz a prolatar sentença definitiva, substituindo a tutela da evidência concedida anteriormente.

A fim de se iniciar a finalização desta seção e se partir para a de mandado de segurança, é importante que se note a observação de Greco (2015) acerca da tutela de evidência. Ele reforma o fato de a tutela de evidência ser sempre incidente. Pode ser requerida na inicial ou em petição avulsa. Neste último caso, ao réu deverá ser dada oportunidade de respondê-la. Nas hipóteses dos incisos II e III, se a situação fático-jurídica descrita pelo autor estiver documentalmente comprovada, a elevada qualidade do seu direito e a reduzida probabilidade de que o réu possa vir a desmenti-la, ensejam a tutela da evidência por meio de provimento liminar. Nas demais (incisos I e IV), a evidência resulta em grande parte do comportamento do réu ou das provas por ele produzidas e, por isso, o legislador não admite a possibilidade de provimento *inaudita altera parte*, somente podendo ser concedida depois de decorrido o prazo de resposta do réu (GREGO, 2015, p. 205).

Neste sentido, aliás, dois dispositivos no CPC de 2015. Primeiro, parágrafo único, inciso II, do artigo 9º, ao tratar das restrições de concessão de decisões liminares:

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701 (BRASIL, 2015).

E, ainda, o parágrafo único do artigo 311, ao repetir a mesma diretriz: Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Chama-nos a atenção a possibilidade de a tutela de evidência poder ser concedida em caráter liminar a depender da qualidade do direito.

2 CONCESSÃO LIMINAR

O adjetivo “liminar” provém do latim *limindris*, sendo relativo a soleira, inicial (HOUAISS; VILLAR, 2001, p. 1.759). Corresponde ao qualificativo atribuído à medida ou à decisão concedida

sob duas condições: a) *initio litis*, ou seja, logo na abertura ou início da lide processual; e b) *inaudita altera parte*, isto é, sem antes ouvir a parte adversária. Apesar de ser um adjetivo, a expressão é frequentemente utilizada na doutrina e na jurisprudência como um substantivo, em virtude do costume forense de tratamento.

Liminar, nesse sentido, é um provimento ou uma ordem judicial provisória, concedido logo no início do processo e sem ouvir a parte adversa, cuja efetivação se justifica com base no caráter de perplexidade da lei frente a um fato jurídico com provável veracidade dos fundamentos (*fumus boni juris*) pelo requerente e da possibilidade de ocorrer dano grave ou irreparável (*periculum in mora*) em decorrência da demora da decisão judicial. A medida liminar é interina e precária, uma vez que o provimento pode ser modificado ou revogada a qualquer tempo durante o curso do processo, uma vez que o direito sob análise pode ou não ser reconhecido até julgamento de mérito da causa na sentença.

A tutela de evidência por liminar ocorre quando há a possibilidade de sua concessão nos casos das hipóteses de as “alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; e a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável”, incisos II e IV do art. 311 do CPC – como visto anteriormente.

Importante ressaltar que merece destaque a “liminar” no CPC de 1939 (Decreto-Lei 1608), especialmente os seguintes dispositivos:

TÍTULO XIII - DAS AÇÕES POSSESSÓRIAS,

CAPÍTULO I - DOS INTERDITOS DE MANUTENÇÃO E REINTEGRAÇÃO:

Art. 371. Si a turbação ou violência datar de menos de ano e dia, o autor poderá requerer mandado de manutenção ou de reintegração *initio litis*, provando, desde logo:

Art. 373. Concedida, ou não, a manutenção ou reintegração liminar, o autor, nos cinco (5) dias subsequentes, promoverá a citação do réu para contestar dentro de dez (10) dias [...] (BRASIL, 2015).

Já na “liminar” no CPC de 1973, destacam-se o artigo 928 (medida liminar em ações possessórias) e o artigo 804 (liminar em ação cautelar). A esse respeito, Humberto Theodoro Junior (2009, p. 362-363) esclarece que a inovação mais importante instituída no antigo Código de Processo Civil de 1973 pela Lei nº 8.952 de 1994 foi, sem dúvida, a então denominada “antecipação de tutela”. Tal técnica de concessão da tutela jurisdicional passou a autorizar ao juiz, em caráter geral, a concessão de medida liminar satisfativa em qualquer ação de conhecimento, desde que preenchidos os requisitos que passaram a ser elencados no texto modificado do artigo 273 do respectivo diploma processual. A propósito, convém ressaltar que, nas principais fontes do direito europeu contemporâneo, o reconhecimento de modificado ou revogado qualquer, além da tutela cautelar destinada a assegurar a efetividade do resultado final do processo principal, deve existir,

em determinadas circunstâncias, o poder do juiz de antecipar, provisoriamente, a própria solução definitiva esperada no processo principal. São reclamos de justiça que fazem com que a realização do direito não possa, em determinados casos, aguardar a longa e inevitável demora da sentença final.

Com a Lei n 8.952 de 1994, assim, foi introduzida no modelo processual brasileiro a sistematização estrutural da antecipação de tutela em caráter genérico. Noutras palavras, a aplicação, em tese, a qualquer procedimento de cognição, sob a forma de medida liminar deferível sem necessidade de observância do rito das medidas cautelares.

Não se pode deixar de mencionar ainda o artigo 461 e seu §3º, relativo **a ações envolvendo** prestação de fazer ou não fazer, introduzido no CPC pela mesma Lei:

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada (BRASIL, 2015).

Importante se faz também a posição de liminar no CPC de 2015, destacando o artigo 9º e o artigo 562:

Art. 562. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração, caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.

Parágrafo único. Contra as pessoas jurídicas de direito público não será deferida a manutenção ou a reintegração liminar sem prévia audiência dos respectivos representantes judiciais (BRASIL, 2015).

Verifica-se, também, uma estreita relação entre os mecanismos anteriormente citados e o mandado de segurança. Este é um remédio constitucional cabível para:

[...] proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça (BRASIL, 2009, art. 1º).

O mandado de segurança é uma ação sujeita a rito próprio, sendo disciplinado pela Lei nº 12.016 de 2009, norma esta que sucedeu ao procedimento previsto na Lei nº. 1.533/51, que vigorou por quase meio século, delineada sua aplicação pelo art. 5º, incisos LXIX e LXX da CR/88.

A partir de então, pode-se questionar um ponto que tem causado dúvida: há possibilidade de tutela de evidência por liminar para suspender a exigibilidade de crédito tributário, uma vez que o art. 151, IV, do Código Tributário Nacional, só aventar a possibilidade de liminar, expressamente,

em sede de mandado de segurança? A nosso ver, trata-se de um meio bastante pertinente para a suspensão do crédito tributário.

3 SUSPENSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

O crédito tributário nasce a partir do momento em que o contribuinte, ao cometer ou realizar a hipótese de incidência, ou o que a gente denomina de fato gerador, nasce a obrigação tributária. Trata-se de uma relação jurídico-tributária, portanto; uma relação simples de crédito e débito, onde de um lado se tem um credor e, do outro, um devedor. A partir desse momento, o ente público pode exigir o pagamento dessa relação obrigacional, e é através do lançamento que é realizada essa cobrança. O lançamento é, então, a constituição definitiva do crédito tributário. O contribuinte tem, portanto, dois caminhos a seguir: pagar ou não. Se ele pagar, o crédito tributário é extinto. Em caso negativo, medidas de exigência acabam se tornando realidade frente a esse contribuinte: inclusão em nome de dívida ativa, adoção de medidas jurídicas como a execução fiscal etc. (CARVALHO, 2018, p. 597).

O legislador, todavia, no artigo 141 do CTN, disciplina restrições quanto à forma de afetar o crédito tributário:

Art. 141. O crédito tributário regularmente constituído somente se modifica ou extingue, ou tem sua exigibilidade suspensa ou excluída, nos casos previstos nesta Lei, fora dos quais não podem ser dispensadas, sob pena de responsabilidade funcional na forma da lei, a sua efetivação ou as respectivas garantias (BRASIL, 1966).

Pode, assim, o crédito tributário, ter suspensa a sua exigência. O artigo 151 elenca as formas por meio das quais é possível promover a suspensão da exigibilidade do crédito tributário como sendo as seguintes:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;

VI – o parcelamento (BRASIL, 1966).

Pretende-se se ater aqui aos incisos IV e V. A suspensão do crédito tributário pode advir de medida com o fito de suspender a exigência do crédito tributário. Então, o contribuinte pode

requerer a concessão de uma liminar em mandado de segurança ou uma tutela. Para isso, não se deve esquecer a necessidade de se demonstrar o relevante fundamento do pedido e a ineficácia da medida, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* para que o juiz conceda a medida liminar em mandado de segurança, que suspenderá a exigência do crédito. A suspensão, neste sentido, é oriunda de uma decisão judicial que beneficia o contribuinte. Antes de se prosseguir, vale lembrar que a concessão de liminar está prevista no art. 7º da Lei 12.016, a Lei do Mandado de Segurança (CARVALHO, 2018, p.532).

Situação semelhante se dá com a concessão de tutela provisória, prevista no art. 273 do CPC. Este prevê como verossimilhança da alegação e o fundado receio de dano irreparável: *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Prevendo o juiz esses fundamentos, também será concedida a suspensão da exigibilidade do crédito tributário (CARVALHO, 2018, p. 668).

Em ambos os casos supra, significa dizer que o FISCO está impedido de autuar o contribuindo no tocante à exigibilidade do crédito tributário; também está impedido de inscrever o contribuinte na dívida ativa, de ajuizar a execução fiscal, suspende-se o prazo prescricional e se garante ao contribuinte uma certidão positiva com efeitos de negativa. Todavia, a título de esclarecimento, vale ressaltar que essa suspensão da exigibilidade não impede o lançamento do crédito, não suspende nem interrompe a decadência e não dispensa o cumprimento de obrigações acessórias (CARVALHO, 2018, p. 574).

Considerando o examinado anteriormente, questiona-se: É possível a concessão da tutela de evidência por liminar em mandado de segurança?

Não há dúvida de que, de ordinário, medida liminar em mandado de segurança é provimento que se enquadra no capítulo das cautelares. Isso significa dizer que tende a assegurar um dado direito, e não o satisfazer de forma antecipada.

Paulo César Conrado (2016) explica que, em matéria tributária, acentuaram essa premissa as restrições trazidas pelo artigo 7º, parágrafo 2º, da Lei nº 12.016 de 2009, preceito que, em sua primeira parte, afirma que “não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior [...]”: “essas restrições são facilmente compreendidas se se considerar que, como sublinhado, medida liminar em mandado de segurança é provimento de natureza cautelar, afigurando-se inviável, daí, sua eventual satisfatividade.”

Ocorre que, em sua lógica, para concessão da tutela de evidência, dispensa-se a demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo (*caput* do mesmo artigo 311), exigindo-se, em contrapartida a caracterização de uma dentre as quatro hipóteses descritas nos incisos. Dessas hipóteses, uma é de realçada importância para o direito tributário: a inscrita no inciso II, que afirma viável a outorga do provimento se “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”. Como o CPC/2015 não define, materialmente, os efeitos

extraíveis da tutela de evidência (deixando de apontar, por outros termos, se a providência por ela aparelhada é cautelar ou satisfativa), fica a questão desde logo: o jurisdicionado pode pedir tutela de evidência apenas para um, para outro ou para ambos os fins? Em princípio, poderíamos dizer que, por não restritivo, o novo estatuto caminharia para uma posição mais abrangente, contemplando, via tutela de evidência, tanto as providências cautelares como as satisfativas. Se assim for, partindo-se da premissa (já assentada) de que liminar em mandado de segurança é submodelo de cautelar, o que se poderia concluir é, para além das condições gerais fixadas nos incisos do artigo 7º da Lei 12.016/2009[2], seria possível a concessão da aludida medida sob o regime do artigo 311 (especificamente em seu inciso II). Ter-se-ia, com isso, uma variante à “clássica” medida liminar em mandado de segurança, que se caracterizaria, inovadoramente, pela irrelevância do *periculum in mora* (CONRADO, 2016).

Em relação à exigibilidade do crédito tributário, temos a observância que é a partir do lançamento do crédito tributário que a obrigação passa a ser exigível ao sujeito passivo, sendo ele o contribuinte, como elucidado anteriormente. A esse respeito, Paulo de Barros Carvalho (2018, p. 282) leciona que o direito que o credor tem de postular, efetivamente, o objeto da obrigação, e isso tão só ocorre, pois são óbvias, depois de tomadas as providências necessárias à constituição da dívida, com a lavratura do ato de lançamento. No período que antecede tal expediente, ainda não se tem o surgimento da obrigação tributária, inexistindo, conseqüentemente, crédito tributário, o qual nasce com o ato do lançamento tributário.

Neste entendimento, a suspensão da exigibilidade tem o condão de impossibilitar o FISCO na promoção de atos de cobrança do crédito respectivo da obrigação tributária. Por sua vez, o CTN, em seu art. 151, incisos IV e V, elenca que a concessão de medida liminar em mandado de segurança e a concessão de medida liminar ou de tutela provisória em outras espécies de ação judicial suspendem a exigibilidade do crédito tributário. Filipe Reis Caldas (2016) afirma que:

Apesar do entendimento majoritário, corrente considerável da doutrina e jurisprudência tem se inclinado pela flexibilização das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, art. 151, do CTN. Nesse sentido, entende Íris Vânia Santos Rosa[5] afirmando ser possível admitir novas possibilidades, lastreada em princípios constitucionais, podendo ser aplicadas por analogia às existentes. O próprio STJ admite certa flexibilização das hipóteses de suspensão da exigibilidade, afirmando que o pedido administrativo de compensação de tributo suspende a exigibilidade e impede o ajuizamento da execução fiscal. Nesse sentido:

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO. CAUSA DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CITAÇÃO DO EXECUTADO E CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PARA OPOSIÇÃO DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. VERBA HONORÁRIA A SER SUPORTADA PELA FAZENDA. CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL

IMPROVIDO. 1. É firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça em que o pedido administrativo de compensação de tributos possui o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, inciso III, do Código Tributário Nacional. Precedentes. 2. São devidos honorários advocatícios contra Fazenda Pública se a execução fiscal foi extinta após a citação do devedor e, em especial, se houve a contratação do advogado para que fosse apresentada exceção de pré-executividade. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp 1192182/PR, Rel. min. HAMILTON CARVALHIDO, primeira turma, julgado em 24/08/2010, DJe 04/10/2010)

O pedido de compensação não se trata de impugnação nem de recurso administrativo, sendo uma nova hipótese não elencada no art. 151 do CTN e amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência do STJ como causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, ressaltando assim a posição adotada mesmo que discretamente pela flexibilização das hipóteses de suspensão. O próprio artigo 151 do CTN possui dois incisos afirmando ser possível a concessão de liminares como hipóteses de suspensão da exigibilidade, inciso IV e V. Como o Direito Tributário não possui um código de processo tributário específico, muitas de suas disposições processuais se amparam na utilização do Código de Processo Civil naquilo que não lhe seja contrário, sendo lá estipulado a definição, conteúdo e alcance das liminares.

Importante destacar que no Fórum Permanente de Processualistas, realizado nos dias 18, 19 e 20 de março de 2016 na cidade de São Paulo, foi aprovado o Enunciado nº 422 do respectivo fórum, dispondo, que “A tutela de evidência por sua vez é compatível com os procedimentos especiais”. Tal entendimento se direciona para a compatibilidade entre tutela de evidência, e o seu cabimento em sede de liminar no mandado de segurança.

Didier Junior, Braga e Oliveira (2018, p. 738) citam Eduardo Talamini para observarem que, independentemente de toda essa discussão doutrinária e das mudanças legislativas, deve-se frisar que não é possível conceder provisoriamente providência que compensa ou extingue o débito, pelo simples fato de que não se antecipa (des) constituição de situação jurídica – o que já seria a tutela definitiva. Mas nada impede que se adiantem os seus efeitos práticos e sociais, isto é, a suspensão de exigibilidade do crédito.

CONCLUSÃO

A tutela provisória da evidência, disciplinado no artigo 311 CPC de 2015, corresponde a uma tutela jurisdicional antecipatória concedida diante da demonstração dos autos de um quadro de “evidência do direito”, no qual é reconhecida a alta probabilidade de acolhimento da pretensão da parte postulante. Tal espécie do gênero tutela provisória se diferencia da outra espécie, a tutela de urgência, pois esta exige como principal fundamento de concessão a demonstração da existência de um quadro de *periculum in mora*, caracterizado pelo risco de dano ou ameaça à utilidade do processo. Traços distintivos é a possibilidade de a tutela de urgência ser de natureza cautelar ou de índole antecipatória e poder ser concedida de modo incidental ou de forma antecedente

à formulação do pedido de tutela final, enquanto a tutela da evidência é sempre materializada por meio de uma medida de caráter antecipatória, implicando no adiamento dos efeitos da tutela final pretendida, e ser sempre concedido incidentalmente, no curso do processo, e não de forma antecedente.

Outra diferença é que, à luz do artigo 9º, parágrafo único, inciso I, do CPC, a tutela de urgência em tese poderá sempre concedida de forma liminar, ou seja, de forma geral a medida pode ser ordenada pelo juiz *initio litis e inaudita altera parte*, condicionado apenas à satisfação dos requisitos gerais de probabilidade do direito e de demonstração da existência do *periculum in mora*. A tutela da evidência, por outro lado, somente em determinados casos pode ser concedida liminarmente, conforme delineado pelo inciso II do mesmo parágrafo único do artigo 9º, e, ainda, o parágrafo único do artigo 311 do CPC.

Nesse sentido, os mencionados dispositivos legais autorizam a concessão de medida liminar em sede de tutela da evidência em duas hipóteses. Primeiro, pode ocorrer a concessão *initio litis e inaudita altera parte* nos casos da hipótese do inciso II do artigo 311, quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante. E, segundo, pode também ocorrer a concessão liminar nos casos da hipótese do inciso III do mesmo artigo 311. Quando a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Essas duas hipóteses relacionadas nos incisos II e III do artigo 311 do código de ritos de 2015, entretanto, não correspondem às únicas formas de se conseguir liminarmente a tutela da evidência, mesmo diante da aparência de uma relação taxativa e exauriente repetida em dois dispositivos distintos (os já mencionados parágrafos únicos dos artigos 9º e 311 do CPC). A medida liminar concedida em sede de mandado de segurança pode igualmente corresponder a uma tutela de evidência concretizada mediante uma concessão liminar do respectivo magistrado.

O mandado de segurança é um remédio constitucional cabível para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça, conforme a Lei 12.016.

Nos termos do inciso IV, do artigo 151, do Código Tributário Nacional, a medida liminar em mandado de segurança é causa de suspensão de exigibilidade do crédito tributário. E tal provimento assume a forma de uma tutela de evidência. Isso significa dizer que a concessão liminar da tutela da evidência em mandado de segurança é extremamente pertinente em matéria tributária. Um remédio constitucional que abre espaço para a tutela provisória, mesmo diante da postura restritiva do legislador de 2015 nos textos normativos dos parágrafos únicos dos artigos 9º e 311 do CPC.

No Fórum Permanente de Processualistas de 2016, foi aprovado o Enunciado nº 422

do respectivo fórum, dispondo, que a tutela de evidência por sua vez é compatível com os procedimentos especiais. Tal entendimento se direciona para a compatibilidade entre tutela de evidência, e o seu cabimento em sede de liminar no mandado de segurança.

Doutrinadores renomados explicam que, independentemente de toda essa discussão doutrinária e das mudanças legislativas, deve-se frisar que não é possível conceder provisoriamente providência que compensa ou extingue o débito, pelo simples fato de que não se antecipa (des) constituição de situação jurídica – o que já seria a tutela definitiva. Mas nada impede que se adiantem os seus efeitos práticos e sociais, isto é, a suspensão de exigibilidade do crédito.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Planalto. **Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009**. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 10 fev. 2019.

CALDAS, Filipe Reis. A tutela de evidência e seus reflexos no âmbito do direito tributário. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, DF, 15 set. 2016. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47512/a-tutela-de-evidencia-e-seus-reflexos-no-ambito-do-direito-tributario>. Acesso em: 10 fev. 2019

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Tutelas de urgência e cautelares**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONRADO, PAULO CÉSAR. TUTELA DE EVIDÊNCIA EM MANDADO DE SEGURANÇA AFETA DIREITO TRIBUTÁRIO. **CONSULTOR JURÍDICO**, BRASÍLIA, DF, 25 MAIO 2016. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://WWW.CONJUR.COM.BR/2016-MAI-25/PAULO-CONRADO-TUTELA-EVIDENCIA-MS-AFETA-DIREITO-TRIBUTARIO](https://www.conjur.com.br/2016-mai-25/paulo-conrado-tutela-evidencia-ms-afeta-direito-tributario). ACESSO EM: 15 MAR. 2019.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 13. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018. v. 2.

FERREIRA, LARA LORENA. **O NOVO CPC E A VELHA FAZENDA PÚBLICA**. SÃO PAULO: IBDP, 2016. DISPONÍVEL EM: WWW.DIREITOPROCESSUAL.ORG.BR. ACESSO EM: 15 MAR. 2019.

FUX, Luiz. **O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela de evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2014/2015. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, v. XIV, p. 296-330, 2015.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TUCCI, Rogério Cruz e. **Garantias constitucionais do processo**. São Paulo: Editora RT, 1999.

Como citar: TEIXEIRA, Sérgio Torres; ALVES, Enéas César Douetts. Concessão liminar da tutela da evidência em mandado de segurança em matéria tributária. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 2, p. 177-194, ago. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n2p. 177. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 27/06/2019

Aprovado em: 02/07/2020

**AVERBAÇÃO PRÉ-EXECUTÓRIA: A (IN)
CONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL DA LEI N.º
13.606/18**

PRE-EXECUTORY REGISTRATION: THE FORMAL AND
MATERIAL (IN) CONSTITUTIONALITY OF LAW N.º 13.606/18

José da Silva Alves Junior*
Bruno Teixeira de Paiva**

Como citar: ALVES JUNIOR, José da Silva; PAIVA, Bruno Teixeira. Averbação pré-executória: a (in)constitucionalidade formal e material da Lei n.º 13.606/18. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 2, p. 195-218, ago. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n2p. 195. ISSN: 1980-511X

*Advogado. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa.

E-mail: j.alves18@outlook.com

**Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Professor Titular do Centro Universitário de João Pessoa e Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 5ª Região

E-mail: brunotpaiva@gmail.com

Resumo: O presente trabalho científico pretende averiguar a (in) constitucionalidade formal e material da Lei nº 13.606/18 que promoveu alterações significativas à Lei nº 10.522/02, possibilitando à Fazenda Pública, o exercício da averbação pré-executória tornando indisponíveis, unilateralmente, bens de devedores de tributos federais. Especificamente, buscar-se-á discorrer acerca da impossibilidade de ser decretada a constrição dos bens de contribuintes como forma de adimplir o crédito tributário por violação à Constituição e o Código Tributário Nacional, bem como estudar se os mecanismos estatais para a satisfação do crédito tributário podem comprometer o direito do contribuinte a uma existência digna, relacionando a indisponibilidade de bens à luz dos princípios constitucionais. Ademais, serão abordados temas como a utilização de meios indiretos para cobrança do crédito tributário e a vedação às sanções políticas sob a perspectiva dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Para efetivar este desígnio, utilizar-se-á o método de abordagem hipotético dedutivo, com natureza predominantemente qualitativa, baseado em materiais bibliográficos e documentos legais. Por fim, pretende-se contribuir com os questionamentos acerca das inconstitucionalidades da lei objeto deste estudo.

Palavras-chave: Averbação pré-executória.
Inconstitucionalidade. Sanção política.

Abstract: This paper investigates the (in) formal and material constitutionality of Brazilian Law n. 13.606/18, which promoted

significant changes to Law n. 10.522/02, as it granted the Public Treasury the exercise of the pre-execution annotation, which makes unavailable, unilaterally, assets of federal tax debtors. Specifically, this paper addresses the impossibility of enacting a statute of limitations on taxpayers' assets as a way to enforce tax credits for violations of the Constitution and the National Tax Code. Moreover, this study examines whether State payment systems jeopardize the taxpayer's right to a dignified existence, as asset unviability violates constitutional principles. In addition, topics such as the use of indirect means to tax credits and the prohibition of political sanctions is explored from the perspective of the principles of reasonableness and proportionality. In order to accomplish this paper's purpose, the hypothetical deductive approach method is utilized, with a predominantly qualitative nature, based on bibliographic materials and legal documents. Finally, this paper contributes to the theme at hand because it examines the unconstitutionality of the law, object of this study.

Keywords: Pre-Executory Registration. Unconstitutionality. Political Sanction.

INTRODUÇÃO

O Estado constitui um ente soberano cuja estrutura teleológica funda-se em satisfazer as necessidades públicas. Neste ínterim, alicerçado em um dever de solidariedade social impõe ao particular que entregue certos valores aos cofres públicos, ato que independe da vontade do contribuinte. Ocorre que determinados contribuintes, malgrado seu dever legal de pagarem tributos se omitem de contribuírem para o Fisco, tornando-se inadimplentes.

O Estado, portanto, por meio da Administração Tributária, adota mecanismos para salvaguardar o seu crédito, como atividades de fiscalização, inscrição na Dívida Ativa, ou, ainda, certidões negativas que comprovam a regularidade perante o fisco.

Neste viés, com o escopo de amplificar os mecanismos que possibilitassem a cobrança extrajudicial da dívida fiscal, a Lei nº 13.606/18 que institui o Programa de Regularização Tributária Rural (PRR) na Secretaria da Receita Federal do Brasil e na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional promoveu em seu Art. 25 alterações significativas à Lei nº 10.522/02, acrescentando os Art. 20-B, 20-C, 20-D e 20-E.

O artigo 20-B, acrescentado pela inovação legal, prevê que inscrito o crédito em dívida ativa da União, o devedor será notificado para, em até cinco dias, efetuar o pagamento do valor atualizado monetariamente, acrescido de juros, multa e demais encargos nela indicados. Todavia, estabeleceu que se o débito não for pago no prazo legal, a Fazenda Pública poderá averbar a Certidão de Dívida Ativa nos órgãos de bens e direitos sujeitos a arresto ou penhora, tornando-os indisponíveis.

Pretendeu o legislador dotar a União Federal, por meio da Administração Tributária, de instrumentos protetivos de seu crédito, haja vista as dificuldades enfrentadas pelo Fisco para recuperar o crédito tributário nas ações de execuções fiscais. Ocorre que as alterações promovidas pela Lei nº 13.606/18 à Lei nº 10.522/02 tem sido alvo de questionamento constitucional.

Nesse diapasão, o presente trabalho, fundamentado na revisão crítica da literatura, visa averiguar a (In) Constitucionalidade da Lei nº 13.606/18 à luz do axioma interpretativo de que a Constituição está no ápice do ordenamento jurídico e seus preceitos devem ser observados no processo legislativo infraconstitucional.

Preliminarmente, abordar-se a sistemática do Controle de Constitucionalidade trazendo à discussão uma noção geral deste mecanismo de defesa e proteção do ordenamento jurídico de um país, analisando, ainda, os pressupostos, sistemas e espécies do Controle de Constitucionalidade.

Posteriormente, discute-se a adoção de medidas indiretas para cobrança do crédito tributário e a vedação às sanções políticas à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, analisando-se os limites impostos à força executiva do Fisco sob o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

Além disso, abordam-se as alterações promovidas pela Lei nº 13.606/18 à Lei nº 10.522/02 quanto às inconstitucionalidades formais e materiais, discutindo, no primeiro momento, a inconstitucionalidade formal a partir do disciplinamento do Art. 146, III, b, da Constituição

Federal de 1988.

Por conseguinte, estudam-se as inconstitucionalidades materiais face ao direito fundamental à propriedade (Art. 5º, XXII), à livre iniciativa (Art. 170, *caput*, e parágrafo único), o livre exercício da profissão (Art. 5º, XIII), bem como os princípios do devido processo legal, contraditório e a ampla defesa (Art. 5º, LV).

Por fim, discorre-se acerca da regulamentação do instituto da averbação pré-executória e possibilidade de novas restrições através da Portaria nº 33/2018 da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ações do Controle Concentrado de Constitucionalidade tramitando perante o Supremo Tribunal Federal que pretendem ver declarada a inconstitucionalidade do dispositivo legal objeto deste estudo.

1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A Constituição impõe mecanismos de controle que permitem verificar a subsunção da legislação infraconstitucional à Norma Constitucional, isso porque “além do instrumento político que é, de estruturação e modelação do Estado constitui um documento essencialmente jurídico, condutor e balizador de todo o ordenamento jurídico estatal” (PIMENTA, 2009, p. 147).

Todavia, malgrado a Constituição corresponda a um importante instrumento de validade das normas jurídicas de determinado Estado, não está imune de violações. É neste contexto que se adequa o Controle de Constitucionalidade. Bulos define que:

Controle de constitucionalidade é o instrumento de garantia da Supremacia das Constituições. Serve para verificar se os atos executivos, legislativos e jurisdicionais são compatíveis com a carta magna. Controlar a constitucionalidade, portanto, é examinar a adequação de dado comportamento ao texto maior, mediante a análise dos requisitos formais e materiais. Enquanto a inconstitucionalidade é a doença que contamina o comportamento desconforme à Constituição, o controle é o remédio que visa restabelecer o estado de rigidez constitucional (BULOS, 2018, p. 186).

O desenvolvimento deste mecanismo ocorreu paralelo ao ideário de constitucionalismo preconizado no século XVIII, e se firmou com o surgimento dos primeiros Textos Constitucionais escritos, haja vista a necessidade de limitar formalmente os poderes do Estado e de manter as conquistas paulatinamente alcançadas. Entretanto, o controle de constitucionalidade atribuído a um órgão jurisdicional encontra seu fundamento no constitucionalismo norte-americano. Segundo Silva,

A ideia de leis inconstitucionais e de um sistema de controle jurisdicional da constitucionalidade das leis nasceu construção jurisprudencial da Corte Suprema dos Estados Unidos da América do Norte, com base no princípio de que “a Constituição é uma lei superior, imutável por meios comuns”, e na declaração da Constituição Norte-Americana de que a competência do Poder Judiciário se

estenderá a todos os casos surgidos sob a Constituição (SILVA, 2012, p. 552).

Isto porque atribui-se ao famigerado caso “Marbury v. Madison”, decidido pelo Presidente da Suprema Corte norte-americana, John Marshall, em 1803, a gênese do controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário. O caso mencionado “foi a primeira decisão na qual a Suprema Corte afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando aplicação a leis que, de acordo com sua interpretação, fossem inconstitucionais.” (BARROSO, 2016, p. 27).

Presentes estes aspectos preliminares, pode-se dizer que o controle de constitucionalidade funciona como um juízo de adequação e validade das normas, uma vez que possibilita que todo ato legislativo ou normativo criado em dissonância com a Constituição seja declarado inconstitucional.

1.1 Pressupostos do Controle de Constitucionalidade

O controle de constitucionalidade nasce como elemento que limita a atuação do legislador no processo de elaboração de leis ou atos normativos, pois impõe a observância formal e material à Constituição no processo legislativo infraconstitucional. No voto do Recurso Extraordinário 6.38491/PA, o Ministro Luiz Fux asseverou que:

Em decorrência dos novos paradigmas possibilitou-se o controle de constitucionalidade das leis, de modo a retirar a possibilidade de o legislador atuar livremente no exercício da sua função típica, quando não atendidos os parâmetros traçados pelo constituinte. O significado da norma constitucional enquanto norma jurídica ganha relevância ao permitir que o seu conteúdo seja parâmetro de validade dos atos legislativos, no exercício mais franco do sistema de freios e contrapesos (checks and balances) (BRASIL, 2017, p. 5).

Destarte, a percepção de controle de constitucionalidade encontra fundamento na Supremacia da Constituição face à hierarquização do ordenamento jurídico. A doutrina majoritária sustenta que esta supremacia corresponde a importante pressuposto do controle de constitucionalidade, considerando que “a superioridade das normas constitucionais é em geral dada por meio da técnica jurídica da rigidez, por força da qual se estabelece uma relação hierárquica entre aquelas e as demais normas e atos existentes no sistema jurídico” (BARCELLOS, 2018, p. 500).

Consoante Kelsen (1998), a hierarquia das normas dar-se por um processo de supra e infra-ordenação, de modo que uma norma superior orienta a forma de elaboração da norma inferior. Essa adoção hierárquica das normas constitucionais é marcante em países que têm como parâmetro a rigidez constitucional, e ainda possuem constituições

escritas quanto à forma. Nesse sentido, Moraes leciona:

Em primeiro lugar, a existência de escalonamento normativo é pressuposto necessário para a supremacia constitucional, pois, ocupando a constituição a hierarquia do sistema normativo é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo. Além disso, nas constituições rígidas se verifica a superioridade da norma magna em relação àquelas produzidas pelo Poder Legislativo, no exercício da função legiferante ordinária. Dessa forma, nelas o fundamento do controle é o de que nenhum ato normativo, que lógica e necessariamente dela decorre, pode modificá-la ou suprimi-la (MORAES, 2017, p. 739).

Barroso (2016, p. 24) considera que a rigidez constitucional é igualmente pressuposto do controle de constitucionalidade, pois “a norma constitucional precisa ter um processo de elaboração diverso e mais complexo do que aquele apto a gerar normas infraconstitucionais”.

Além disso, constitui parâmetro para o controle de constitucionalidade a incumbência do controle a um órgão estatal que atuará de forma política, jurisdicional ou mista na verificação da compatibilidade da lei ou ato normativo com a Carta Política. Segundo Barreto (2013), para que o controle de concretize mister se faz que o ordenamento jurídico outorgue competência dessa atividade a um órgão estatal, seja do Poder Judiciário ou de outra esfera do Poder Público.

1.2 Sistemas do Controle de Constitucionalidade

O estudo do Direito Constitucional possibilita a compreensão da ordem jurídica de determinado Estado e dos mecanismos que garantem sua vigência. Consoante os teóricos deste ramo, verifica-se a existência de 3 sistemas especiais que auferem o controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos, quais sejam: a) político, b) jurisdicional e, c) misto.

O controle político tem como gênese os países Europeus, tal como se dá na França através do Conselho Constitucional. No controle político, inexistente atuação do Poder Judiciário na apreciação da compatibilidade das normas. Mendes (2017, p. 1115) preceitua que político é “o controle de constitucionalidade realizado nas Casas Legislativas, pelas Comissões de Constituição e Justiça ou pelas demais comissões”. Além disso, assevera o supracitado autor que o Poder Executivo atua no controle político de constitucionalidade ao vetar projeto de lei que contrarie a Constituição.

O controle jurisdicional, por sua vez, é atribuído ao poder judiciário ou órgão de esfera jurisdicional que verifica a compatibilidade formal e material da norma com a Carta Política. Nas lições de Bonavides (2000), o controle jurisdicional é coluna que fundamenta o Estado de direito, haja vista se compadece ao formalismo hierárquico das leis.

O modelo de controle exercido por um órgão jurisdicional possui como precedente o sistema norte-americano de controle de constitucionalidade e constitui, basilamente, o principal sistema brasileiro. Barreto aduz que no direito brasileiro:

O controle de constitucionalidade é conferido com primazia aos órgãos do Poder Judiciário, que o realizam: através: a) dos tribunais e juízes que integram a magistratura, ao que se denomina controle difuso, concreto ou, ainda, incidental; b) das intituladas ações diretas, cuja propositura é normativamente restringida, pois está concentrada apenas nos tribunais de Justiça dos Estados-Membros ou do Distrito Federal (quando a questão da constitucionalidade se referir à eventual violação da Constituição estadual ou Lei Orgânica distrital), assim como o Supremo Tribunal Federal (se o vício de inconstitucionalidade afetar diretamente os preceitos da Constituição Federal), caso em que será designado de controle concentrado ou abstrato (BARRETO, 2013, p. 136).

O controle misto, por seu turno, adotado no Brasil, caracteriza uma adoção simultânea do controle político e o controle jurisdicional, tal como ocorre na Suíça que, em um primeiro momento, as leis federais ficam sob o clivo do controle político da Assembleia Nacional e, as leis locais, submetidas ao controle jurisdicional.

1.3 Espécies do Controle de Constitucionalidade

Pelo controle de constitucionalidade todo ato que contrarie a Constituição deve ser considerado inconstitucional. Ocorre que o vício de inconstitucionalidade abarca não somente a elaboração de normas em desacordo com as regras e princípios disposto na Carta Política, mas a omissão do legislador na edição de normas que possibilitem a aplicação de preceitos constitucionais. No Brasil, o constituinte perfilhou duas espécies de controle de constitucionalidade, a saber: inconstitucionalidade por ação e a inconstitucionalidade por omissão.

A inconstitucionalidade por ação resulta da conduta estatal que elabora normas verticalmente incompatíveis com a Constituição, e encontra fundamento nos pressupostos da supremacia constitucional e rigidez constitucional, pois impõe a observância da Lei Maior às leis infraconstitucionais. Nas lições de Silva,

A inconstitucionalidade por ação ocorre com a produção de atos legislativos ou administrativos que contrariem normas ou princípios da constituição. O fundamento dessa inconstitucionalidade está no fato de que do princípio da supremacia da constituição resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior; as que não forem compatíveis com a constituição serão inconstitucionais, e não podem prevalecer, porque seria admitir sua alteração por “meios comuns”, com infringência, pois, das normas sobre o processo de sua reforma, nele mesmo estabelecido (SILVA, 2012, p. 552).

A doutrina, por sua vez, divide a inconstitucionalidade por ação em formal e material. Barreto (2013) sustenta que há inconstitucionalidade formal quando o processo legislativo padece de vícios, seja pela elaboração da lei ou ato normativo por órgão incompetente, ou quando a norma

é editada em desacordo com os ditames exigidos pela Constituição.

Por conseguinte, verifica-se a inconstitucionalidade material quando há violação ao conteúdo substancial da Constituição, isto é, malgrado as regras procedimentais tenham ocorrido em observância à Lei Maior, a autoridade competente contraria, substancialmente, valores e preceitos constitucionais.

A inconstitucionalidade por omissão, diferente da primeira, não decorre do processo legislativo em dissonância com o texto constitucional, mas da falta de norma regulamentadora que torna inviável o exercício de preceitos fundamentais dispostos na Constituição. Mendes (2017) preceitua que a adoção da inconstitucionalidade por omissão é relativamente recente, isto porque, antes, a ideia de inconstitucionalidade estava atrelada a uma ação resultante de um fazer positivo do legislador.

Destarte, a inconstitucionalidade por omissão tem por escopo combater a negligência normativa pelo Poder Público, que se concretiza pela inobservância de um dever acautelado no Texto Constitucional para legislar acerca de determinadas matérias. Para Barreto (2013, p. 142), esta negligência “ocorre quando não são editados atos legislativos ou administrativos necessários para que se tornem plenamente aplicáveis os ditames constitucionais.”

Cumprе mencionar que estas não constituem as únicas espécies do controle de constitucionalidade. Todavia, para fins deste trabalho, abordou-se, basicamente, a inconstitucionalidade por ação da lei nº 13.606/18 sob o aspecto formal e material.

2 ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

O Estado necessita angariar recursos para desenvolver sua política organizacional e satisfazer as necessidades públicas, de modo que “a atividade de fiscalizar e arrecadar tributo é, talvez, a mais importante atividade-meio do Estado, pois dos recursos dela advindos dependem todas as atividades-fim estatais.” (ALEXANDRE, 2017, p. 608).

Todavia, o sistema tributário é sobremodo complexo perpassando desde questões concernentes à competência até regras que possibilitem o adimplemento do tributo. Em atenção a esta complexidade, através da Administração Tributária, estipula-se um conjunto de medidas com o escopo de garantir o adimplemento do crédito tributário. Consoante Harada,

Administração tributária é a atividade do poder público voltada para a fiscalização e arrecadação tributária. É um procedimento que objetiva verificar o cumprimento das obrigações tributárias, praticando, quando for o caso, os atos tendentes a deflagrar a cobrança coativa e expedir as certidões comprobatórias da situação fiscal do sujeito passivo (HARADA, 2018, p. 676).

Igualmente, Sabag (2017, p. 230) defende que “a administração tributária possui fundamental importância para o cumprimento do objetivo do Poder Público em seu papel tributacional, que consiste na retirada obrigatória de valores dos sujeitos passivos da relação

jurídico-tributária”.

Portanto, a Administração Tributária corresponde a um importante instrumento para fiscalização e arrecadação de tributos, de modo que a Constituição Federal acautelou em seu Art. 37, inciso XXII, que as administrações tributárias dos entes federativos são atividades essenciais para o funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, tendo recursos prioritários para a realização de suas atividades.

2.1 Instrumentos Previstos no Código Tributário Nacional

O Código Tributário Nacional, especificamente, salvaguardou um título denominado “Administração Tributária”, disciplinando um conjunto de regras para arrecadação e fiscalização do crédito tributário pelos órgãos e agentes estatais, tais como: a) atividades de fiscalização, b) inscrição na Dívida Ativa, ou, ainda, c) certidões negativas que comprovam a regularidade perante o fisco.

Preliminarmente, o legislador disciplinou no Art. 194 do CTN a fiscalização, uma “atividade estatal que tem por objetivo estimular o cumprimento espontâneo das obrigações tributárias por intermédio da identificação e punição daqueles que não as cumprem” (ALEXANDRE, 2017, p. 607).

Ademais, cumpre mencionar que a fiscalização é orientada pelo princípio constitucional tributário da isonomia, acautelado no Art. 145, §1º da Constituição Federal de 1988, ligado intrinsecamente à capacidade contributiva, de modo que faculta à Administração Pública, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. Consoante segundo (MACHADO SEGUNDO, 2018, p. 255):

Para conferir efetividade aos princípios da pessoalidade e da capacidade contributiva, a fim de que todos paguem seus tributos em obediência aos mesmos, a Constituição facultou à Administração Tributária identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. Legitimou, em outros termos, o poder de fiscalizar, transformando-o em competência. É importante observar, porém, dois importantes limites estabelecidos à atividade de fiscalização: a legalidade e o respeito aos direitos individuais.

Observa-se que os mecanismos estatais dispostos na legislação tributária para a satisfação do crédito tributário não podem comprometer o direito do contribuinte a uma existência digna, pois o supracitado direito enquadra-se no rol dos direitos e garantias, e quiçá cláusulas pétreas (Art. 60, §4º, I, CRFB/88).

O segundo mecanismo disposto no CTN versa acerca da inscrição na Dívida Ativa para os contribuintes que deixarem de cumprir com o pagamento do crédito tributário. Disciplina o Art. 201 do CTN que “constitui dívida ativa tributária a proveniente de crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado,

para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular” (BRASIL, 1966).

Todavia, a Lei nº 6.830/80, em seu Art. 2º, estabeleceu um conceito mais amplo do que seja dívida ativa, compreendendo aquela definida como tributária ou não tributária disciplinada na Lei nº 4.320/64. Essa inscrição confere ao crédito tributário presunção de liquidez e certeza, e tem o efeito de prova pré-constituída, consoante dispõe o Art. 204 do CTN.

Para Alexandre (2017, p. 607), “o principal objetivo da inscrição de um crédito tributário em dívida ativa é exatamente extrair o título executivo que vai aparelhar a ação de execução fiscal a ser ajuizada pelo Estado na busca da satisfação do seu direito”. Os requisitos do termo de inscrição da dívida ativa estão elencados no CTN, de modo que a omissão de quaisquer deles são causas de nulidade da inscrição e do processo de cobrança dela decorrente:

Art. 202. O termo de inscrição da dívida ativa, autenticado pela autoridade competente, indicará obrigatoriamente: I - o nome do devedor e, sendo caso, o dos co-responsáveis, bem como, sempre que possível, o domicílio ou a residência de um e de outros; II - a quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora acrescidos; III - a origem e natureza do crédito, mencionada especificamente a disposição da lei em que seja fundado; IV - a data em que foi inscrita; V - sendo caso, o número do processo administrativo de que se originar o crédito (BRASIL, 1966).

Por fim, o Código Tributário Nacional dispôs acerca das certidões negativas que comprovam a regularidade perante o fisco. Trata-se de documentos destinados a certificar a inexistência de débitos por parte do contribuinte.

2.1.1 Utilização de Meios Indiretos de Cobrança e a Vedação às Sanções Políticas à Luz dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade

Não adimplido o crédito tributário, surge para o Estado credor a possibilidade de cobrança da dívida. No Brasil, comumente adota-se a ação de execução fiscal, disciplinada pela Lei nº 6.830/80. Todavia, consoante pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA, 2015), a probabilidade de recuperação integral do crédito por meio da ação de execução fiscal é de 25,8%.

Segundo Castro (2015, p. 117) “a execução fiscal deve ser encarada como mais uma, dentre várias possíveis, garantia extraordinária do crédito tributário”. Neste viés, a doutrina majoritária tem reconhecido a existência de meios “indiretos” para a cobrança de créditos tributários face a inefetividade da ação de execução fiscal.

Constituem instrumentos indiretos para cobrança do crédito tributário a exigência de certidões negativas de débitos tributários, pressuposto para a extinção das obrigações do falido (Art. 191 do CTN), a inscrição em cadastro de devedores (Art. 2º, I, e II da Lei nº 10.522/02), a prova de quitação de todos os tributos para prolação de sentença de julgamento de partilha ou adjudicação (Art. 192 do CTN), a prova de quitação de todos os tributos devidos à Fazenda Pública

interessada para a celebração de contrato com o Poder Público ou a participação em concorrência pública (Art. 193 do CTN), o protesto extrajudicial da certidão de dívida ativa regulamentado pela Lei nº 9.492/1997.

Todavia, faz-se necessário que a imposição legal destes meios “indiretos” para cobrança do crédito tributário observe os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade. Consoante Alexandre,

A viabilidade da utilização destes meios coercitivos indiretos depende, contudo, do cumprimento de dois requisitos. Em primeiro lugar, há necessidade de expressa autorização legal, uma vez que o princípio da legalidade somente permite a Administração pública adote providências autorizadas por lei. Além disso, o mecanismo de cobrança não pode consistir numa desproporcional e desarrazoada restrição ao exercício de atividades econômicas ou profissionais lícitas (ALEXANDRE, 2017, p. 634).

A observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade tem norteado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nos últimos anos, de modo que se considerará sanção política a medida desproporcional que restrinja direitos fundamentais do sujeito passivo da obrigação tributária. No julgamento do ARE 915.424 AGR/SP, a Corte entendeu:

Recurso Extraordinário com Agravo (lei nº 12.322/2010) – Sanções Políticas no Direito Tributário – Inadmissibilidade da utilização, pelo poder público, de meios gravosos e indiretos de coerção estatal destinados a compelir o contribuinte inadimplente a pagar o tributo (súmulas 70, 323 e 547 do STF) – Restrições estatais, que, fundadas em exigências que transgridam os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade em sentido estrito, culminam por inviabilizar, sem justo fundamento, o exercício, pelo sujeito passivo da obrigação tributária, de atividade econômica ou profissional lícita – Limitações arbitrárias que não podem ser impostas pelo Estado ao contribuinte em débito, sob pena de ofensa ao “substantive due process of law” – Impossibilidade constitucional de o Estado legislar de modo abusivo ou imoderado [...]. (BRASIL, 2015, p. 1).

Igualmente, os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade orientaram a edição de súmulas com efeito vinculante cuja Corte vedou: a) a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo (Súmula 70); b) a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos (Súmula 323); e c) as proibições de que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais (Súmula 547) (BRASIL, 1963a, 1963b, 1969).

Observa-se que os mecanismos estatais para a satisfação do crédito tributário não podem comprometer o direito do contribuinte a uma existência digna, fundamento da República Federativa do Brasil nos termos do Art. 1º, III, da CRFB/88, considerando-se inconstitucional à medida que ultrapasse os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade.

3 ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI 13.606/18 À LEI N.º 10.522/02

A lei nº 13.606/18 que institui o Programa de Regularização Tributária Rural (PRR) na Secretaria da Receita Federal do Brasil e na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional promoveu em seu Art. 25 alterações significativas à Lei nº 10.522/02, acrescentando os Art. 20-B, 20-C, 20-D e 20-E. Especificamente, disciplinou:

Art. 20-B. Inscrito o crédito em dívida ativa da União, o devedor será notificado para, em até cinco dias, efetuar o pagamento do valor atualizado [...]

§3º Não pago o débito no prazo fixado no caput deste artigo, a Fazenda Pública poderá:

II - averbar, inclusive por meio eletrônico, a certidão de dívida ativa nos órgãos de registro de bens e direitos sujeitos a arresto ou penhora, tornando-os indisponíveis (BRASIL, 2018).

A referida norma possibilitou a constrição unilateral de bens por meio da averbação da Certidão de Dívida Ativa em órgãos públicos, dispensando a necessidade de decisão judicial, uma medida que possibilitou à Administração Tributária da União Federal adotar mecanismos indiretos para acautelar o crédito tributário, haja vista as dificuldades enfrentadas pelo Fisco para recuperar o crédito tributário nas ações de execuções fiscais.

Ocorre que a determinação legal contrariou formalmente e materialmente a Constituição, pois não observou o procedimento legislativo acautelado pela Lei Maior, bem como ofende direitos fundamentais, consoante será doravante demonstrado.

3.1 Inconstitucionalidade Formal: Normas Gerais em Matéria Tributária

Conforme apontado em tópico específico (2.3), tem-se a inconstitucionalidade formal quando verificado vício no processo legislativo infraconstitucional, isto porque “a Constituição prevê quem, dentro da estrutura do Estado, pode editar normas ou praticar atos a respeito de determinado assunto” (BARCELLOS, 2018, p. 505).

A Constituição Federal acautelou em seu Art. 59 que o processo legislativo brasileiro compreende a elaboração de emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias e leis delegadas, bem como a edição de medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.

Segundo Bulos (2018), inexistente hierarquia entre as espécies normativas acauteladas no Art. 59 da CRFB/88, pois o que existe é a previsão abstrata delas. Todavia, se passarem pelo processo legislativo, concretizando-se na ordem jurídica, haveria hierarquia porque o constituinte estabeleceu, especificamente, quais os temas deveriam ser disciplinados por uma ou outra espécie normativa.

Tal afirmativa é verificada pelo quórum de aprovação de Leis Complementares e Ordinárias disciplinado na Constituição que, no primeiro caso, exige a maioria absoluta dos parlamentares para sua respectiva aprovação (Art. 69, CRFB/88), enquanto a lei ordinária impõe a maioria

simples (Art. 47, CRFB/88). Neste viés, Moraes assevera que:

A razão de existência da lei complementar consubstancia-se no fato de o legislador constituinte ter entendido que determinadas matérias, apesar da evidente importância, não deveriam ser regulamentadas na própria Constituição Federal, sob pena de engessamento de futuras alterações; mas, ao mesmo tempo, não poderiam comportar constantes alterações através de um processo legislativo ordinário. O legislador constituinte pretendeu resguardar determinadas matérias de caráter infraconstitucional contra alterações volúveis e constantes, sem, porém, lhes exigir a rigidez que impedisse a modificação de seu tratamento, assim que necessário (MORAES, 2017, p. 703).

Igualmente, cumpre mencionar que a doutrina majoritária sustenta que a matéria reservada à Lei Complementar deve vir expressa no texto constitucional. Nessa toada, ao possibilitar à Fazenda Pública, unilateralmente, averbar a Certidão de Dívida Ativa (CDA) nos órgãos de registro de bens e direitos, tornando indisponíveis bens de devedores de tributos federais, o legislador estabeleceu privilégios e garantias do crédito tributário, matéria reservada à Lei Complementar Nacional, consoante acautela a CRFB/88:

Art. 146. Cabe à lei complementar: I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar; III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes; b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários [...] (BRASIL, 1988, p. 48).

Coelho (2018, p. 75) defende que as normas gerais de Direito Tributário veiculadas pelas leis complementares “são eficazes em todo o território nacional, acompanhando o âmbito de validade espacial destas, e se endereçam aos legisladores das três ordens de governo da Federação, em verdade, seus destinatários”.

O STF possui entendimento pacificado pela inconstitucionalidade formal de leis ordinárias Federais, Estaduais e Distritais que versem sobre matérias acauteladas no Art. 146, III, b, da CRFB/88. No Recurso Extraordinário 556.664/RS, entendeu-se:

PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. As normas relativas à prescrição e à decadência tributárias têm natureza de normas gerais de direito tributário, cuja disciplina é reservada a lei complementar, tanto sob a Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, b, III, da CF de 1988). Interpretação que preserva a força normativa da Constituição, que prevê disciplina homogênea, em âmbito nacional, da prescrição, decadência, obrigação e crédito tributários. Permitir regulação distinta sobre esses temas, pelos diversos entes da federação, implicaria prejuízo à vedação de tratamento desigual entre contribuintes em

situação equivalente e à segurança jurídica (BRASIL, 2008, p. 1).

No parecer nº 406/2018, em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.886/DF a Procuradora-Geral da República reconheceu a inconstitucionalidade da Lei nº 13.606/18, apontando a necessidade de Lei Complementar para dispor sobre privilégios e garantias do crédito tributário:

Norma sobre a averbação da CDA no registro de bens e direitos, com a finalidade de declaração da indisponibilidade de bens do devedor, independentemente de determinação judicial, encontra-se no contexto de privilégios e garantias do crédito tributário, matéria reservada à lei complementar nacional, nos termos do art. 146-III-*b* da Constituição. Considerar como procedimental norma sobre atributos do crédito tributário, submetendo-lhe à competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, seria admitir a atuação legislativa suplementar dos entes federados para dispor sobre tema que demanda tratamento nacional e uniforme, a fim de assegurar a racionalidade e a unicidade do sistema tributário [...] (BRASIL, 2018, p. 6).

Portanto, o Art. 20-B, §3º, II Lei nº 13.606/18 é formalmente inconstitucional, uma vez verificado vício no processo legislativo infraconstitucional que violou o Texto Constitucional, por versar acerca de matéria reservada à Lei Complementar, sendo que a norma supracitada constitui espécie normativa ordinária aprovada por maioria simples.

3.2 Inconstitucionalidade Material

O processo legislativo brasileiro deve observância às regras procedimentais e substancias da Constituição. Não basta a adequação formal da norma e violação ao conteúdo, pois “o ato que contrarie alguma matéria constante da Constituição deverá ser declarado inconstitucional, pouco importando que tenham sido observadas as formalidades para a sua aprovação e promulgação.” (PIMENTA, 2009, p. 240).

Todavia, a constrição unilateral dos bens de devedores do crédito tributário da União, salvaguardada pela Lei nº 13.606/18 violou frontalmente o conteúdo substancial da Constituição, uma vez que limitou direitos e garantias fundamentais.

3.2.1 O Direito fundamental à propriedade e seus elementos constitutivos: usar, gozar, dispor e reaver

O direito à propriedade foi assegurado no Art. 5º, XXII, da CRFB/88, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros a inviolabilidade do direito à propriedade. A referida norma é reflexo da Declaração Universal dos Direitos Humanos que estatuiu em seu Art. 17 o dispositivo que toda pessoa tem direito à propriedade, individual ou coletiva, e ninguém será privado de seu bem arbitrariamente. Ademais, estabeleceu o constituinte que a propriedade deverá cumprir sua função

social.

Consoante Tartuce (2019), é preciso compreender a propriedade como direito fundamental do ser humano. Assim, “o direito de propriedade é a expressão jurídica da propriedade. Revela o poder atribuído pela Constituição para o indivíduo usar, gozar e dispor da coisa.” (BULOS, 2018, p. 626).

Neste viés, estabeleceu o Art. 1.228 do Código Civil que o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha (BRASIL, 2002). Segundo Gonçalves,

Quando todos os aludidos elementos constitutivos estiverem reunidos em uma só pessoa, será ela titular da propriedade plena. Se, entretanto, ocorrer o fenômeno do desmembramento, passando um ou alguns deles a ser exercidos por outra pessoa, diz-se que a propriedade é limitada (GONÇALVES, 2018, p. 225).

Por sua vez, o Art. 1.231 do Código Civil confere à propriedade o atributo da exclusividade, que assegura ao proprietário o direito constitucional de exercer livremente à propriedade sem a oposição de terceiros (BRASIL, 2002).

Monteiro (2000) sustenta que o elemento dispor é o mais importante do direito de propriedade. Dentre as faculdades atribuídas à propriedade pelo ordenamento jurídico pátrio, o poder de disposição da coisa “consiste na capacidade de o proprietário se desfazer do objeto, seja consumindo-o, alienando-o ou dando-lhe qualquer outra destinação, atendidos os requisitos de lei.” (NADER, 2016, p. 97).

É nesta seara que a Lei nº 13.606/18 diverge materialmente da Constituição Federal. Com o acréscimo do Art. 20-B à lei da Lei nº 10.522/02, o elemento dispor foi profundamente atingido pela Fazenda Pública, pois a alteração legal possibilitou à Fazenda, unilateralmente, sem observância ao devido processo legal (Art. 5º, LIV, CRFB/99), limitar direito fundamental à propriedade.

A referida medida mostra-se contrária aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, haja vista que o Supremo Tribunal Federal, conforme asseverado neste trabalho, já pacificou o entendimento que a imposição de sanções políticas como instrumento coercitivo para o adimplemento do crédito tributário vai de encontro aos direitos e garantias fundamentais quando impostas de forma desarrazoada.

É o que se verifica do parecer nº 406/2018, em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.886/DF, cuja Procuradora-Geral da República salientou:

De acordo com a jurisprudência do STF, as medidas coercitivas definidas com o objetivo de assegurar o pagamento do crédito tributário devem ser avaliadas segundo os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Dessa forma, será considerada sanção política incompatível com a ordem constitucional a medida que limita de maneira desproporcional o exercício de direitos fundamentais pelo sujeito passivo (BRASIL, 2018b, p. 8).

Igualmente, no julgamento da ADI 5.135/DF, o Ministro Roberto Barroso ratificou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no que tange à vedação de meios coercitivos para a cobrança de tributos:

Esta Corte possui entendimento há muito consolidado no sentido da inconstitucionalidade do emprego, pelo Poder Público, das denominadas sanções políticas, morais ou indiretas, i.e., de meios não arrecadatórios, gravosos e desproporcionais de coerção estatal com o objetivo de forçar o contribuinte a pagar os tributos devidos. A jurisprudência histórica do Supremo sobre o tema foi expressa nas Súmulas nº 70, 323 e 547, editadas anteriormente à Constituição de 1988, que julgaram inadmissíveis, como meios coercitivos para cobrança de tributos, (i) a interdição de estabelecimento, (ii) a apreensão de mercadorias, e (iii) a proibição de aquisição de estampilhas dos impostos e de despacho de mercadorias nas alfândega. (BRASIL, 2016, p. 4).

É sabido que os direitos e garantias fundamentais acautelados pela Constituição não são absolutos, admitindo-se limitações quando imperativos a garantir interesses disciplinados na própria Lei Maior. Todavia, verifica-se que o Art. 25 da Lei nº 13.606/18 é materialmente inconstitucional, pois a averbação pré-executória da CDA violou substancialmente o direito à propriedade, ligado intrinsecamente à dignidade da pessoa humana, balizada como fundamento da República Federativa do Brasil.

3.0.2 A Livre Iniciativa e o Livre Exercício da Atividade Econômica

A livre iniciativa foi estabelecida no Art. 170, IV, da CRFB/88 como princípio geral da ordem econômica e financeira, isto porque “o constituinte prestigiou uma economia de mercado, de cunho capitalista, priorizando o labor humano como valor constitucional supremo em relação aos demais valores integrantes da economia de mercado.” (BULOS, 2018, p. 1547).

Além disso, estabeleceu em seu artigo 170, parágrafo único, como corolário do princípio da livre iniciativa, o princípio da liberdade de exercício da atividade econômica, dispondo que a todos é assegurado o livre exercício de qualquer atividade econômica, prescindindo autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Ocorre que a determinação salvaguardada pela Lei nº 13.606/18, possibilitando a constrição unilateral de bens, igualmente atingiu o conteúdo substancial do comando constitucional da livre iniciativa (Art. 170, IV, CRFB/88) e o livre exercício da atividade econômica (Art. 5º, XIII, CRFB/88).

Quanto às restrições a direitos, cabe considerar, inicialmente, que o direito ao exercício de atividade econômica ou profissional não pode ser restringido em razão da pura e simples existência de débitos do contribuinte. Tratando-se de

direitos constitucionais, seria medida desproporcional tal restrição, mormente considerando que há meios próprios à disposição do Fisco para a cobrança dos seus créditos. Assim, medidas como a interdição de estabelecimento, não autorização da emissão de documentos fiscais, vedação da aquisição de estampilhas e cassação da habilitação profissional não são admitidas, constituindo o que se costuma designar de “sanções políticas”. (PAULSEN, 2018, p. 234).

Consoante mencionado neste trabalho, é pacífico o entendimento jurisprudencial em sede do Supremo Tribunal Federal que veda a imposição de sanções políticas no sentido de constranger o contribuinte, por vias extremas, ao adimplemento do crédito tributário.

Verifica-se que a referida norma obsta o exercício regular de princípios norteadores da ordem econômica brasileira, contrariando materialmente o Texto Constitucional, devendo ser declarada inconstitucional.

3.2.3 Violação ao Princípio Fundamental do Devido Processo Legal

A penhora administrativa unilateral violou, ainda, o princípio do devido processo legal acautelado expressamente no Art. 5º, LIV, da CRFB/88. O referido preceito constitucional assegura que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988, p. 11).

O devido processo legal funda-se no preceito de que aos brasileiros e estrangeiros residentes no país é assegurado um procedimento judicial ou administrativo justo. Segundo Moraes (2017, p. 112), tal princípio “configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa”.

O devido processo legal é corolário do contraditório e da ampla defesa, de modo que nos termos do Art. 5º, LV, da CRFB/88, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” (BRASIL, 1988, p. 11).

Conquanto, ao disciplinar que a Fazenda Pública poderá averbar a CDA nos órgãos de bens, tornando-os indisponíveis, o legislador atingiu materialmente a Constituição, restringindo unilateralmente direito à propriedade e dispensando a necessidade de decisão judicial para tornar indisponíveis bens do contribuinte devedor. O CTN estabeleceu que a indisponibilidade de bens dar-se-á através de decisão judicial:

Art. 185-A. Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam

cumprir a ordem judicial (BRASIL, 1966).

O Código Tributário Nacional, em observância à Lei Maior, disciplinou acerca da necessidade de decisão judicial para constrição de bens do contribuinte, respeitando os dispositivos indicado no Art. 5º, LIV e LV da CRFB/88. A norma observa os parâmetros da razoabilidade, pois em um Estado Democrático de Direito não se pode permitir medidas desarrazoadas que restrinja as liberdades do indivíduo, o que não se verifica na edição do Art. 25 da Lei nº 13.606/18.

A averbação pré-executória que viola o princípio de devido processo legal confere aos Procuradores-Gerais da Fazenda Nacional (PGFN) amplos poderes para averbarem, inclusive por meio eletrônico, a certidão de dívida ativa nos órgãos de registro de bens e direitos sujeitos a arresto ou penhora, tornando-os indisponíveis.

Todavia, faz-se mister destacar que no ordenamento jurídico pátrio a prerrogativa de tornar bens indisponíveis é conferida ao Poder Judiciário, sobretudo pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição que aduz em seu Art. 5º, XXXV, da CRFB/88 que “a lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” (BRASIL, 1988, p 10).

Destarte, face as violações aos princípios substanciais do devido processo legal, e seus corolários do contraditório e a ampla defesa, bem como a inafastabilidade da jurisdição, a Lei nº 13.606/18 é materialmente inconstitucional.

4 REGULAMENTAÇÃO DA AVERBAÇÃO PRÉ-EXECUTÓRIA ATRAVÉS DA PORTARIA PGFN Nº 33/18 E A POSSIBILIDADE DE NOVAS RESTRICÇÕES

O Procurador-Geral da Fazenda Nacional, no uso de suas atribuições legais conferidas pelo Art. 20-E da Lei nº 10.522/02, com redação dada pela Lei nº 13.606/18, editou, em 08 de fevereiro de 2018, a Portaria nº 33, com o escopo de regulamentar a disciplinar os procedimentos para o encaminhamento de débitos para fins em inscrição em dívida ativa da União, além de estabelecer critérios para apresentação de pedidos de revisão de dívida inscrita, oferta antecipada de bens e direitos à penhora e ajuizamento seletivo de execuções fiscais.

A Portaria supra, dividida em 14 capítulos, estabeleceu, especificamente em seu capítulo segundo, acerca do procedimento para notificação do contribuinte devedor e a regulamentação da cobrança extrajudicial do crédito tributário:

Art. 6º. Inscrito o débito em dívida ativa da União, o devedor será notificado para:

I - em até 05 (cinco) dias:

a) efetuar o pagamento do valor do débito atualizado monetariamente, acrescido de juros, multas e demais encargos; ou

b) parcelar o valor integral do débito, nos termos da legislação em vigor.

II - em até 10 (dez) dias:

II - em até 30 (trinta) dias: (Redação dada pelo(a) Portaria PGFN nº 42, de 25 de maio de 2018)

- a) ofertar antecipadamente garantia em execução fiscal; ou
- b) apresentar Pedido de Revisão de Dívida Inscrita (PRDI).

§ 1º. A notificação de que trata o caput será expedida por via eletrônica ou postal (BRASIL, 2018).

O Art. 7º da PGFN Nº 33/18 (BRASIL, 2018a) salvaguardou que, esgotado o prazo para pagamento e não adotada nenhuma das providências descritas no art. 6º, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional poderá: (i) protestar a Certidão de Dívida Ativa; (ii) comunicar a inscrição em dívida ativa aos órgãos que operam bancos de dados e cadastros relativos a consumidores e aos serviços de proteção ao crédito e congêneres; (iii) averbar, inclusive por meio eletrônico, a Certidão de Dívida Ativa nos órgãos de registro de bens e direitos sujeitos a arresto ou penhora, para fins de averbação pré-executória; (iv) cobrar a dívida mediante instituições financeiras públicas; (v) aplicação de multa por distribuição irregular de bonificações a acionistas, em observância ao Art. 32 da Lei nº 4.357; (vi) cancelamento de benefícios e/ou incentivos fiscais, inclusive vinculados ao Comércio Exterior; (vii) encaminhar representação aos bancos públicos para fins de não liberação de créditos oriundos de recursos públicos, repasses e financiamentos; (viii) representar junto à agências reguladoras para revogação de concessões e permissões de serviços públicos, além de outras providências estabelecidas no artigo em comento.

Ocorre que as novas restrições, além daquela objeto deste estudo, igualmente violam direitos fundamentais acautelados na Lei Maior, no Código Tributário Nacional e Lei de Execuções Fiscais, uma vez que comprometem o direito do contribuinte a uma existência digna e constituem, nitidamente, sanções políticas para a satisfação do crédito tributário.

5 AÇÕES DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE EM FACE DA LEI Nº 13.606/18

A Constituição Federal disciplinou em seu Art. 102, *caput*, que compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a Guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual criado em dissonância à Lei Maior. Nesse contexto, tramita perante a Corte Superior algumas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, que questionam as alterações promovidas pela lei objeto deste estudo, como a ADI 5881/DF, a ADI 5886/DF e a ADI 5890/DF.

As supracitadas ações indicam a inconstitucionalidade do Art. 25 da Lei nº 13.606/18 sob o aspecto formal e material, apontando: a) a reserva de lei complementar para o estabelecimento de normas sobre crédito tributário; b) a inobservância do devido processo legal substantivo e reserva de jurisdição; c) violação ao contraditório e ampla defesa; d) limitação ao direito de propriedade e sua função social; e) ofensa à livre iniciativa; e (f) transgressão ao princípio da isonomia.

A Procuradora-Geral da República, instada a se manifestar nas ações supramencionadas, seguiu o entendimento pela declaração de inconstitucionalidade formal e material do Art. 20-B,

§3º, II da Lei 10.522/2002, com redação da Lei nº 13.606/2018.

Portanto, aguarda-se o julgamento das ações do Controle Concentrado de Constitucionalidade que pretendem ver declarada a inconstitucionalidade do dispositivo legal objeto deste estudo, sendo que ao fechamento do presente trabalho verificou-se a determinação de inclusão em pauta para julgamento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei nº 13.606/18 institui o Programa de Regularização Tributária Rural (PTR) na Secretaria da Receita Federal do Brasil e na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, e confere à Administração Tributária a possibilidade de averbar a CDA nos órgãos de bens e direitos sujeitos a arresto ou penhora, tornando-os indisponíveis. Todavia, malgrado o legislador tenha pretendido dotar o Fisco de instrumentos extrajudiciais para a satisfação do crédito tributário, as alterações promovidas à Lei nº 10.522/02 violaram o Texto Constitucional.

A averbação pré-executória, instituto que se assemelha a averbação premonitória disciplinada no Art. 828 do Código Processual Civil é medida desarrazoada e desproporcional, visto que confere ao Fisco condição superior em relação ao contribuinte.

É sabido que o Estado necessita angariar recursos para satisfazer as necessidades coletivas, mas a força do Fisco não pode impor medidas no sentido de constranger o contribuinte, por vias extremas, ao adimplemento do crédito tributário, pois a medida configuraria sanção política, consoante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Neste diapasão, verificou-se que o Art. 20-B da Lei nº 10.022/02, acrescido pelo Art. 25 da lei 13.606/18, viola formalmente a Constituição, uma vez que a Lei Maior exige a necessidade de Lei Complementar para estabelecer privilégios e garantias do crédito tributário.

Ademais, apurou-se que a supracitada lei é materialmente inconstitucional, pois ofende preceitos básicos do Estado Democrático de Direito que confere aos cidadãos o direito à propriedade, à livre iniciativa e liberdade da atividade econômica e profissional, bem como garantias processuais que acautelam a inafastabilidade da jurisdição, e um devido processo legal pautado no contraditório e na ampla defesa.

Igualmente, verificou-se que a Portaria nº 33, de 08 de fevereiro de 2018, editada pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional para regulamentar a Lei objeto do presente estudo, estabeleceu novas restrições para satisfação do crédito tributário que violam os direitos fundamentais do contribuinte, e constituem, nitidamente, sanções políticas.

Por fim, constatou-se a existência de Ações Diretas de Inconstitucionalidade tramitando perante o Supremo Tribunal Federal que, indubitavelmente, confirmarão as inconstitucionalidades da Lei nº 13.606/18, isto porque a indisponibilidade de bens do devedor pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional constitui medida autoritária que produzirá inúmeras ações judiciais com o

escopo de suspender a aplicabilidade dos dispositivos objetos deste estudo, carecendo, portanto, que sejam declarados inconstitucionais.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário**. Salvador: JusPodivm, 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARRETO, Alex Muniz. **Direito constitucional positivo**. São Paulo: CL EDIJUR, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2015.

BRASIL. Lei nº 10.522/02, de 19 de julho de 2002. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, 22 jul. 2002, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10522.htm. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.606/18, de 09 de janeiro de 2018. Institui o Programa de Regularização Tributária Rural (PRR) na Secretaria da Receita Federal do Brasil e na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional; altera as Leis nºs 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.870, de 15 de abril de 1994, 9.528, de 10 de dezembro de 1997, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 10.522, de 19 de julho de 2002, 9.456, de 25 de abril de 1997, 13.001, de 20 de junho de 2014, 8.427, de 27 de maio de 1992, e 11.076, de 30 de dezembro de 2004, e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, 10 jan. 2018, p. 2. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/113606.htm. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 4.320/64, de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm. Acesso em: 8 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, 27 out. 1966, p. 12451. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm. Acesso em: 12 mar. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 6.830/80**, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 9.492/97**, de 10 de setembro de 1997. Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19492.htm. Acesso em: 30 mar. 2019.

BRASIL. Ministério da Economia. **Portaria PGFN n.º 33, de 08 de fevereiro de 2018**. Regulamenta os arts. 20-B e 20-C da Lei n.º 10.522, de 19 de julho de 2002 e disciplina os procedimentos para o encaminhamento de débitos para fins de inscrição em dívida ativa da União, bem como estabelece os critérios para apresentação de pedidos de revisão de dívida inscrita, para oferta antecipada de bens e direitos à penhora e para o ajuizamento seletivo de execuções fiscais. Brasília: Ministério da Economia, 2018a. Disponível em: http://www.pgfn.fazenda.gov.br/noticias/arquivos/2018/PORTARIA%20PGFN%20No%2033-2018%20-%20Averbacao_pre_executoria_PGFN_final%20%281%29.pdf/view. Acesso em: 28 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.886/DF**. Requerente: Associação Brasileira de Atacadistas e Distribuidores de Produtos Industrializados – ABAD. Relator: Ministro Marco Aurélio. 2018b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338655648&ext=.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.135/DF**. Relator(a): Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 09/11/2016. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000267499&base=baseAcordaos>. Acesso em: 18 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 915.424/SP**. Relator(a): Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 20/10/2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9895295>. Acesso em: 16 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 556.664-1/RS**. Relator (a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=561617>. Acesso em 28 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n.º 323**. É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos. Data de Aprovação Sessão Plenária de 13 dez. 1963a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=323.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 29 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n.º 547**. Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais. Data de Aprovação Sessão Plenária de 3 dez. 1969. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=547.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 29. mar. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 70**. É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo. Data de Aprovação Sessão Plenária de 13 dez. 1963b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=70.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 29 mar. 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018.

CASTRO, Eduardo Moreira Lima Rodrigues de. **Meios Alternativos de Cobrança de Tributos como Instrumentos de Justiça Fiscal**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2015.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

HARADA, Kiyoski. **Direito financeiro e tributário**. São Paulo: Atlas, 2018.

IPEA - INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional**. Brasília-DF: IPEA, 2011. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/111230_notatecnicadiest1.pdf. Acesso em: 24 mar. 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Manual de direito tributário**. São Paulo: Atlas, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito das coisas**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PIMENTA, Marcelo Vicente de Alkim. **Teoria da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das coisas**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Como citar: ALVES JUNIOR, José da Silva; PAIVA, Bruno Teixeira. Averbação pré-executória: a (in)constitucionalidade formal e material da Lei n.º 13.606/18. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 2, p. 195-218, ago. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n2p. 195. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 04/07/2019

Aprovado em: 01/05/2020

RESENHAS/REVIEWS

FRONTEIRA: A DEGRADAÇÃO DO OUTRO NOS CONFINOS DO HUMANO

FRONTIER: THE DEGRADATION OF THE OTHER IN THE HUMAN CONNECTIONS

MARTINS, José de Souza. **Fronteira**: a degradação do Outro nos confins do humano. São Paulo: Contexto, 2019.

Patrícia Rodrigues da Silva¹

A obra analisa aspectos da construção do conceito de fronteira, para além do aspecto geográfico, considerando suas implicações históricas, sociológicas e econômicas. José de Souza Martins discorre sobre as distinções entre as categorias frente pioneira e frente de expansão, nos territórios ocupados por povos indígenas na região da Amazônia brasileira.

Nesse ponto, vale uma consideração sobre a diferenciação entre frente pioneira e frente de expansão. O esforço sistemático de compreensão das relações de trabalho pela ótica do capitalismo e, eventualmente, orientador da natureza das atividades humanas, introduz uma concepção econômica ao conceito de frente pioneira. Entende-se como frente pioneira o avanço da unidade de produção capitalista e, em contraposição, a frente de expansão que afasta a ideia do espaço feito através da mediação do capital como, por exemplo, a ocupação indígena.

Considerando um cenário altamente conflitivo de humanidades, muito embora houvesse a idealização do humano idílico herdado da tradição filosófica e das idealizações dos humanistas, a fronteira é, sobretudo, um cenário de intolerância, ambição e morte. O discurso ensejador desse cenário altamente conflitivo perpassa as diferentes aspirações dos diversos grupos étnicos, e na concepção de fronteira como ponto limite de territórios que se redefinem continuamente.

Essencialmente interdisciplinar, a obra apresenta aportes teóricos sociológicos, antropológicos e históricos, que abarca questionamentos sobre a sociedade em que vivemos e a própria condição humana. A pesquisa empírica deriva de 30 anos de investigação nas frentes pioneiras do Brasil, em diferentes ocasiões e em diferentes pontos da região amazônica.

O questionamento fundamenta-se no caráter múltiplo da fronteira e na necessidade de deslocar o olhar racional e simplificado de um lugar que viabiliza existências: fronteira da civilização, fronteira espacial, fronteira de culturas e percepções de mundo, fronteira de etnias, fronteira da história e da historicidade do homem e, sobretudo, fronteira do humano.

A importância do tema reside na visibilidade de vivências que foram vítimas do processo

¹ Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC Goiás)E-mail: patricia.silva123@hotmail.com

de expansão e luta pela fronteira. O autor assume abertamente o lado da vítima, por compreender ser a narrativa moralmente mais justa. Manifesto não panfletário de suas tragédias e lutas, que denuncia as relações de violência que alcançam certas populações. Assim, para além da devastação florestal na Amazônia, a obra trata-se da invisibilidade da devastação humana que ocorre na frente pioneira do país.

A formação da identidade do povo brasileiro se constrói, também, nos próprios conflitos históricos. O caráter político da fronteira, não raro, permeado por massacres e assassinatos de índios e de trabalhadores da frente de expansão, é construído através de invasão e espoliação branca e capitalista de territórios – processo intensificado pela modalidade de desenvolvimento capitalista vigente na sociedade.

A discussão inicia-se com a análise dos raptos na situação de fronteira, com enfoque na captura de mulheres e crianças nas fronteiras étnicas do Brasil. Analisa o rapto de pessoa como uma espécie de morte cultural e social, feita pelos grupos tribais entre si, pelas comunidades indígenas e dos brancos em relação aos índios. Não reconhecer humanidade no outro, efetiva-se a ausência de alteridade.

Isso não significa dizer, no entanto, que o rapto assuma o mesmo significado e implicações nos distintos grupos. O rapto deve, necessariamente, prescindir da situação de fronteira que decorre do movimento frente de expansão nacional.

Ressalta-se a captura de índios nas primeiras décadas no século XX para sua escravização nos seringais da Amazônia, submetidos à peonagem e escravidão por dívida – período histórico que coincide com as primeiras tentativas de ocupação econômica da região, embora a região estivesse ocupada pela comunidade indígena e populações tradicionais. Muito embora a escravidão indígena juridicamente se torne proibida, o rapto de índios ganha uma nova faceta, a da genocida limpeza de áreas cobiçadas e invadidas pelos brancos para abertura de novas fazendas.

Martins reafirma a retórica marxista do escravismo como vetor do processo de organização do capital, tornando o outro (raptado) como sujeito de conflitos sociológicos e culturais.

A literatura especializada acerca do tema da reprodução do capital na frente pioneira e o renascimento da escravidão demonstra certo grau de complexidade de conceituação das relações trabalhistas existentes no Brasil. A abordagem adotada perpassa pela demonstração dessas relações com enforque, sobretudo, na escravidão e na peonagem, por serem desatreladas ao conceito de Justiça Econômica e manifestar seus impactos nas relações sociais hodiernas.

É válido supor que tais relações de trabalho não seguem um padrão contratual e juridicamente viável entre empresário e trabalhador. A acumulação capitalista da terra fomenta a dominação patrimonial e é apontada como núcleo do empobrecimento e do acirramento das tensões sociais.

Posteriormente, o autor desloca o olhar narrativo para os ainda mais silenciados pela história: mulheres, crianças, velhos, agregados da casa, dependentes aqueles que vivem de favor. A percepção desses sujeitos da situação de conflito confere um caráter empático na construção da análise da fronteira, feito através da escuta.

E, por fim, Martins conclui que, mesmo sendo seu posicionamento contrário à mentalidade dominante, a análise da situação de fronteira no Brasil perpassa inequivocamente, a situação do conflito social. A questão demanda sensibilidade crítica, e inaugura o diálogo para se promover mecanismos de autodeterminação de povos subalternos, fomentando as práticas de justiça econômica e social.

RESENHAS / REVIEWS

LAS ESFERAS JURÍDICAS DE DOS MUNDOS: BINOMIO POSESIÓN-DOMINIO

SUÁREZ BLÁZQUEZ, Guillermo. **Las esferas jurídicas de dos mundos: Binomio Posesión-Dominio**. Valência/Espanha: Tirant Lo Blanch, 2019. 258 p.

Eder Fernandes Monica¹

A relação entre posse e propriedade (possessão e domínio) tem sido motivo de debates ao longo dos tempos, no âmbito do direito e da filosofia. Desde a antiguidade, em questões atinentes a estes temas, os especialistas se dividiram, grosso modo, entre os que compreendem a posse (*possessio*) como um mero fato e os que a compreendem já como um direito, isso além de interpretações que a concebiam como algo que reúne ambos os elementos.

Este tema apresenta relevância, visto que a primazia de uma compreensão meramente fática com relação à posse abre caminho para a fluidificação da mesma, especialmente para a posse natural, não “juridificada” (reconhecida e estabelecida pelas vias judiciais). Assim, estabelece-se um espaço para a sua depreciação ante a propriedade positivada juridicamente em documentos muitas vezes arranjados em cartórios pelo mundo afora, sem considerar populações ou grupos que estivessem na posse natural de um bem ou objeto.

É nesse contexto que a obra *LAS ESFERAS JURÍDICAS DE DOS MUNDOS: Binomio Posesión-Dominio*, do Catedrático em Direito Romano da Universidade de Vigo, Dr. Guillermo Suárez Blázquez, publicada neste ano de 2019 pela renomada Editorial Tirant Lo Blanch, adquire relevância no cenário acadêmico e jurídico mundial.

Suárez Blázquez trata os referidos conceitos desde suas bases no direito romano, resgatando nos textos originais latinos os significados nem sempre bem compreendidos ou não atentamente trabalhados pelos comentadores do tema ao longo da história.

Graças a isso, Suárez Blázquez confronta concepções consagradas, como a de F. C. de Savigny e da tradição de interpretação da escola germânica, levando-nos a uma densa viagem no âmbito do tratamento dos termos jurídicos.

Suárez Blázquez diz que F. C. de Savigny, ao considerar a posse, a partir do direito romano,

¹ Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Professor adjunto da Faculdade de Direito da UFF. E-mail: ederfm@id.uff.br

como um fato, ainda que com conseqüências jurídicas, “desafinou” uma nota musical de uma partitura (o direito romano). Isso porque, enquanto o germânico interpretava a posse como um direito originário criado pelo homem, Suárez Blázquez nos remete a Cícero e às bases do direito romano, que tomava a posse natural enquanto gênero, da qual derivam a posse civil e outras, ou seja, são espécies.

A reflexão de Suárez Blázquez se estrutura em cinco capítulos, efetivando o resgate sintático-semântico e pragmático de termos latinos como *possessio, dominium, usus sin mancipium, usucapio, animus, corpus, uti possidetis, usurpatio, etc.*

No primeiro capítulo, o autor trata da posse como relação jurídica universal de equidade, resgatando elementos etimológicos, doutrinários e históricos que apontam para a natureza da posse. E ao falar desta natureza nos remeterá ao embate entre posse como fato e como direito.

No segundo capítulo, o tema enfocado envolve a discussão da propriedade, do domínio, tratando-o de maneira ampla e introduzindo a conexão entre posse e domínio que se dá pela usucapião.

Na continuidade, Suárez Blázquez enfoca a posse natural sob o prisma de um conceito jurídico de equidade universal, com suas implicações práticas no comércio internacional, nas relações internacionais e nas edificações em superfície.

A defesa da equidade universal da posse é fortalecido no quarto capítulo desta obra, quando o autor esmiúça os conceitos inerentes ao tema da posse (uso, usurpação, interrupção, interditos, etc.).

No quinto e derradeiro capítulo, o autor trata do duplo domínio (natural e civil), enfatizando-o como marco de seguridade jurídica processual e de equidade universal no direito romano, cuja presença é decisiva para as relações comerciais nacionais e internacionais de Roma, tanto no período republicano quanto imperial.

Suárez Blázquez deixa explícito, ao longo do livro, seu objetivo de defender a compreensão de que “La posesión es una relación jurídica natural que une al hombre con la cosa corporal”. Em tal relação jurídica natural há, no entender de Suárez Blázquez, a base para a equidade universal, que ultrapassa a lei civil:

Posesión es poder natural de equidad. Propiedad es poder y potestad civil. En la misma cosa, la ley natural hace que uno posea y la ley civil hace que otro sea dueño. Es por ello que, el dueño tiene acción contra el poseedor para reivindicar su propiedad. La ley civil no puede destruir la ley natural. La ley natural sí puede destruir la ley civil. El dominio civil no puede destruir la posesión natural de equidad. La posesión natural de equidad sí puede destruir el dominio civil. La posesión natural es superior al dominio civil. (2019, p. 11-12)

Toda esta reflexão vem ancorada em bibliografia clássica sobre o tema, mediante a discussão com autores pré-modernos e modernos, como Cícero, Sêneca, Papiniano e Ulpiano, Ihering, Savigny, Baldus e Buckland.

A obra em questão, por todos estes elementos, é provocadora e nos instiga à investigação

da cultura ocidental e do pensamento clássico para compreender sob novo viés uma relação complexa, o binômio posse-domínio, que como o próprio autor exalta já a partir do título de sua obra, constituem esferas jurídicas de dois mundos carentes de conciliação.