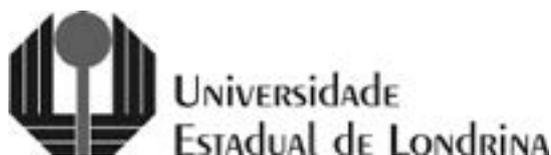




UNIVERSIDADE  
ESTADUAL DE LONDRINA



Revista do  
**DIREITO PÚBLICO**



REITORA  
Prof.<sup>a</sup>. Dr.<sup>a</sup>. Marta Regina Gimenez Favaro

VICE-REITOR  
Prof. Dr. Airton Petris

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

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

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

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

Revista do Direito Público / Universidade Estadual de Londrina.  
Centro de Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito  
Público. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. –  
Londrina: UEL, 2023; .v2 ; 29 cm.

Quadrimestral.

Descrição baseada em: v. 18, n.1, jan./abr. (2023).

ISSN: 1980-511X (online).

1. Direito Público – Periódicos. I. Universidade Estadual de Londrina.  
Centro de Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito Público.  
Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial.

CDU 342

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

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

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



Revista do  
**DIREITO PÚBLICO**

ISSN 1980551-X

MESTRADO E DOUTORADO EM  
DIREITO NEGOCIAL

DEPARTAMENTO DE  
DIREITO PÚBLICO



UNIVERSIDADE  
ESTADUAL DE LONDRINA



ISSN 1980-511X (eletrônico)  
Revista do Direito Público da UEL  
Volume 18, número 1, abr. 2023

### **EDITORES RESPONSÁVEIS / EDITORS**

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

### **EDITOR ASSOCIADO**

Doutorando José Ricardo Suter

### **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**

Adriano da Silva Ribeiro	Minas Gerais
Alexis Couto de Brito	São Paulo
Ana Paula Gonçalves Pereira de Barcellos	Rio de Janeiro
Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha	Rio de Janeiro
Carlos Mauricio Lociks de Araújo	Distrito Federal
Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio Rodrigues	Rio de Janeiro
Cristiano Gomes de Brito	Minas Gerais
Dirce Nazare de Andrade Ferreira	Espírito Santo
Eloy Pereira Lemos Junior	Minas Gerais
Francisco Antônio de Barros e Silva Neto	Pernambuco
Geziela Iensue	Mato Grosso do Sul
Gustavo Osna	Paraná
Hector Luiz Martins Figueira	Rio de Janeiro
Luiz Alberto Blanchet	Paraná
Luiza Landerdahl Christmann	Santa Catarina
João Porto Silvério Junior	Goiás
Marcelo Negri Soares	Paraná
Raquel Von Hohendorff	Rio Grande do Sul
Wilson Engelmann	Rio Grande do Sul

**ASSESSORIA TÉCNICA**  
Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)

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

## SUMÁRIO | CONTENT

<b>EDITORIAL.....</b>	<b>8</b>
<b>O EPISÓDIO DA “CAIXA-PRETA” DO BNDES E A DUPLA DIRECIONALIDADE: INCOMPATIBILIDADE E O RASTREIO PELA OPACIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO.....</b>	<b>10</b>
THE BNDES “BLACK BOX” EPISODE AND THE DOUBLE DIRECTIONALITY: INCOMPATIBILITY AND TRACY FOR OPACITY IN THE INFORMATION SOCIETY	
<i>Luis Delcides Rodrigues da Silva e Emerson Penha Malheiro</i>	
<b>DIRETRIZES DE GESTÃO DE RISCOS E DE INTEGRIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....</b>	<b>26</b>
MANAGEMENT GUIDELINES FOR RISKS AND INTEGRITY IN PUBLIC ADMINISTRATION	
<i>Luciana Cristina de Souza e Luiz Henrique Prodel Júnior</i>	
<b>A PRAGMÁTICA LINGUÍSTICA NO PROCEDIMENTO PENAL DO JÚRI: ANÁLISE DOS REQUISITOS PARA O DISCURSO RACIONAL EM TESE DEFENSIVA SUPRALEGAL ABSOLUTÓRIA.....</b>	<b>44</b>
LINGUISTIC PRAGMATICS IN THE CRIMINAL JURY PROCEDURE: AN ANALYSIS OF THE REQUIREMENTS FOR RATIONAL DISCOURSE IN SUPRA-LEGAL ACQUITTAL DEFENSE THESIS	
<i>Silvio José Farinholi Arcuri e Clodomiro José Bannwart Júnior</i>	
<b>RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL: APLICAÇÃO DO DIREITO DA SUSTENTABILIDADE NA ATUAÇÃO DOS PROFISSIONAIS JURÍDICOS EM DOURADOS/MS.....</b>	<b>63</b>
ENVIRONMENTAL CIVIL LIABILITY: APPLICATION OF SUSTAINABILITY IN THE PERFORMANCE OF LEGAL PROFESSIONALS IN DOURADOS/MS	
<i>Verônica Maria Bezerra Guimarães e Aline Soares da Silva</i>	
<b>A VÍTIMA E O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL.....</b>	<b>87</b>
THE VICTIM AND THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM	
<i>Gláucia Mayara Niedermeyer Orth e Mileny Eduarda Moleta</i>	
<b>TOQUE DE RECOLHER PARA CONTER A PANDEMIA DA COVID-19: UMA ANÁLISE JURÍDICA DOS DECRETOS.....</b>	<b>108</b>
CURFEW TO CONTAIN THE COVID-19 PANDEMIC: A LEGAL ANALYSIS OF DECREES.....	
<i>Joedson de Souza Delgado e Ana Paula Basso</i>	
<b>LIMITES E POSSIBILIDADES DO DIREITO ADMINISTRATIVO MUNICIPAL NO CONTEXTO DA COVID-19: ANÁLISE DO MUNICÍPIO DE VIÇOSA-MG.....</b>	<b>127</b>
LIMITS AND POSSIBILITIES OF MUNICIPAL ADMINISTRATIVE LAW IN THE CONTEXT OF COVID-19: ANALYSIS OF THE MUNICIPALITY OF VIÇOSA-MG	
<i>Davi Augusto Santana de Lelis e Mariana Suelen Martins Pimenta</i>	
<b>A FAZENDA PÚBLICA NA ARBITRAGEM: PECULIARIDADES E PROBLEMÁTICAS PROCESSUAIS.....</b>	<b>151</b>
THE PUBLIC POWER IN ARBITRATION: PECULIARITIES AND PROCEDURAL PROBLEMS	
<i>Sérgio Torres Teixeira e Alberto Jonathas Maia</i>	

<b>DA INCONSTITUCIONALIDADE DA CONDENAÇÃO AO DÉCUPLO DE CUSTAS PROCESSUAIS A AUTORES POPULARES E DIRETORES DE ASSOCIAÇÕES EM AÇÕES CIVIS PÚBLICAS.....</b>	<b>169</b>
THE UNCONSTITUTIONALITY OF CONDEMNATION TO THE TEN OF PROCEDURAL COSTS TO POPULAR AUTHORS AND DIRECTORS OF ASSOCIATIONS IN PUBLIC CIVIL ACTIONS	
<i>Mauricio Maia e Thiago Reis Augusto Rigamonti</i>	
<b>ACESSO À ÁGUA POTÁVEL PARA REDUÇÃO DE DESIGUALDADES EM TEMPOS DA COVID 19 NO BRASIL.....</b>	<b>191</b>
ACCESS TO POTABLE WATER TO REDUCE INEQUALITIES IN COVID 19 TIMES IN BRAZIL	
<i>Micheli Capuano Irigaray e Clovis Gorczewski</i>	
<b>A REFORMA TRABALHISTA DE 2017 E OS LIMITES DA AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA NO BRASIL.....</b>	<b>206</b>
THE 2017 LABOR REFORM AND THE LIMITS OF COLLECTIVE PRIVATE AUTONOMY IN BRAZIL	
<i>Gulliver Vasni Paroschi e Lourival José de Oliveira</i>	
<b>ESCASSEZ DE RECURSOS PÚBLICOS: UMA LEITURA A PARTIR DA SOLIDARIEDADE ENTRE OS ENTES FEDERADOS E AS PESSOAS .....</b>	<b>229</b>
SCARCITY OF PUBLIC RESOURCES: A READING FROM SOLIDARITY BETWEEN THE FEDERATED ENTITIES AND THE PEOPLE	
<i>Hugo Thamir Rodrigues e Marli Daniel</i>	
<b>RESENHAS.....</b>	<b>247</b>
<b>CAPÍTULOS 1 A 3 DA OBRA O DIREITO E OS DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>247</b>
<i>Francisco de Souza Dantas Muniz Cerantola</i>	
<b>RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA E O CÓDIGO CIVIL DE 2002 .....</b>	<b>250</b>
<i>Danyelle Rodrigues de Melo Nunes</i>	

## EDITORIAL

Apresentamos a edição de maio de 2023 (v. 18, n. 1) da Revista do Direito Público da Universidade Estadual de Londrina.

Inicialmente, destacamos que esse ano de publicações que se inicia marca uma nova fase de nossa revista, tanto do ponto de vista técnico, uma vez que inserimos totalmente nossos trabalhos na recente atualização do sistema de periódicos acadêmicos científicos da UEL, como também em face de nosso compromisso junto à comunidade acadêmica, ainda mais destacado e reafirmado, visto nossa nova classificação no Qualis junto à Capes, resultante da última avaliação: A2

Dito isto, passemos ao conteúdo da presente edição, a primeira do ano de 2023. Esta, por sua vez, é formada por textos elaborados por autores de nosso estado, o Paraná, e de todo o Brasil, com temas relacionados à mediação, acesso à justiça, Direito Ambiental, Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Penal, Direito do Trabalho, inovações tecnológicas, dentre outras temáticas.

No campo do Direito Administrativo e Constitucional, temos o artigo *“Toque de recolher para conter a pandemia da COVID-19: uma análise jurídica dos decretos”*, que busca investigar a legalidade do toque de recolher para fins de controle sanitário com base na legitimidade do estado realizado durante a pandemia recente que assolou nosso país.

Ainda nessa seara, o trabalho *“Limites e possibilidades do Direito Administrativo Municipal no contexto da COVID-19: análise do município de Viçosa-MG”*, tem o objetivo de analisar as medidas adotadas pela Prefeitura Municipal de Viçosa/MG frente à pandemia do COVID-19 sob uma ótica jurídica, ponderando se essas se mostravam constitucionais ou não.

Novamente na mesma senda temática, apontamos *“Escassez de recursos públicos: uma leitura a partir da solidariedade entre os entes federados e as pessoas”*, que objetiva analisar as consequências financeiras da pandemia do coronavírus (Covid-19), bem como os limites e possibilidades das políticas públicas frearem a disseminação do vírus.

Novamente no campo do Direito Administrativo, o artigo *“Diretrizes de gestão de riscos e de integridade na Administração Pública”* retrata parte de pesquisa científica CNPq em andamento na área de Gestão Pública, que almeja analisar o impacto das novas diretrizes sobre integridade das ações do Estado que foram publicadas nos últimos anos em nosso país.

Ainda desenvolvendo temas correlatos, aponta-se a pesquisa *“Acesso à água potável para redução de desigualdades em tempos da COVID 19 no Brasil”*, que visa responder se as políticas públicas de acesso à água potável podem ser um fator de redução de desigualdades sociais em tempos de pandemia.

Desenvolvendo os temas do acesso à informação, Direito Constitucional e Administração Pública, o trabalho *“O episódio da ‘caixa-preta’ do BNDES e a dupla direcionalidade: incompatibilidade e o rastreo pela opacidade na sociedade da informação”*, almeja apresentar a incessante busca pela transparência no BNDES durante o ano de 2019 e no ano subsequente.

Debatendo o Direito Constitucional e o Processo Civil Constitucional, o artigo *“Da inconstitucionalidade da condenação ao décuplo de custas processuais a autores populares e direitos de associações civis públicas”* busca avaliar a inconstitucionalidade das previsões normativas infraconstitucionais que prevejam

custeio de décuplo de custas judiciais a autores populares ou diretores de associações que promovem ações civis públicas, mediante análise de doutrina e jurisprudência, sob o método dedutivo.

Adentrando no Direito Ambiental, o texto “*Responsabilidade Civil Ambiental: aplicação do direito da sustentabilidade na atuação dos profissionais jurídicos em Dourados/MS*” busca entender como ocorre a aplicação do desenvolvimento sustentável através de normas jurídicas, regras e princípios, pelos aplicadores do direito em Dourados/MS, no que concerne à matéria de responsabilidade civil ambiental.

Partindo para o Direito Tributário e mediação, temos “*A Fazenda Pública na arbitragem: peculiaridades e problemáticas processuais*”, que visa abordar aspectos relevantes processuais envolvendo a fazenda pública no processo arbitral.

Já no âmbito penal, a pesquisa “*A vítima e o sistema de justiça criminal*”, tem como objetivo problematizar a participação da vítima no sistema de justiça criminal, reconhecendo suas necessidades e demandas direcionadas a este sistema.

Seguindo na seara penal, o artigo “*A pragmática linguística no procedimento penal do júri: análise dos requisitos para o discurso racional em tese defensiva supralegal absolutória*” busca defender a importância do discurso racional, em procedimento aberto, público e transparente, como forma de produzir decisões fundamentadas argumentativamente que dissipem o arbítrio e o isolacionismo subjetivista.

Por fim, partindo para o Direito do Trabalho, destacamos o texto “*A reforma trabalhista de 2017 e os limites da autonomia privada no Brasil*”, que se concentra em abordar o desvirtuamento do princípio da autonomia privada coletiva através das alterações promovidas pela Reforma Trabalhista de 2017 (Lei 13.467/2017), em relação ao negociado sobrepondo-se ao legislado.

Nessa edição nossa revista conta também com duas resenhas, que se debruçam sobre o livro “*Responsabilidade Tributária e o Código Civil de 2002*”, de Maria Rita Ferragut, e os capítulos 1 e 3 da obra “*O Direito e os Direitos Humanos*”, do autor Michel Villey.

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

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti  
Maio de 2023.

## O EPISÓDIO DA “CAIXA-PRETA” DO BNDES E A DUPLA DIRECIONALIDADE: INCOMPATIBILIDADE E O RASTREIO PELA OPACIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

THE BNDES “BLACK BOX” EPISODE AND THE  
DOUBLE DIRECTIONALITY: INCOMPATIBILITY  
AND TRACY FOR OPACITY IN THE  
INFORMATION SOCIETY

**Luis Delcides Rodrigues da Silva\***  
**Emerson Penha Malheiro\*\***

\*Graduado em Jornalismo pelas Faculdades Integradas Alcântara Machado (FIAM), Pós-graduação “lato sensu” em Marketing e Comunicação Integrada pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM) e Graduando em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Membro do Grupo de Pesquisa Direito Constitucional da Sociedade da Informação. Jornalista  
E-mail: luisdelcides@gmail.com

\*\*Pós-Doutor em Direitos Humanos pela Universidad de Salamanca (USAL) – Espanha. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos (UNIMES). Pós-Graduado com título de Especialista em Direito da Comunicação Digital e em Direito Penal pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU), e em Direitos Humanos pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Graduado em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU) e em Marketing pela Universidade Paulista (UNIP). Graduando em Filosofia pela Universidade de São Paulo (USP). Capacitado em Comércio Eletrônico, Internacional e Transgênicos pela Escola Prominas. Professor Doutor Permanente do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação e do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Autor de obras e artigos jurídicos. Professor Homenageado com a Lâurea do Mérito Docente (2017) da Comissão do Acadêmico de Direito da OABSP. Conferencista Emérito com a Lâurea do Mérito Cultural (2011) do Departamento de Cultura e Eventos da OABSP, Consultor (2016-2018) da Comissão do Acadêmico de Direito da OABSP e Advogado inscrito na OABSP  
E-mail: emersonmalheiro@gmail.com

**Como citar:** SILVA, Luis Delcides Rodrigues da; MALHEIRO, Emerson Penha. O episódio da “caixa-preta” no BNDES e a dupla direcionalidade: incompatibilidade e o rastreio pela opacidade na sociedade de informação. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 18, n. 1, p. 10-25, mai. 2023. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v18n1p. 10. ISSN: 1980-511X

**Resumo:** Apresente pesquisa aborda o episódio da “caixa preta” do BNDES e o movimento bidirecional em uma rota de cristalinidade em meio a Sociedade da informação. O objetivo deste trabalho é apresentar a perquirição governamental no banco estatal durante os anos de 2019 e 2020. Este estudo adota o método dedutivo, por meio da pesquisa qualitativo-bibliográfica no levantamento e fichamento de artigos, matérias jornalísticas e autores como Gilles Deleuze (1925-1995), Michel Foucault (1926-1984) e Byung Chul-Han (1963\*). Também é importante mencionar a consulta ao cabedal doutrinário acerca da temática proposta, Constituição Federal e a legislação vigente. Há a necessidade da contratação de duas bancas de advogados – uma nacional e outra internacional - para um trabalho em território nacional e notoriamente conhecida a transparência e rigor como o BNDES trata as suas questões? Este estudo conclui sobre o não cabimento a um Chefe de Estado, e muito menos a um presidente de uma instituição bancária, a prática da *Vita Activa* (ARENDR, 2007, p. 20), na ânsia de mostrar serviço para seus eleitores, seguidores e “adoradores” e passar por cima de dotações orçamentárias e recursos.

**Palavras-chave:** paradoxos; informações; abertura.

**Abstract:** The present research deals with the BNDES “black box” episode and the bidirectional movement on a crystallinity route amidst the Information Society. The aim of this paper is to

present the government perquisites in the state-owned bank during 2019 and 2020. This paper adopts the deductive method, through qualitative-bibliographic research in surveying and record articles, journalistic stories, and authors such as Gilles Deleuze (1925-1995), Michel Foucault (1926-1984) e Byung Chul-Han (1963\*). It is also important to mention the consultation of the doctrinal framework about the proposed theme, Federal Constitution and the legislation in force. Is there a need to hire two law firms - one national and the other international - for a work in national territory and notoriously known for the transparency and rigor with which the BNDES deals with its issues? This study concludes that it is inappropriate for a Head of State, and much less so for a president of a banking institution, to practice *vita Activia* (ARENDR, 2007, p. 20), in the eagerness to show service to his voters, followers and “worshippers” and bypass budget allocations and resources.

**Keywords:** paradox; informations; opening.

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa permeia sobre as nuances, devaneios e a bidirecionalidade da suprema autoridade pública brasileira sobre a abertura da “Caixa-Preta” do BNDES. Em meio a tantas justificativas sobre as contratações e investimentos para descobrir mais informações, especialmente quando a autoridade diz: “temos que descobrir o que tem na Caixa-Preta”, a necessidade de desempenho e fazer algo para mostrar serviço estiveram sempre a tona durante esse período.

Por ser um tema bastante oportuno e coincidente, especialmente durante o primeiro ano de uma gestão focada na transparência, na limpeza e na defesa dos bons costumes e das boas práticas, este foi objeto de pesquisa do grupo de Análise Econômica do Direito liderado pelo Prof. Dr. Marcelo Martins Guerra, focado no BNDES e o *Rent Seeking*, durante o ano de 2019 e através deste tema foi elaborado um artigo chamado “Caixa-Preta” do BNDES: Devir-Transparência, Sentidos e o Princípio da Transparência” onde resolvemos dissecar com profundidade acerca dos movimentos e a busca incessante pela transparência durante o primeiro ano de mandato do Presidente Jair Bolsonaro e a indicação de Gustavo Montezano para a presidência do Banco Estatal.

Em primeiro plano, é importante mencionar o levantamento de informações junto aos canais digitais e eletrônicos de imprensa sobre todas as informações referentes a movimentação do desvelo da “Caixa-Preta” e o desenrolar de toda essa trama, desde a saída de Joaquim Levy a entrada de Gustavo Montezano e o resultado final da história.

Quanto a pesquisa bibliográfica e os fichamentos, estes foram alicerçados nos ensinamentos de Byung-Chul Han, Gilles Deleuze, Michel Foucault, mencionar também sobre o portal do BNDES, ao traçar a história do termo “Caixa-Preta” e as ações bidirecionais tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, entre o vai e vem de permitir ou não permitir com relação a divulgação de informações.

Importante mencionar sobre o portal da transparência, sobre a sua importância ao cidadão, especialmente para esclarecê-lo a respeito do dinheiro público e, também, sobre a importância da gestão pública. Outra informação relevante é sobre a operacionalidade do portal, como os dados são divulgados para conhecimento do cidadão.

Outra menção de suma importância é sobre a movimentação do desvelo da “Caixa-Preta” e o quanto movimentou em informações desconstruídas, não fundamentadas, achismos, especialmente da parte do chefe do governo e uma terceirização da culpa constante, ao colocar a responsabilidade para outras gestões governamentais.

A presente pesquisa buscará o entendimento dos processos linguísticos, simbólicos e legais sobre essa busca desenfreada pela transparência e os investimentos vultuosos de uma economia emergente, com uma população abaixo da linha da pobreza e o mal uso do dinheiro público em nome de uma necessidade de desempenho, esta que se perdeu pelo caminho, deu voltas e ao final, o resultado foi o mais do mesmo: os dados sobre investimentos, empréstimos e financiamentos encontram-se expostos no portal do BNDES.

## 1 BIDIRECIONALIDADE E DEVIR

Ao alicerçar nos ensinamentos de Deleuze (1992, p.210) a história capta a efetuação dos acontecimentos em estados de coisa e este escapa a história. Logo, a trama, ao se transformar em um registro documental e memorial, não é apenas uma experimentação, mas um conjunto das condições quase negativas e estes possibilitam o escapar do enredo.

Para tratar de bidirecionalidade, é preciso solidificar nos escritos do puro devir, um dos primeiros estágios da obra de Deleuze (1974, p.1) e este possui a simultaneidade do furtar-se ao presente, não suporta a separação e nem a distinção do antes e do depois, do passado e do futuro. A sua essência é avançar, puxar nos dois sentidos ao mesmo tempo.

Para Deleuze (1974, p.1): “O bom senso é a afirmação de que, todas as coisas, há um sentido determinável; mas o paradoxo é a afirmação dos dois sentidos ao mesmo tempo”.

Contudo, há um movimento de vai e vem nessa chamada busca de transparência de uma autoridade pública com relação a uma instituição financeira, com vários anos de prática de transparência para todos acessarem livremente, conhecer os projetos e os investimentos feitos durante a gestão financeira do referido programa ao solicitar os recursos do banco estatal:

O que define a maioria é um modelo atual ao qual é preciso estar conforme: por exemplo, o europeu médio macho adulto habitante das cidades... Ao passo que uma maioria não tem modelo, é um devir, um processo. Pode-se dizer que a maioria não é ninguém. Todo mundo, sob um ou outro aspecto, está tomado por um devir minoritário que o arrastaria por caminhos desconhecidos caso consentisse em segui-lo. (DELEUZE, 1974, p.214)

Quando a massa cria modelos para si é a necessidade de se tornar majoritária e essa necessidade é inevitável para a sua sobrevivência. Como o povo é sempre uma minoria criadora e por permanecer ao conquistar uma maioria, as duas coisas podem coexistir pois não são vividas no mesmo plano (DELEUZE, 1992, p.214).

É uma linguagem que fixa os limites e ela ultrapassa e restitui à equivalência de um devir ilimitado. Ao mesmo tempo em que o Eu precisa de Deus e do mundo, após a fusão dos substantivos e adjetivos e os nomes de parada são arrastados pelos verbos de puro devir e deslizam na linguagem dos acontecimentos, a identidade se perde para o eu, o mundo e Deus (DELEUZE, 1974, p.5).

Contudo, por estabelecer marcos e esta perpassar e resgata a equidade de um devir sem limites. É perceptível uma defesa as tradições, a moral e ao mesmo tempo há um protecionismo, semelhante a ave mãe ao proteger a sua ninhada ou ao usar um provérbio popular “minha farinha, meu pirão primeiro”. Logo, as escorregadelas da linguagem e a dúplice discursiva da autoridade serão explicadas no trecho a seguir.

## 1.1 A DUPLICIDADE HUMANA

Para Foucault (1999, p.417) há um negligenciamento pleno da relação das manifestações desde Galileu e Descartes e este reencontra a complexa relação das representações, das identidades, das ordens e das palavras, dos seres naturais, dos desejos e dos interesses, a partir de um momento de desfazimento da grande rede e as necessidades se organizaram por si mesmas sua produção em que os seres vivos voltaram para as funções essenciais da vida.

Há uma diáde no discurso da autoridade pública na ânsia pela busca por transparência. O discurso do “Vamos abrir a Caixa Preta do BNDES” revela essa duplicidade entre a representação do “cidadão de bem” para o “Governador Herodiano”, ao fazer uma alusão a história bíblica do Rei Herodes ( 42 a.C-7a.C.) uma autoridade também tomada por devires e de atitudes tão dúplices a ponto de proteger seus filhos de qualquer investigação:

O fracionamento da linguagem, contemporâneo de sua passagem à objetividade filológica, seria então apenas a consequência mais recentemente visível (porque a secreta e a mais fundamental) da ruptura da ordem clássica; esforçando-nos por dominar essa quebra e fazer aparecer a linguagem por inteiro, levaríamos ao seu termo o que passou antes de nós (FOUCAULT, 1999, p. 421).

Mesmo diante da utilização da gramática e da economia ao analisar as necessidades do indivíduo, desejos e memória e imaginação, há uma relação positiva entre natureza e natureza humana, o homem pode entrar no mundo na soberania de um discurso que tem o poder de representar a sua representação (FOUCAULT, 1999, p.425).

Diante desse imbricamento entre a natureza humana, discurso e o uso da linguagem, existe uma busca incessante pela transparência e como fazer para descobrir a tal da “Caixa Preta” que incomoda tanto uma autoridade a ponto de trocar o comando de uma instituição. No próximo capítulo será tratado sobre o conceito de transparência.

## 2 PARADOXOS

Para Deleuze (1974, p.77), os paradoxos são apenas recreações quando os consideramos como iniciativas do pensamento; não quando os consideramos como a “Paixão do Pensamento”, descobrindo o que não pode ser senão pensado, o que se pode ser ou não falado, o que também é inefável e o impensável.

A força dos paradoxos, conforme o entendimento de Deleuze (1974, p.77) reside na sua não contrariedade e fazem assistir a gênese da contradição. O princípio da contradição se aplica ao real e ao possível, mas não ao impossível do qual deriva aos paradoxos, ou antes, que representam os paradoxos.

Os paradoxos de significação são essencialmente o conjunto anormal – diferentes tipos - e

o elemento rebelde – pertence aos dois subconjuntos que determina. Os paradoxos do sentido são a subdivisão do infinito (sempre passado-futuro e jamais presente) e a distribuição nômade (repartir-se em um espaço aberto ao invés de repartir em um espaço fechado). O senso único exprime a existência de uma ordem de acordo com qual é preciso escolher uma direção e fixar-se a ela, pois esta direção é facilmente determinada como a que vai do mais diferenciado ao menos diferenciado, da parte das coisas a parte do fogo. A flecha do tempo é na medida em que é definido um sistema individual e menos diferenciado como futuro e como fim. (DELEUZE, 1974, p.77,78)

Para Deleuze (1974, p.78) o bom senso desempenha papel capital na determinação da significação, mas não desempenha nenhum na doação de sentido. O bom senso vem em segundo lugar, pois a distribuição sedentária que opera, pressupõe outra distribuição, como o problema dos cercados que supõe um primeiro espaço livre, aberto, ilimitado, franco de colina ou encosta. Bastaria apenas dizer que o paradoxo segue outro caminho, oposta ao bom senso e vai do menos diferenciado ao mais diferenciado.

O paradoxo é a subversão simultânea do bom senso e do senso comum: de um lado ele aparece com os dois sentidos do devir-louco, imprevisível e, de outro lado, com o não senso da identidade perdida, irreconhecível. Logo é possível propor um quadro do desenvolvimento da linguagem em superfície e da doação do sentido na fronteira das proposições e das coisas. O sentido é o atributo do estado de coisas, mas não se confunde com os estados de coisas ao qual ele se atribui com as coisas e as qualidades que o efetuam (DELEUZE, 1974, p.81).

## 2.1 O PARADOXO DO PURO DEVIR

De acordo com Deleuze (1974, p.1), o devir furta-se ao presente e não suporta a separação nem a distinção do antes e do depois, do passado e do futuro. Pertence a essência do devir avançar, puxar nos dois sentidos ao mesmo tempo. O bom senso é a afirmação de que, em todas as coisas, há um sentido determinável; mas o paradoxo é a afirmação dos dois sentidos ao mesmo tempo.

Deleuze (1974,p.1) ao mencionar Platão, quando este faz um convite para a distinção de duas dimensões: 1º) das coisas limitadas e medidas, das qualidades fixas, que sejam permanentes ou temporárias 2º) Um puro devir sem medida, verdadeiro devir-louco, que não se detém nunca, nos dois sentidos ao mesmo tempo, sempre furtando-se ao presente, fazendo coincidir o futuro e o passado, o mais e o menos, o demasiado e o insuficiente na simultaneidades de uma matéria indócil.

Ao reconhecer a dualidade platônica, mais profunda, mais secreta, subterrânea, quem recebe a ação da ideia e o que subtrai a esta ação, Deleuze (1974, p.2) delimita mais acerca do puro devir: “Não é a distinção do Modelo e da cópia, mas a das cópias e dos simulacros. O puro devir, o ilimitado, é a matéria do simulacro, na medida em que se furta à ação da ideia, na medida em que contesta ao mesmo tempo tanto o modelo como a cópia”.

Portanto, para Deleuze (1974, p.2), o eu pessoal tem necessidade de Deus e do mundo em geral. Ao fundirem-se os substantivos e adjetivos começaram a fundir, quando os nomes de parada

e repouso são arrastados pelos verbos de puro devir e deslizam na linguagem dos acontecimentos, toda identidade se perde para o eu, o mundo e Deus. É a provação do saber e da declamação, em que as palavras vêm enviesadas, empurradas de viés pelos verbos. A incerteza pessoal não é uma dúvida exterior ao que se passa, mas uma estrutura objetiva do próprio acontecimento, na medida em que sempre vai nos dois sentidos ao mesmo tempo e que esqueteja o sujeito segundo esta dupla direção. O paradoxo é o que destrói o bom senso como sentido único, mas o que destrói o senso comum como designação de identidades fixas.

## 2.2 O PARADOXO E A BUSCA DA TRANSPARÊNCIA

Para Chul-Han (2016, p.8), a exigência de transparência intensifica-se de tal modo a tomar um fetiche e um tema totalizante, ao remontar a uma mudança de paradigma que não se limita ao âmbito da política e da sociedade.

Dessa forma, a sociedade da negatividade dá espaço a uma sociedade em desconstrução a negatividade e constitui-se a favor da positividade. Uma sociedade que se torna positiva quando elimina qualquer negatividade, sem resistência ao curso raso do capital, da comunicação e da informação.

O tempo torna-se transparente quando é nivelado de um presente disponível e o futuro é positivado em um presente otimizado. Assim, Chul-Han (2016, p.8), descreve sucintamente sobre o tempo:

o tempo transparente é um tempo sem destino e sem evento. As imagens tornaram-se transparentes quando despojadas de qualquer dramaturgia, coreografia e cenografia, de toda profundidade hermenêutica, de todo sentido, tornaram-se pornográficas, que é o contato imediato entre imagem e olho (CHUL-HAN, 2016, p.8).

A descrição de Chul-Han (2016) harmoniza-se com os escritos de Deleuze (1974, p.3), ao descrever sobre o puro devir, quando este se furta ao presente e não suporta a separação, nem a distinção do antes e do depois, do passado e do futuro. E os acontecimentos desfrutam de uma irreabilidade que se comunica ao saber e as pessoas através da linguagem.

Não dá para relacionar a transparência apenas com a corrupção e a liberdade de informação é um intenso desconhecimento por ser uma coação sistêmica e abraçar todos os processos sociais submetendo-os a uma modificação profunda. O sistema submete todos os processos a uma coação por transparência para operacionalizar e acelerar esses processos (CHUL-HAN, 2016, p.9).

Ao observar a busca intensa da transparência pelos atores governamentais esta torna-se paradoxal, a incerteza pessoal interior não é uma dúvida exterior ao que se passa, mas é sempre na bidirecionalidade e esqueteja o sujeito segundo esta direção. Portanto, para Deleuze (1974, p.4): “O Paradoxo é, em primeiro lugar, o que destrói o bom senso como sentido único, mas em seguida, o que destrói o senso comum como designação de identidades fixas”.

A investigação da Caixa-Preta não é apenas um mero acontecimento. Trata-se de um paradoxo, uma busca da transparência já existente na instituição, com acesso disponível a todo o público. Logo, não faz sentido tantos investimentos de um governo para “abrir a caixa-preta”, contratar escritórios e após tantos investimentos não foi localizado nada. É paradoxal essa busca da transparência por parte de um gestor público. Como preleciona Chul-Han (2016, p.9) “É uma linguagem puramente mecânica, operacional e elimina toda a ambivalência”.

No próximo capítulo será estudada acerca do Portal da transparência e a importância que esta tem para as práticas de accountability e esta encontra alicerces nos princípios estabelecidos pela Constituição Federal, especialmente ao tratar sobre o princípio da transparência e da publicidade dos atos.

### 3 TRANSPARÊNCIA: UM PROJETO HERÓICO

Ao debruçar nas pesquisas de Chul-Han (2016, p.43) há uma sociedade do desencobrimento e este faz uma referência ao pensador Jean-Jacques Rousseau ao tratar sobre as discussões sobre verdade e confissão e, conseqüentemente, há uma mudança de paradigma e exemplifica sobre o posicionamento do referido pensador sobre a sua crítica a construção do teatro em Genf, por ter uma atitude dissimuladora, da aparência e da sedução e neste lugar faltaria toda e qualquer transparência.

Portanto, ao fazer um paralelo com a atitude da autoridade maior nacional, a ideia do “vamos abrir a caixa preta” foi nada mais do que um projeto heroico de um governante onde, para mostrar desempenho, força, resolveu tirar um presidente, que conhecia muito bem toda a gestão do banco estatal e por um capricho, um ideário de honestidade, resolve trocar o presidente da instituição por mero desejo de desempenho.

Logo, o tal projeto heroico da transparência, de rasgar todos os véus, trazer a luz e expulsar a obscuridade, esta geradora da violência e, ao proibir a construção do teatro tem a concessão de um projeto totalitário esboçado por Rousseau e este prefere as cidades menores, pelo desejo de controle e vigilância. Um imperativo moral:

A “casa sagrada com cobertura, muros, janelas e porta”, é hoje, de qualquer modo, “traspassada” por “cabos materiais e imateriais”. Desmorona em “ruína pelas rachaduras do vento que sopra da comunicação. O vento digital da comunicação e da informação penetra tudo e torna tudo transparente. Ele atua através da sociedade da transparência; mas a rede digital como *médium* da transparência não está submetida a um imperativo moral (CHUL-HAN, 2016, p.44).

Logo, esse projeto heroico de transparência é um fetiche, é uma linguagem adotada um chefe de governo com intenso desejo de mostrar desempenho e através da vida digitalizada, começa a entrar na casa das pessoas e traz uma impressão de transparência. Portanto, a atuação

virtual como mediador de uma translucidez, não está debaixo de um domínio moral.

Contudo, essa ânsia de chamar a atenção, voltar os holofotes para o administrador público, este que busca iluminação total e exploração máxima, passa aos efeitos de superfície, um dos próximos temas a serem discutidos a seguir.

### 3.1 DECORRÊNCIA DA EXTERIORIDADE

Para Deleuze (1974, p.5), ao tomar como referência a distinção feita pelos Estoicos, o presente acompanha a extensão do ato, exprime e mede a ação do agente e a paixão do paciente. Logo, não há causas e efeitos entre os corpos, todos os corpos são causas, uns com relação aos outros e uns para os outros. Em segundo lugar, todos os corpos são causas uns para os outros e esses corpos não são considerados efeitos por serem atributos lógicos ou dialéticos.

São acontecimentos, não estado de coisas; são Verbos, não são adjetivos ou substantivos; são resultados de ações e paixões, não são agentes e pacientes; são infinitos, não são presentes vivos. Só o presente existe no tempo e reúne, absorve o passado e o futuro, mas só o passado e o futuro insistem no tempo e dividem ao infinito cada presente (DELEUZE, 1974, p.6).

Ao aplicar toda a observação de Deleuze (1974) acerca dos efeitos de superfície, há um paralelo entre as ações populistas de um agente público, onde este é chamado de “mito” por populares e ao mesmo tempo criticado por outros. O ato de um chefe de Estado investir valores vultuosos em algo já existente, em plena funcionalidade, nada mais é do que resultado de uma paixão desenfreada, um impulso, um devir, onde este olha com veemência para o futuro e deseja fazer história através de seus devires:

O atributo não designa nenhuma qualidade real..., é sempre ao contrário expresso por um verbo, o que quer dizer que é não um ser, mas uma maneira de ser... Esta maneira de ser encontra de alguma forma no limite, na superfície de ser e não puder mudar na sua natureza: ela não é a bem dizer nem ativa e nem passiva, pois, passividade suporia uma natureza corporal que sofre uma ação. Ela é pura e simplesmente um resultado, um efeito não classificável entre os seres (DELEUZE, 1974, p.6)

Há misturas na profundidade dos corpos para Deleuze (1974). Ao haver simbioses, há desempenho, há a inimidade do prazer, há a negatividade do mistério e há uma estranheza da transparência em relação aos espaços de jogo e sedução (CHUL-HAN, 2016, p.20). O sujeito ocupado pelo devir da transparência essa aniquila os espaços de jogo conforme será apresentado a seguir na próxima seção.

### 3.2 SOCIEDADE DA EVIDÊNCIA

Para Chul-Han (2016, p. 20) pela sociedade da transparência ser inimiga do prazer, há uma dificuldade relacional entre ambos e, mesmo o sedutor com suas lanças e artimanhas, este

implanta sinais ambíguos como as práticas “politicamente corretas” e esta exige transparência e recusa da ambiguidade para assegurarem o máximo possível de liberdade e igualdade:

a transparência retira das coisas todo e qualquer atrativo, “proibindo a fantasia tecer suas possibilidades, para cuja perda não há realidade que possa nos compensar, pois é propriamente independência que, com o passar do tempo, não pode ser substituída por nada que se recebe ou se frua.”(CHUL-HAN, 2-16, p.20).

Ao alicerçar-se nos estudos em Kant, Chul-Han (2016, p.21) a supernitidez hiperreal e a supranitidez das imagens mediáticas paralisam e sufocam a fantasia. Pois conforme a referência do mencionado autor, a força da imaginação reside no jogo e pressupõe espaços de jogo indefinidos e ambos são imprecisos e obscuros. Não é transparente para si mesmo e a autotransparência caracteriza o entendimento ao trabalhar com conceitos claros e unívocos.

Como a transparência é um estado de simetria, a denominada sociedade da transparência busca eliminar todas as relações assimétricas. O poder gera um espaço livre e um espaço de jogo para a configuração política da sociedade e, em grande parte, o poder participa da produção de prazer, pois a chamada economia libidínica segue uma lógica de poder econômico. Portanto, o prazer será maior quando mais diversificados forem os modos estratégicos pelos quais são dirigidos os comportamentos dos indivíduos (CHUL-HAN, 2016, p.22).

O fascínio diante do obscuro não é raro para Chul-Han (2006, p.23). Como o manto figurativo torna a palavra mais erótica e a eleva como um objeto de desejo, ao ser apresentada quando recoberta, acontece uma dúplici situação: A negatividade da ocultação transforma a hermenêutica em erotismo e a descoberta se desvela prazerosamente. Portanto, a hermética do mistério não deve ser considerada algo diabólico a ponto de ser afastado de qualquer maneira em nome da transparência, mas é uma simbologia que gera profundidade.

#### 4 PORTAL DA TRANSPARÊNCIA

Lançado em 2004 pelo Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União em 2004, o portal é um site de acesso livre, onde o cidadão pode encontrar informações sobre como o dinheiro público é utilizado, além de se informar sobre os assuntos relacionados à gestão pública do Brasil.

O portal da transparência obedece aos princípios estabelecidos pela Constituição Federal, dispostos no artigo 37 “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”. no capítulo referente a administração pública e aos princípios, especialmente da legalidade, moralidade e eficiência administrativa.

A ferramenta ganhou novos recursos, aumentou a oferta de dados em todos os anos e consolidou-se como importante instrumento de controle social. Esta ferramenta é reconhecida

dentro e fora do país.

O projeto de reestruturação do portal iniciou-se em 2018 a fim de atender a crescente demanda e as obrigações de transparência com eximia eficiência. Dentre as novidades estão: as formas diversas de apresentação dos dados, mecanismo de busca integrado e intuitivo, melhor usabilidade, mais recursos gráficos, integração com redes sociais, maior e melhor oferta de dados abertos, adequação a plataformas móveis, maior interatividade para facilitar o acesso do cidadão aos dados expostos, especialmente sobre as informações referentes aos investimentos.

#### **4.1 O MODUS OPERANDI DO PORTAL**

Todos os dados divulgados no portal são provenientes de diversas fontes de informação – Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (SIAFI) e o Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos (SIAPE), as bases de benefícios sociais, as faturas de Cartão de Pagamentos do Governo Federal, as bases de imóveis funcionais.

Os órgãos encaminham seus dados a CGU. Esta recebe e disponibiliza as informações na ferramenta. A periodicidade de envio dos dados depende do assunto tratado, assim como a periodicidade da atualização das informações no Portal. Uma vez carregadas, as informações são disponibilizadas para conhecimento do cidadão de diversas formas: painéis, consultas detalhadas, gráficos e dados abertos.

Após as informações serem carregadas no Portal, estas são disponibilizadas para conhecimento do cidadão e seu acesso é livre, sem o uso de senha e usuário e este pode acessar livremente, para visualizar e utilizar os dados disponíveis da melhor forma que convier.

#### **4.2 POLÍTICAS DE TRANSPARÊNCIA E DE DIVULGAÇÃO DE INFORMAÇÕES DO SISTEMA BNDES**

É a política com a finalidade de orientar os colaboradores do BNDES sobre os princípios e diretrizes norteadores de suas atividades ao reforçar seu compromisso de ampliar o acesso as informações para a sociedade, respeitados os sigilos impostos pela legislação aplicável.

A missão do BNDES é fomentar o desenvolvimento sustentável e competitivo da economia brasileira, com geração de emprego e redução das desigualdades sociais e regionais. Este desempenho tem como fundamento a disseminação e a influência de princípios e procedimentos éticos e de responsabilidade social, tanto na iniciativa privada como no setor público.

A transparência, no entendimento do BNDES, promove a possibilidade de acompanhamento de suas atividades pela sociedade, o que é indispensável para o cumprimento exitoso de sua missão.

A política de transparência do BNDES foca na promoção desta em relação as suas atividades, estabelecer um ambiente de clareza e tem seus princípios alicerçados no Controle e Governança, Receptividade e Respeito à confidencialidade.

A política de divulgação de informações foi aprovada em 07 de novembro de 2017, pelo

Conselho de Administração do BNDES e em suas cláusulas disciplinam o uso e a divulgação de informações e esta é aplicável a todos os colaboradores das empresas do sistema BNDES conforme explicita o parágrafo 2º da referida resolução:

§2º Para fim desta política consideram-se:

I – Colaboradores: todas as pessoas envolvidas com o desenvolvimento de atividades para as empresas do sistema BNDES, integrantes do quadro permanente de pessoa do sistema BNDES ou não, incluindo prestadores de serviço, consultores, estagiários e administradores.

II – Empresas do sistema BNDES: conjunto de empresas compostos pelo BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONOMICO E SOCIAL-BNDES; BNDES Participações S.A, Agência Especial de Financiamento Industrial – FINAME; e BNDES Limited.(BNDES, 2017, § 2º)

De acordo com o art. 23 da Política de Divulgação de Informações, qualquer pessoa, seja física ou jurídica, poderá formular pedido de acesso a informações e este será apresentado em formulário padrão disponível no sítio eletrônico do sistema BNDES.

## 5 “CAIXA-PRETA”, *VITA-ACTIVA* E DEVIR

### 5.1 A ORIGEM DO TERMO “CAIXA-PRETA”

Conforme as informações do portal do BNDES<sup>7</sup>, a caixa preta é uma forma de dizer que algo é secreto, certas informações estão escondidas e poucos têm acesso. Após duras críticas do chefe maior do Estado Brasileiro sobre o termo, especialmente na sua ânsia em abrir, desvendar os mistérios do compartimento melânico, gerou mais dúvidas na população e mais questionamentos quanto as operações praticadas pela instituição.

O banco seguiu as orientações do Supremo Tribunal Federal (STF), onde em 2008 decidiu pela restrição do acesso do Tribunal de Contas da União (TCU) as informações do Banco Central (BC) protegidas pelo sigilo bancário. Até momentos antes da decisão pela Suprema Corte, a instituição concedia as informações por sigilo bancário ao Tribunal de Contas. Logo, o entendimento deste foi em acatar a decisão, pois geraria questionamentos legais para o Banco e seus empregados.

Após o TCU requerer uma série de documentos, o BNDES decidiu entrar com um Mandado de Segurança no STF a fim de proteger o sigilo bancários das seguintes informações: 1) Saldo devedor das operações de crédito, 2) Situação cadastral das empresas; 3) Situação de adimplência; 4) rating de crédito; 5) Estratégia Empresarial. O Tribunal de Contas não poderia alegar sigilo bancário para não passar os 5 itens, uma vez que as operações da instituição envolvem recursos públicos.

Após o STF decidir pela obrigatoriedade da informação dos dados completos das operações de crédito pelo BNDES ao Tribunal de Contas, a instituição acatou a decisão da Suprema Corte e

voltou a apresentar as informações requeridas ao TCU. Outro fato, importante ser citado, é durante o ano de 2012, quando o Ministério do Desenvolvimento da Indústria e Comércio (MDIC), a qual a instituição era subordinada, os contratos de financiamento a exportação de bens e serviços de engenharia para Cuba e Angola foram classificados pelo referido ministério.

## 5.2 *VITA ACTIVIA*

Para Hannah Arendt (2007, p.304): “pensamento e ação não são a mesma coisa”. Sim, a autora tem total razão e esta máxima aplica-se a atitude da autoridade pública, na vontade de mostrar serviço, resolve agir e dá continuidade a investimentos de gestões anteriores para abrir a “Caixa-Preta”.

Logo, os dias e meses passaram, e a conclusão é que não haviam indícios de irregularidades na tal Caixa. Os investimentos de R\$ 48 milhões, custeados pelo erário público, desde gestões anteriores a atual, conforme informações do portal Terra e do Estado de Minas e não apontou evidências sobre irregularidades na instituição.

Demonstra mais uma vez que todas as formas da *vita Activia* decaem da forma do patamar do trabalho, especialmente o produzir e o agir. A absolutização do trabalho caminha de mãos dadas com a evolução. As atividades humanas não mais apareciam como atividades, mas processos biológicos (CHUL-HAN, 2016, p.23).

Ao tomar por referência os conceitos destacados por Chul-Han (2016), ao apropriar-se das lições deixadas por Arendt (2007), há um intenso produzir e uma ação desenfreada, na busca pela investigação para mostrar desempenho e, ao mesmo tempo, por causa da prerrogativa do cargo, apenas emite um emaranhado de palavras para manifestar a sua mensagem para apenas satisfazer a população, especialmente os denominados “seguidores”.

## 5.3 O DEVR DA “CAIXA-PRETA”

O “devir da caixa preta” é uma busca desenfreada para mostrar serviço e desempenho. Entretanto, encontra-se neste artigo a bidirecionalidade das situações e todo um investimento em vão, com dinheiro público para uma prática costumeira da instituição que tem uma das fontes mais seguras sobre transparência pública.

A busca para descobrir as informações referentes a tal “Caixa-Preta” e a vontade de abri-la estava mais para um “mostrar serviço” do que uma fundamentação jurídica e levantamento de informações consistentes sobre os dados do BNDES. Pois este, já tem essa prática há muito tempo, com todos os dados sobre investimentos, informações e financiamentos para empresas, governos e outros entes particulares e privados.

Portanto, há uma bidirecionalidade nesse período de transição da presidência do BNDES, além de uma movimentação onde o olhar para o passado é frequente, especialmente após as matérias jornalísticas do primeiro semestre de 2020, quando foram divulgados sobre a ausência

de dados comprometedores e todas as informações referentes aos investimentos encontram-se expostas no portal.

Ao apropriar-se dos conceitos de Deleuze (1974, p.2) não houve uma distinção do modelo, mas das cópias e dos significados ao tratar a respeito da “Caixa-Preta”. Portanto, o invólucro negro, tão mencionado pelo agente público e, respectivamente, pelo presidente da instituição bancária foi interpretado como um simulacro e essa imagem terrivelmente – a palavra mais adequada, bastante mencionada pelo alto comando nacional – foi repassada e transmitida para o cidadão médio.

## CONCLUSÃO

A busca frenética pela transparência não é um simples acontecimento puro. Pois esta busca fere princípios resguardados pela Constituição Federal, especialmente sobre a administração pública e o desrespeito a legalidade e o uso dos recursos públicos para a aplicabilidade em uma situação que encontrava-se disponível e, apenas para agradar e mostrar serviço, continuou um investimento vultoso e sem eficácia nenhuma.

Importante reforçar sobre o período de abertura da Caixa-Preta e a transformação de operações realizadas pelo BNDES como um simulacro, uma simbologia cruel, odiosa e resultante em opiniões distorcidas, palavras vazias em meio a um “trabalho perdido”, após uma investigação de 8 meses, aproximadamente. Logo, os dados estão a mostra e estes foram aperfeiçoados em detrimento da Lei de Acesso a Informação e ao Portal da Transparência, lançado em 2004 pela Controladoria Geral da União.

Portanto, não cabe a um Chefe de Estado, e muito menos a um presidente de uma instituição bancária, por excesso de desempenho, a prática da *vita Activa*, para mostrar serviço para seus eleitores, seguidores e “adoradores” e passar por cima de dotações orçamentárias e recursos, estes ínfimos e necessários para o bom andamento do Estado. Fere princípios estabelecidos pelo artigo 37 da Carta Magna, especialmente ao referenciar-se sobre os recursos essenciais para o bom funcionamento do ente federativo.

Contudo, o tão cunhado termo “Caixa-Preta”, após o vai e vem e as bidirecionalidade do Supremo Tribunal Federal, entre divulgar e não divulgar as informações e, o chefe de Estado supremo, no prazer do desempenho e no propósito de abrir o misterioso invólucro, que não tem nada de mistério – os dados estão claros e nítidos no portal da instituição – nada mais do que é um dever de comando e a intenção é retirar o prazer das coisas e torna-las nítidas com práticas “politicamente corretas”.

## REFERÊNCIAS

**A história da “Caixa-Preta” do BNDES:** Disponível em: <<https://aberto.bndes.gov.br/aberto/caso/caixa-preta/>> Acesso em 25 de novembro de 2020

ARENDR, Hannah. **A Condição Humana**. 10º Ed. Ed. Forense Universitária. Rio De Janeiro, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Lei nº 12.527 de 18 de novembro de 2011 – **Lei de Acesso a informação**. Brasília, 2011. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm)> Acesso em 23 de nov. de 2020.

**Bolsonaro revela que Caixa-Preta do BNDES já foi aberta**. Terra, 21 de janeiro 2020. Disponível em: <https://www.terra.com.br/economia/bolsonaro-revela-que-caixa-preta-do-bndes-ja-foi-aberta,758e65f16258ddf9ac744af02c3b2b79es28zgji.html>> Acesso em 25 de novembro de 2020.

**Caixa-Preta do BNDES não apresenta evidências de corrupção**. Estado de Minas, 23 de janeiro de 2020. Disponível em: < [https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2020/01/23/internas\\_economia,1116263/caixa-preta-do-bndes-nao-apresenta-evidencias-de-corrupcao.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2020/01/23/internas_economia,1116263/caixa-preta-do-bndes-nao-apresenta-evidencias-de-corrupcao.shtml)> Acesso em 25 de novembro de 2020.

DELEUZE, Gilles. **Lógica do Sentido**; tradução de Luiz Roberto Salinas Fortes. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1974.

FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas: Uma Arqueologia das Ciências Humanas**. 8ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1999

CHUL-HAN, Byung. **Sociedade da Transparência**. 1º Edição. São Paulo: Ed. Vozes, 2016.

SILVA FILHO, Valdomiro. **Transparência, Reflexão e Vicisitude**. Revista Kriterion. Vol.52. nº123. Belo Horizonte, 2011.

**STF obriga BNDES a enviar ao TCU dados de empréstimos as empresas**. Jornal Nacional, 26 de maio de 2015. Disponível em: < <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2015/05/stf-obriga-bndes-enviar-ao-tcu-dados-de-emprestimos-empresas.html>> Acesso em: 25 de novembro de 2020.

MORAN, Richard. **Authority and Estrangement: An Essay on Self-Knowledge**. Princeton, Oxford : Princeton University Press, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 88, 439-459. São Paulo, 1993. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/> Acesso em 23 de nov.2020

PEZZELA, Maria Cristina Cereser; GHISI, Silvano. **Privacidade e liberdade de expressão na sociedade da informação**. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, 8(29), páginas: 118-138. Disponível em: <https://doi.org/10.30899/dfj.v8i29.192>.

**Como citar:** SILVA, Luis Delcides Rodrigues da; MALHEIRO, Emerson Penha. O episódio da “caixa-preta” no BNDES e a dupla direcionalidade: incompatibilidade e o rastreo pela opacidade na sociedade de informação. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 18, n. 1, p. 10-25, mai. 2023. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v18n1p. 10. ISSN: 1980-511X

## DIRETRIZES DE GESTÃO DE RISCOS E DE INTEGRIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

### MANAGEMENT GUIDELINES FOR RISKS AND INTEGRITY IN PUBLIC ADMINISTRATION

Luciana Cristina de Souza\*  
Luiz Henrique Prodel Júnior\*\*

**Como citar:** SOUZA, Luciana Cristina de; PRODEL JUNIOR, Luiz Henrique. Diretrizes de gestão de riscos e de integridade na Administração Pública. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 18, n. 1, p. 26-43, mai.2023 DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v18n1p. 26. ISSN: 1980-511X

\*Doutora em Direito pela PUC Minas. Coordenadora do Núcleo de Pesquisa da Faculdade Milton Campos. Professora do Mestrado em Relações Econômicas e Sociais da Faculdade Milton Campos. Professora da linha Estado Democrático e Gestão de Redes da Faculdade de Políticas Públicas da Universidade do Estado de Minas Gerais. Pesquisadora FAPEMIG e CNPq.  
E-mail: dralucianacsouza@gmail.com

\*\*Graduando do Curso de Gestão Pública; Bolsista PIBIC - CNPq  
E-mail: henriqueprodel@gmail.com

**Resumo:** Esse artigo retrata parte de pesquisa científica CNPq em andamento na área de Gestão Pública, com o objetivo de analisar o impacto das novas diretrizes sobre integridade das ações do Estado que foram publicadas nos últimos anos. A metodologia usada é a análise documental e comparativa dessas normas em relação às certificações internacionais ISO e COSO sobre *compliance* e gestão de riscos, a partir da formação de um quadro conceitual extraído da revisão bibliográfica. Apresenta, também, um estudo de caso para exemplificar o debate proposto. Defende-se que a existência das normas reguladoras por si só é insuficiente para assegurar a ética pública. Por isso, no âmbito da Constituição vigente da República brasileira de 1988, é imprescindível garantir a transparência das informações pelos gestores públicos e a participação dos cidadãos no controle externo do Estado por meio de instrumentos democráticos, os quais lhes possibilitem colaborar para a proteção da *res publica*.

**Palavras-chave:** compliance; ética; gestão pública; integridade; regulação.

**Abstract:** This article reports part of a scientific research CNPq underway in the area of Public Management in order to analyze the impact of the new guidelines on the integrity of State actions that were published in recent years. The methodology used is the documentary and comparative analysis of these rules in relation to the international ISO and COSO certifications on compliance and risk management, based on the organization of a conceptual framework extracted from the literature review. The article also presents a case study to exemplify the debate. It is argued that the

mere existence of regulatory rules is insufficient to ensure public ethics. So, within the scope of the current Constitution of the Brazilian Republic of 1988, it is essential to guarantee the transparency of information by public managers and the participation of citizens in external control of the State through democratic instruments that enable them to collaborate for the protection of the *res publica*.

**Keywords:** compliance; ethic; public management; integrity; regulation.

## INTRODUÇÃO

A noção de Estado que é elaborada a partir do Iluminismo busca, em muitos sentidos, afastar modelos despóticos e poucos transparentes de modo a permitir o desenvolvimento de um paradigma estatal democrático que preserve as liberdades individuais e trate o interesse público como uma agenda comum entre órgãos governamentais e cidadãos. Ela, também, reforça a necessidade de um paradigma burocrático, no sentido racional weberiano (WEBER, 2004), no qual privilégios e decisões particularizadas não tornem o Poder Público refém do *lobby* de alguns segmentos sociais. O foco do Estado de Direito a partir desse período, notadamente do século XIX em diante, era oferecer novos valores políticos em substituição à forma patrimonialista centrada nos monarcas absolutistas e estabelecer limites legais à ação dos gestores da chamada *res publica*. Esse termo, de origem romana quanto à grafia latina, em sua acepção de espaço comum, bens comuns, origina-se na Grécia antiga, que influenciou a cultura romana, advindo da expressão *to koinon*, a qual se referia ao interesse público que se sobrepunha aos interesses particulares nas cidades-Estado (MACHADO, 1995; ROBINSON, 1997). E, ao longo do século XX, essa imparcialidade estatal vai sendo complementada com outros valores que a moldem para a necessidade política de um Estado não somente de direito, mas democrático de direito, como preceitua o Art. 1º da Constituição da República do Brasil promulgada em 1988 (BRASIL, 1988).

A inclusão desse princípio, *res publica*, no repositório iluminista respalda sua correlação com a concepção de Estado de Hegel, segundo a qual Ética e Política deveriam ter uma “unidade ontológica” (VAZ, 2004). A prática dessa “política ética”, segundo o filósofo alemão, depende da relação entre Estado e Sociedade, pois não condiz com o espírito ético construir um mundo apenas para si, mas deve, sim, fazê-lo em uma relação dupla e de equilíbrio com o todo; “o governo deve representar a vontade do povo” para assegurar sua eticidade (HEGEL, 1992, p. 36). Igualmente, contribui para o desenvolvimento, ao longo do século XX e início do século XXI, de teorias que responsabilizam o Estado por seus atos de gestão ao desempenhar o seu dever de zelo em relação a *to koinon*. Por isso hoje se afirma que há questões em que deve haver a supremacia do interesse público para que se possa preservar bens e interesses da comunidade política que seriam prejudicados pela particularização do uso da máquina pública em favor de alguns grupos específicos. Assim como, garantir a transparência pública das informações e da prestação de contas dos órgãos governamentais à população, nesse cenário, é fundamental para a eticidade pública.

Diante de tais expectativas de ética e transparência nas relações entre o poder público e os cidadãos, fica clara a necessidade de que o modelo de gestão pública implementado atenda aos princípios da *res publica* e da transparência. Os administradores públicos não atuam em nome próprio, mas da Sociedade com a qual numa relação de eticidade estabeleceram parâmetros de ação política na condução das demandas que enfatizam a proteção do interesse coletivo. O descumprimento das normas, as quais lhes estabelecem limites de conduta visando a cumprir esse fim, fere a integridade pública deles esperada e enseja sua punição. De modo a evitar que os desvios aconteçam, a participação dos cidadãos no controle das ações do Estado é crucial, devendo-se assegurar a existência

de instrumentos de fiscalização e de diálogo entre o Poder Público e os diversos segmentos sociais.

Incluir esses parâmetros de controle ético das ações públicas é uma postura coerente com o que dispõe a Constituição da República promulgada em 1988 (BRASIL, 1988), que trata da moralidade administrativa e, igualmente, estabelece para o Brasil um modelo de governança democrática segundo o qual o Poder Público deve agir com transparência e responsabilidade perante os cidadãos, a eles prestando conta de seus atos. Além disso, a comunicação entre o Estado e a Sociedade civil (cidadãos, comunidades, microempresários, associações civis, produtores rurais, povos tradicionais, etc.) é fundamental para assegurar que o equilíbrio entre eles seja preservado nos debates públicos sobre orçamento, sobre políticas públicas. O exercício ético da política na gestão pública fortalece o regime democrático assegurado pela Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988) e, igualmente importante, exige que os gestores atuem com transparência e integridade (BRASIL, 2018a), mantendo um diálogo próximo com a Sociedade em nome da qual administram a *res publica*.

Com o intuito de conhecer melhor essa realidade tem sido desenvolvida pesquisa com fomento CNPq visando compreender as novas diretrizes sobre integridade pública que possibilitam preservar o modelo de governança democrática. O objetivo da pesquisa é conhecer e descrever as principais diretrizes que hoje visam a resguardar a integridade do Estado em suas relações com os cidadãos e no cotidiano de suas prestações de serviços. Esse é o motivo de a Administração Pública brasileira hoje adotar como referência os parâmetros estabelecidos pelas certificações da *International Organization for Standardization* (ISO) e do *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission* (COSO) relativas à gestão de riscos e *compliance* (COSO, 2017). Nos últimos anos, o ordenamento jurídico pátrio incorporou diversas conceituações técnicas oriundas da terminologia recomendada por esses documentos, resultando na edição de marcos normativos nacionais, a exemplo da Portaria 1.089/2018 (BRASIL, 2018c) da Controladoria-Geral da União, os quais serão abordados neste texto.

## 1 FUNDAMENTOS TEÓRICOS

A base da reflexão proposta neste artigo são os conceitos de integridade pública, conformidade (*compliance*), responsabilização (*accountability*), ética e conduta, transparência e gestão de riscos. Seu norte é a democracia deliberativa segundo a concepção habermasiana de construção de uma esfera pública na qual possa ser instaurado um discurso ético entre os envolvidos, *in casu*, Estado e Sociedade civil, buscando o entendimento entre eles e, ainda, o reconhecimento do outro como sujeito que merece respeito (HABERMAS 1987, 1995). Nas situações de verificação da integridade pública, esse reconhecimento acontece ao se garantir a transparência de informações, assim como o dever de prestar contas e de se responsabilizar por suas ações perante os cidadãos, chamada de *accountability* (PINHO; SACRAMENTO, 2009).

Como consequência, para evitar o distanciamento entre o que planejam os agentes da Administração Pública e a vida social deve haver a “reaproximação do Estado e seus fins inseparáveis,

isso é, a realização das pessoas” (HAEBERLIN, 2017, p. 258). O Estado deve ser *meritocrático*, aqui aplicando-se o termo de modo diferente e mais amplo do que o sentido Weberiano de estrita técnica burocrática. Isso importa porque sem considerar a sua dimensão humana, que está na legitimidade de sua interação com os cidadãos, o Estado não conseguirá atingir o interesse público, o qual é apreendido do diálogo para com a Sociedade civil. Por isso o mérito técnico, embora necessário à eficiência administrativa e financeira, é insuficiente para garantir uma noção plena de desenvolvimento da governança democrática como predispõe a norma constitucional.

O Estado Meritocrático, na acepção contemporânea do termo, remedia as “injustiças relacionadas à liberdade natural” a partir da noção de justiça distributiva de Aristóteles, “dando tratamento diferente e privilegiado a pessoas que, por algum motivo relevante, se tornem especiais” (HAEBERLIN, 2017, p. 263). Por exemplo, é questão de democracia atribuir mérito humano aos hipossuficientes nas relações trabalhistas, às pessoas especiais quanto ao direito à acessibilidade urbana, aos cidadãos quanto ao direito de terem poder para controlar as ações estatais que sejam desprovidas de legitimidade. Visando a assegurar o respeito à essa dimensão humana nas relações entre Estado e Sociedade civil, é essencial assegurar que as decisões tomadas pelos órgãos governamentais na gestão da *res publica* sejam realizadas com base nos princípios da probidade e da transparência. A gestão pública deve ser ética.

Nesse cenário, os programas de integridade renovam as formas de participação política e pode-se afirmar que estas são fundamentais no Estado Democrático de Direito de modo a reabilitar a autoridade e a legitimidade das autoridades junto aos cidadãos (CHAIX, 2006). Eles contribuem para se preservar os princípios dispostos pela Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988), tais como, da dignidade humana, da moralidade administrativa, da publicidade, da legalidade e da impessoalidade, dentre outros. Considerando suas diretrizes, pode-se afirmar que os instrumentos de integridade (*compliance*) têm sido criados para que exista uma forma de controle das ações do Estado nos âmbitos interno e externo e para defender a cultura de probidade dos atos administrativos (FORTINI; SHERMAM, 2017). Somente assim se legitima o interesse público ali representado. Da mesma forma, asseguram que o Brasil possa desenvolver um parâmetro democrático de Administração Pública, o qual tenha compromisso com a efetividade da Constituição de 1988 em prol do desenvolvimento tanto econômico quanto em seu aspecto humano, como defendem Sen (1999) e Haeberlin (2017).

Analisar os procedimentos de integridade e aqueles específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito da Administração Pública, é necessário para identificar e descrever como essa proposta de cultura da probidade é implementada, principalmente sob um viés qualitativo. A adoção de programas de integridade possibilita: elevar os padrões de gestão, ética e conduta; verificar os controles internos e o cumprimento de recomendações de auditoria; levantar os riscos para a integridade e as medidas para seu tratamento; promover a transparência ativa, o acesso à informação e sistemas de responsabilização. Por exemplo, a ISO *Compliance* e a ISO Antissuborno visam a implementação integrada para uma gestão de riscos completa e eficaz na gestão das organizações. Como também recomendam mecanismos de prevenção à fraudes, desvios e outros ilícitos para

garantir a conformidade jurídica dos processos e, por consequência, evitando sanções administrativas e penais. Isso é crucial para a legitimidade e a transparência públicas no Estado Democrático de Direito.

A integridade política é fundamental para que exista equilíbrio entre Estado e Sociedade civil por meio do estabelecimento de um discurso comunicativo (HABERMAS, 1987), em que as informações e decisões públicas dadas a conhecer aos cidadãos precisam ter presunção de validade. Como já dito, a comunicação válida e transparente entre o Poder Público e os cidadãos é fulcral, visto que ela serve para reforçar o sistema de proteção da ética na gestão pública por meio de regulações, a exemplo das que serão tratadas neste artigo, e aprimorar o modelo de governança, tornando-o mais colaborativo e democrático. O respeito mútuo entre Estado e Sociedade civil assegura aos cidadãos a possibilidade de exercer controle externo sobre as ações públicas que, segundo Souza (2017) e, segundo Hegel (1992), estimula a utilização de formas éticas para o exercício da política. Assim, garantir a transparência pública e a democracia deliberativa no ordenamento político-jurídico nacional torna as relações entre esses dois sujeitos mais adaptáveis às circunstâncias e desafios distintos e constantes que a realidade apresenta. Como Habermas explica, há sempre um pano de fundo normativo a ser levado em conta ao analisar a interação na esfera pública.

No Brasil atual, esse pano de fundo, ou cenário, demanda que a gestão pública seja um modelo administrativo pautado pela governança democrática e pelos requisitos éticos que autorizam a verificação da legitimidade da ação estatal. Para tanto, mister se faz conceber o Estado Democrático de Direito como um Estado Resiliente (SOUZA, 2017), no qual a soberania estatal encontra seu contraponto na soberania popular da qual os cidadãos são os detentores. A partir desse paradigma estatal, aplica-se o “princípio da resiliência estatal” às relações entre Estado e Sociedade civil de modo a corrigir nessa interação inadequações quanto ao equilíbrio de poder no exercício das duas soberanias coexistentes no arcabouço constitucional brasileiro: estatal e popular (SOUZA, 2012).

O Art. 1º da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988) os estabelece, dentre outros dispositivos da norma fundamental, ao declarar que o Brasil é um Estado Democrático de Direito e que nele o poder é exercido em nome do povo, podendo este usufruí-lo em certas situações de modo direto, inclusive. Tal ocorre em audiências públicas, no orçamento participativo, nos conselhos (estaduais, municipais, etc.), nos fóruns (de educação, de saúde, etc.) e em outros momentos de participação que caracterizam o que Habermas (1995) chama de autonomia cidadã.

Diante desse cenário, a aplicação do princípio da resiliência estatal às relações entre Estado e cidadãos poderia assegurar a efetividade do regime democrático e do exercício da cidadania ativa, visto a relevância das características que apresenta:

1. Reconhece a capacidade dos cidadãos para agir nos processos de tomada de decisões junto ao Poder Público;
2. Atribui-lhes, ainda, poder fiscalizador para que exista um controle externo oriundo da sociedade civil e assim se evite governos autoritários;
3. Exige do Estado transparência em todas as suas ações, motivo pelo qual este

- deve criar mecanismos públicos e de fácil acesso para interagir com o cidadão;
4. Exige novo formato de governança, por causa disso, na qual tanto os aspectos técnicos quanto democráticos são contemplados para se cancelar as ações estatais com o reconhecimento de sua eficiência;
  5. Cria uma nova noção de responsividade, ou seja, o Estado resiliente deve oferecer ferramentas acessíveis e compreensíveis pelas quais responde ao cidadão com agilidade, principalmente se considerados os instrumentos disponíveis em virtude das novas tecnologias, além de assegurar o compromisso com essas respostas, cuja não execução deve sempre ser justificada aos cidadãos, o que pode ser feito pelo aperfeiçoamento dos instrumentos de *accountability* (SOUZA, 2017, p. 208).

As normas jurídicas sobre integridade da Administração Pública publicadas no Brasil têm buscado refletir esses valores éticos. O aspecto mais relevante desta pesquisa tem sido identificar o cenário prospectivo relativo à integridade administrativa e política brasileira com o intuito de reforçar os instrumentos de desenvolvimento da cultura da probidade descritos nesse documento e nas normas nacionais publicadas nos últimos anos sobre *compliance*. A gestão de riscos não é prática comum em todos os órgãos públicos, mas se tornou obrigatória agora com a finalidade de assegurar “a minimum benchmark of good administration, countries should ensure compliance”, como declara o documento *The principles of Public Administration* da Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento (*Organisation for Economic Co-operation and Development* – OECD) (OECD, [2020a]) e cujos valores também constam no *The Directorate for Public Governance* (OECD, [2020b]), do mesmo organismo internacional:

#### POLICY DEVELOPMENT AND CO-ORDINATION

[...]

Principle 5: Regular monitoring of the Government’s performance enables public scrutiny and ensures that the Government is able to achieve its objectives.

Principle 6: Government decisions are prepared in a transparent manner and based on the administration’s professional judgement; the legal conformity of the decisions is ensured.

[...]

#### SERVICE DELIVERY

Principle 1: Policy for citizen-oriented state administration is in place and applied.

Principle 2: Good administration is a key policy objective underpinning the delivery of public service, enacted in legislation and applied consistently in practice.

Principle 3: Mechanisms for ensuring the quality of public service are in place.

Principle 4: The accessibility of public services is ensured (OECD, [2020a], p. 26)

No caso do estudo das políticas públicas, significa analisar o controle da integridade administrativa visando a preservar a boa execução daquelas, visto que disso depende a efetividade dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos (PONTELO; NEGRÃO, 2014). A corrupção e os atos antieconômicos praticados por gestores públicos, muitas vezes em convergência com

interesses privados, tem potencial para prejudicar o alcance de metas de interesse comum da sociedade e, por isso, devem ser combatidos, já que afetam o equilíbrio político e econômico das relações entre Estado e Sociedade civil. Prejudicam o equilíbrio entre esses dois sujeitos porque fazem com que a balança se incline mais favoravelmente para um ou mais segmentos que recebem, indevidamente, atenção privilegiada do Poder Público. Nesse caso, não se tem resiliência estatal, posto que ela é incompatível com práticas patrimonialistas e nepotistas, as quais geram desigualdades que diminuem a possibilidade de governança democrática de uma política ética, como explicado por HEGEL (1992). É importante destacar que, o gestor público que favorece o interesse de um grupo em particular, mesmo se o fez dentro dos limites que lhe são permitidos pela legislação, ainda sim pode vir a comprometer a integridade administrativa estatal e, como resultado, a qualidade das políticas públicas e do orçamento para elas destinado.

A integridade da Administração Pública é, e deve continuar ser, valor intrínseco ao ordenamento constitucional em relação ao qual urge que se assuma o compromisso de protegê-la por meio dos Comitês de Integridade (*compliance*), da resiliência estatal, do foco no interesse público e da governança democrática. Sendo assim, para assegurar a democracia deliberativa e a cidadania plena, é necessário que sejam estabelecidos fundamentos axiológicos e políticos na relação entre Estado e Sociedade civil que favoreçam uma perspectiva mútua ética entre esses agentes, como na resiliência estatal, onde todos os segmentos sociais são reconhecidos como sujeitos ativos do debate público (SOUZA, 2017). A aplicação do princípio da resiliência nesse cenário de responsabilidade do Estado pelas ações dos gestores públicos é fundamental para assegurar transparência e *accountability*. O Estado precisa responder às consultas e demandas cidadãos, além de fortalecer os instrumentos deliberativos e de fiscalização dos atos do Poder Público tanto no sentido horizontal, pelo controle interno e externo promovido por órgãos estatais como os Comitês de Integridade e o Tribunal de Contas, quanto no sentido vertical, por meio da atuação dos grupos da Sociedade civil (PINHO; SACRAMENTO, 2009).

## 2 DESENVOLVIMENTO DA PESQUISA

Para desenvolver a análise exposta no artigo, optou-se pela pesquisa exploratória para investigar e identificar ações relativas aos programas de integridade (*compliance*) no setor público adotadas no último ano, sob a orientação do Tribunal de Contas da União e da Controladoria Geral da União, uma vez que as normas regulatórias são recentes, e os próprios servidores das Controladorias ainda estão passando por treinamentos de capacitação sobre o tema oferecidos pela Escola Nacional de Administração Pública (ENAP) (ENAP, 2015). Igualmente realizou-se a análise documental e comparativa dessas normas em relação às certificações internacionais ISO e COSO sobre *compliance* e gestão de riscos, a partir da formação de um quadro conceitual extraído da revisão bibliográfica.

Com o recorte epistemológico feito, foi elaborado um quadro conceitual e distintivo entre *compliance* no setor privado e no setor público, a partir dos princípios democráticos e adminis-

trativos de natureza constitucional que orientam a Administração Pública, da Lei 12.846/2013 (BRASIL, 2013a) e dos Decretos federais 8.420/2015 (BRASIL, 2015) e 9.203/2017 (BRASIL, 2017a). Para compô-lo foi realizada uma revisão de literatura acompanhada da estruturação lógica dos conceitos centrais que explicam o contexto social, político e administrativo de implementação dos programas de integridade. Esse processo metodológico permitiu analisar o conteúdo do quadro, comparativamente, com as ISO 19600/2014 (*Compliance management systems*) (ISO, 2014), ISO 31000/2018 (Gestão de riscos) (ISO, 2018) e a ISO 37001 (Sistema de gestão antissuborno e anticorrupção) (ISO, 2016) nos programas de integridade brasileiros.

Foi desenvolvida, ainda, uma leitura crítica das normas e certificações internacionais relativas às práticas de gestão pública quanto à integridade e quanto à gestão de riscos, visando observar como tem sido feita a sua implementação pelos Programas de Integridade no Brasil. A aplicação prática das diretrizes sobre integridade e gestão de riscos pelo gestor brasileiro foi descrita na análise de dados, por meio de um estudo de caso a respeito do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA). O contato com a experiência desse Ministério permite compreender melhor o processo de implementação das normas brasileiras quanto ao tema apresentado e, também, revela sua importância para os dias atuais. Os parâmetros de análise aplicados para estudar esse caso foram aqueles debatidos anteriormente na elaboração do quadro conceitual, sobre o conjunto de normas de integridade vigentes no Brasil que também serão explicadas no próximo tópico.

Com base nas orientações da Portaria 1.089/2018 (BRASIL, 2018c) da Controladoria-Geral da União, a qual dispõe sobre a implementação e estruturação de programas de integridade em órgãos e entidades da administração pública federal, este tópico analisará os conceitos presentes e ausentes em âmbitos institucionais de controle brasileiros, com relação aos conceitos difundidos pelas organizações internacionais de controle, como o Gerenciamento de Riscos Corporativos (COSO), a Organização Internacional para Padronização (ISO) e, também, aos princípios administrativos expressos e implícitos na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). Em seguida, um estudo de caso sobre um programa de integridade na administração governamental será narrado, a partir de dados do portal do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento do Governo Federal. Por fim, será discutida a proteção da *res publica* contra atos lesivos praticados por pessoas jurídicas, no que se refere à Lei Anticorrupção (12.846/2013) (BRASIL, 2013a), ao Decreto nº 8.420, de 18 de Março de 2015 (BRASIL, 2015) e ao papel da Administração Pública perante essas normas.

## 2.1 CONCEITOS UTILIZADOS PELAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS DE CONTROLE

O Gerenciamento de Riscos Corporativos (COSO) e as ISOs 31000 (Gestão de Riscos) (ISO, 2018), 37001 (Sistema de Gestão Antissuborno) (ISO, 2016) e 19600 (*Compliance*) (ISO, 2014) — representadas no Brasil pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) — abordam conceituações relevantes à compreensão de elementos estruturantes de um programa de integridade. Dessa forma, investigou-se a proximidade desses conceitos nos seguintes órgãos que

desempenham a função de controle dos recursos e patrimônios públicos federais: Controladoria-Geral da União (CGU), Tribunal de Contas da União (TCU) e Ministério da Economia (ME). No que concerne à função *Compliance* (ou conformidade), a disseminação de seu significado é encontrada apenas no sítio virtual da Controladoria-Geral da União, na seção Programa de Integridade.

Diante disso, dentre os significados em torno da cultura de conformidade, a responsabilização (em seu termo original *accountability*) é ilustrada detalhadamente somente nas Normas de Auditoria do Tribunal de Contas da União, uma vez que a Controladoria-Geral da União trata apenas da responsabilização de empresas e pessoas jurídicas que possam corromper agentes públicos, fraudar licitações ou dificultar a fiscalização de órgãos públicos. O Ministério da Economia, por sua vez, não apresenta informações sobre *accountability* ou responsabilização em seu sítio, no que tange à construção de um programa de integridade.

Integridade e integridade pública também são conceitos ausentes nas instâncias virtuais do ME, enquanto que a Controladoria-Geral da União disponibiliza uma cartilha específica que trata sobre a aplicação e o significado dessas definições. Para o TCU (BRASIL, 2018b), a integridade “tem como base a honestidade e objetividade, elevando os padrões de decência e probidade na gestão dos recursos públicos e das atividades da organização.” Sob essa perspectiva as diretrizes divulgadas pelos tribunais de contas e controladorias, em referência à integridade, alinham-se aos princípios constitucionais da impessoalidade, legalidade e da moralidade administrativa, posto que os interesses do agente público devem estar alinhados aos interesses da coletividade, sob uma atuação proba e legítima (PINTO, 2008).

No que se refere aos termos código de ética e código de conduta, a CGU e o TCU (BRASIL, 2018b) definem-nos como um “sistema de integridade valorativo”, que respeitem normas e regulamentos existentes em uma instituição. Por outro lado, o Ministério da Economia acata o Código de Conduta dos agentes públicos do antigo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, atual pasta integrante ao ME. À luz do princípio constitucional da moralidade administrativa, o código trata sobre condutas que devem ser aderidas por servidores e colaboradores, em relação ao público, à execução de tarefas e ao ambiente de trabalho.

Para mais, fundamentado no princípio administrativo da publicidade, o conceito de transparência é abordado, expressamente, somente nas instâncias do TCU e da CGU. No Guia de Integridade Pública, a Lei de Acesso à Informação (LAI) (BRASIL, 2011) é citada em defesa da transparência pública por parte dos entes administrativos diretos e indiretos, no que corresponde as suas decisões, planos, orçamentos, despesas, contratos, transferências e resultados, visando os interesses das partes interessadas (BRASIL, 2015). O Tribunal de Contas da União (2018, p. 146), por seu turno, define a transparência como uma exigência de controle do Estado pela população e organizações da sociedade civil. Além disso, o órgão ressalta que “as informações devem ser completas, precisas e claras para a adequada tomada de decisão das partes interessadas”.

A gestão de riscos, no que lhe diz respeito, é abordada pelo Ministério da Economia a partir da definição utilizada pelo Decreto nº 9.203, de 22 de Novembro de 2017 (BRASIL, 2017a), que dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e funda-

cional:

[...] gestão de riscos - processo de natureza permanente, estabelecido, direcionado e monitorado pela alta administração, que contempla as atividades de identificar, avaliar e gerenciar potenciais eventos que possam afetar a organização, destinado a fornecer segurança razoável quanto à realização de seus objetivos (BRASIL, 2017a).

Concernente ao princípio administrativo da eficiência, a Controladoria-Geral da União (BRASIL, 2015), em seu Guia de Integridade Pública, trata o gerenciamento de riscos como “ameaças ao desempenho da organização, permitindo a adequação de seus instrumentos de integridade a novos cenários e atores de forma a reforçar a resiliência da organização a todos de corrupção.” O Tribunal de Contas da União (BRASIL, 2018a) sob os preceitos da Associação Brasileira de Normas Técnicas, define a gestão de riscos como um conjunto de componentes de gestão e recursos a serem aplicados, como procedimentos e competências, em uma sucessão de atividades.

## 2.2 A PROTEÇÃO DA *RES PUBLICA* CONTRA ATO LESIVO PRATICADO PELO GESTOR PRIVADO

Sancionada em 1º de agosto de 2013, a Lei nº 12.846 (BRASIL, 2013a), conhecida como Lei Anticorrupção ou Lei da Empresa Limpa, dispõe sobre a responsabilização objetiva de pessoas jurídicas, no âmbito administrativo e civil, por atos lesivos praticados contra a Administração Pública. A lei também prevê sanções a dirigentes e administradores, autores ou coautores, dessas empresas (pessoas jurídicas) que praticam atos ilícitos – cabendo à Controladoria-Geral da União a competência de instaurar processos administrativos de responsabilização no âmbito do Poder Executivo Federal.

Dessa maneira a Lei Anticorrupção, regulamentada pelo Decreto 8.420/2015 (BRASIL, 2015), é de suma relevância, pois a probidade dos serviços públicos à população e o patrimônio público devem ser assegurados e preservados. O agente privado, enquanto dirigente ou gestor de uma pessoa jurídica, que prejudica a *res publica* – *res*, como bens, objetos; e *publica*, representando todos os cidadãos, detentores dos bens geridos pelo Estado – deve responder civil e administrativamente por seus atos que atentem contra o bem comum. Isto posto, quando há conflito de interesses entre particulares e Estado, justificam-se prescrições normativas como as citadas para que haja prevalência da vontade coletiva da população, em virtude do princípio da supremacia do interesse público (PINTO, 2008).

À vista disso, análogos aos riscos descritos pelas organizações internacionais de controle (ISO e COSO), o Art. 5º da lei expõe detalhadamente os atos lesivos contra à administração pública, sendo aqueles que tramam contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra os princípios da administração pública expressos no Art. 37 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) e contra os compromissos internacionais assumidos pelo país. Dentre eles, destacam-se os seguintes atos: dar vantagem indevida a agente público; financiar ou custear atos ilícitos previstos na lei; fraudar contratos licitatórios ou obter vantagem nestes; e dificultar a fiscalização

ou investigação de órgãos de controle ou de agências reguladoras do sistema financeiro nacional (BRASIL, 2013a).

Em sequência, no Art. 7º, inciso VIII, da Lei Anticorrupção (BRASIL, 2015) é possível verificar a aplicação de conceitos inerentes ao um programa de integridade, levando em consideração, durante a observância da sanção, a “existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.” Outrossim, a transparência é percebida implicitamente nos artigos 22 e 23 da lei (BRASIL, 2015), que tratam sobre a criação do Cadastro Nacional de Empresas Punidas - CNEP, para fins de publicidade às sanções aplicadas pelas esferas de governo, e a obrigação dos órgãos e entidades dos Poderes de informar e manter atualizado o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CEIS, respectivamente (BRASIL, 2013a).

O Decreto nº 8.420 de 18 de Março de 2015 (BRASIL, 2015), no que lhe concerne, regulamenta e operacionaliza a Lei da Empresa Limpa, apresentando a apuração da responsabilidade administrativa prevista na lei supracitada, mediante ao Processo Administrativo de Responsabilização - PAR. Além disso, em seu Capítulo IV, o decreto define o programa de integridade, no domínio de uma pessoa jurídica, como uma série de mecanismos e diretrizes internas que promovam integridade e aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, como também a detecção de desvios, fraudes e atividades ilícitas que atentam contra a administração pública, nacional ou estrangeira (BRASIL, 2015).

Por outra forma, a definição legislativa do programa de integridade espelha-se ao exercício de *compliance*, exigindo-se, com base no decreto, a conformidade com padrões e normas de probidade estabelecidos em uma organização. Ainda assim, segundo a legislação, o programa de integridade no setor privado deve ser bem estruturado, sob características e riscos intrínsecos à pessoa jurídica, que deve garantir a eficácia e a efetividade do programa. Para isso, o Art. 42 do decreto (BRASIL, 2015), em seus incisos, estipula parâmetros de avaliação de desempenho do programa, os quais estão alinhados às diretrizes de gestão de riscos, antissuborno e *compliance*, representadas pelas ISOs 31000, 37001 e 19600 na devida ordem (BRASIL, 2015).

Desse modo, destacam-se os seguintes parâmetros de avaliação: comprometimento da alta direção da pessoa jurídica (inciso I); políticas e padrões de conduta, aplicáveis a todos os cargos da organização e a seus *stakeholders* (incisos II e III); gestão de riscos para realização de adaptações necessárias ao programa (inciso V); controles internos sobre a elaboração de relatórios e demonstrações financeiras (inciso VII); procedimentos para prevenção de fraudes e ilícitos de licitações e contratos administrativos (inciso VIII); canais de denúncia de irregularidades (inciso X); medidas disciplinares em caso de violação do programa (inciso XI); e, por fim, monitoramento contínuo do programa – inciso XV (BRASIL, 2015).

No próximo tópico apresentaremos um estudo de caso para evidenciar como os princípios constitucionais e administrativos até aqui refletidos podem ser aplicados.

### 3 ESTUDO DE CASO: MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO

Em 22 de novembro de 2017, com a publicação do Decreto nº 9.203 (BRASIL, 2017a), do qual se apoia a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, os programas de integridade tornaram-se obrigatórios nas instâncias da administração pública federal (BRASIL, 2017a). Assim sendo, a Controladoria-Geral da União, mediante a Portaria nº 1.089 de 2018 (BRASIL, 2018c) – atualizada pela Portaria nº 57 de 2019 (BRASIL, 2019a) –, estabeleceu orientações para a implementação dos programas de integridade, a partir de três fases de estruturação: na primeira fase, órgãos e entidades deverão criar uma unidade para a coordenação da estruturação; a segunda refere-se à aprovação do Plano de Integridade; a terceira, por sua vez, consiste na execução e no monitoramento do programa consoante Portaria CGU n. 57 de 2019 (BRASIL, 2019a).

O Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA) participou do projeto-piloto do Programa de Fomento à Integridade da CGU e, acatando as exigências do Decreto 9.203/2017 (BRASIL, 2017a), publicou seu Plano de Integridade em novembro 2017. A implementação do programa (Programa Agro+ Integridade) no Ministério seguiu as fases previstas na Portaria CGU nº 57 (BRASIL, 2019a) e, na primeira fase e na segunda fase, tomaram-se as seguintes medidas: criação do “MAPA ÍNTEGRO”, para a aprimoração dos mecanismos de prevenção, detecção e remediação de ilícitos; fundação do Núcleo de Gestão da Integridade; promoção da ética e regras de condutas entre os agentes do ministério; tratamento de conflitos de interesse, nepotismo e denúncias; gestão de controles internos e de auditorias; e, por fim, fortalecimento de procedimentos de apuração de servidores (BRASIL, 2019b).

Ainda de acordo com o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (BRASIL, 2019b), na segunda fase, foram implementadas ações setoriais nas estruturas do órgão. No que toca à ouvidoria, ressaltam-se a criação do Grupo de Tratamento de Denúncias Sensíveis (GTD) e os canais específicos para o recebimento de denúncias gerais e denúncias de corrupção em empresas fiscalizadas pelo Ministério. Tais medidas foram regulamentadas pelas Portarias MAPA nº 1.879 (BRASIL, 2017c) e nº 1.370 (BRASIL, 2018d) respectivamente. No âmbito das ações de transparência e comunicação social, observa-se uma cartilha de prevenção à corrupção, a criação de um canal de respostas a demandas dos cidadãos via SIC (Serviço de Informação ao Cidadão) e a capacitação dos servidores junto aos auditores-fiscais agropecuários.

Em outros setores do Ministério, destacam-se a criação do Código de Conduta do Agente Público do MAPA, regido pela Portaria 249/2018 (BRASIL, 2018e); nova composição do Regimento Interno da Comissão de Ética do Ministério a partir da Portaria MAPA 1.687/2017 (BRASIL, 2017b); implementação do Fluxo de Consulta e Pedido de Autorização para casos de Conflito de Interesse, pela Portaria MAPA 1.687/2017 (BRASIL, 2017b); consentimento de Fluxogramas de Prevenção e Reação à prática do Nepotismo, por meio da Portaria MAPA nº 79, de 30 de abril de 2019 (BRASIL, 2019c); regulamentação do Termo de Ajuste de Conduta para os casos de PAD

(Processo Administrativo Disciplinar) de menor potencial ofensivo, no campo da corregedoria; e, no que concerne ao controle, uma redução de 80% das pendências de respostas (BRASIL, 2019c).

Com relação ao setor privado, o Ministério mostra-se dedicado ao fomento e à premiação de empresas do Agronegócio que adotam medidas de combate e prevenção à corrupção, de responsabilidade social e de sustentabilidade ambiental, reconhecendo-as com o SELO AGRO+ INTEGRIDADE – Portaria MAPA 2.462/2017 (BRASIL, 2017d). Somando-se a isso, criaram-se normas que compreendem a necessidade de demonstração de ações de integridade por parte das Empresas Prestadoras de Serviço do MAPA, que celebram contratos acima de cinco milhões (BRASIL, 2019b).

Findam as primeiras fases de implementação, na terceira fase iniciam-se ações de supervisão e monitoramento das atividades envolvidas à gestão de riscos, operacionalizadas, de acordo com o Ministério, pelas seguintes composições: i) Comitê de Governança, Risco e Controle - CGRC; ii) Núcleo de Gestão de Riscos; iii) Núcleo de Gestão de Integridade (NGI/MAPA); iv) Unidades Gestoras de Riscos e Controles Internos UGRCI; v) gestores de riscos. Ainda conforme o sítio virtual do MAPA, os servidores dessas composições e de diversas áreas participaram da capacitação sobre Gestão de Riscos para a Integridade, ministrada pela Controladoria-Geral da União, que serve como base operacional para a aplicação do *compliance* e o mapeamento e tratamentos de riscos existentes e iminentes ao órgão (BRASIL, 2019b).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As análises ora apresentadas mostram-nos que uma cultura ética na política de responsabilização do Estado perante seus cidadãos ainda está em desenvolvimento no Brasil. Considerando essas mudanças recentes quanto aos tópicos promovidos pelo Tribunal de Contas da União e pela Controladoria-Geral da União, aqui apresentados, identificou-se a necessidade de continuar o estudo científico em campo, com o objetivo de compreender como está sendo implementada a aplicação das novas normas sobre integridade no cotidiano dos gestores públicos de órgãos e entidades. Nesse sentido, a análise da atual legislação no que se refere ao *compliance* e ao protagonismo da administração pública federal, mais o estudo de caso do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, mostra-nos que órgãos de controle e demais entes administrativos estão comprometidos, em tese, com a aplicação da cultura de probidade a partir das premissas dos programas de integridade.

Equilibrar o poder entre os envolvidos nos processos decisórios sobre a elaboração de políticas públicas evita a governança de má qualidade, pois a aplicação inadequada de verbas públicas faz com que, posteriormente, o problema adiado se torne de maior complexidade e, por consequência, mais caro para o Estado resolver. Por isso é fulcral assegurar a existência de programas de integridades tanto na Administração Pública, quanto em pessoas jurídicas do setor privado, a fim de manter o equilíbrio das relações entre os envolvidos (Estado e Sociedade civil), considerando o quanto que ganhos individuais em excesso podem representar perdas significativas quando se

contempla a *res publica*.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 53, p. 3, 19 mar. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm). Acesso em: 02 mar. 2020.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Lei n. 12.846, de 1 de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 150, n. 148, p. 1, 2 ago. 2013a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm). Acesso em: 8 mar. 2020.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. [Brasília]: CGU. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas>. Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 126, n. 191-A, p. 1-32, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 15 mar. 2020.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Guia prático de implementação de programa de integridade pública**: orientações para administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília: CGU, 2018a. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/integridade-2018.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. Portaria n. 57, de 4 de janeiro de 2019. Altera a Portaria CGU nº 1.089, de 25 de abril de 2018, que estabelece orientações para que os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional adotem procedimentos para a estruturação, a execução e o monitoramento de seus programas de integridade e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 4, p. 1, 7 jan. 2019a. Disponível em: [https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/41324/1/Portaria\\_CGU\\_57\\_2019.pdf](https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/41324/1/Portaria_CGU_57_2019.pdf). Acesso em 10 de março de 2020.

BRASIL. Decreto n. 9.203, de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 224, p. 3, 23 nov. 2017a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/D9203.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9203.htm). Acesso em: 15 mar. 2020.

BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. **Programa MAPA íntegro**. [Brasília]: MAPA, 2019b. Disponível em: <http://www.agricultura.gov.br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/integridade/programa-de-integridade>. Acesso em: 11 mar. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Referencial Básico de Gestão Riscos - 2018**. Brasília:

TCU, 2018b. Disponível em: [https://portal.tcu.gov.br/data/files/21/96/61/6E/05A1F6107AD-96FE6F18818A8/Referencial\\_basico\\_gestao\\_riscos.pdf](https://portal.tcu.gov.br/data/files/21/96/61/6E/05A1F6107AD-96FE6F18818A8/Referencial_basico_gestao_riscos.pdf). Acesso em: 27 fev. 2020.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. Portaria n. 1.089, de 25 de abril de 2018. Estabelece orientações para que os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional adotem procedimentos para a estruturação, a execução e o monitoramento de seus programas de integridade e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 80, p. 1-81, 26 abr. 2018c.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII de art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 148, n. 221-A, p. 1, 18 nov. 2011.

BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. **Portaria n. 1.370, de 20 de agosto de 2018**. O secretário-executivo do ministério da agricultura, pecuária e abastecimento, no uso das atribuições que lhe confere o artigo 52, do Anexo I, do Decreto nº 8.852, de 20 de setembro de 2016, e tendo em vista o disposto nos autos do Processo SEI nº 21000.030537/2018-10. Brasília: MAPA, 2018d.

BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Portaria n. 79, de 13 de maio de 2019. O secretário de defesa agropecuária, do ministério da agricultura, pecuária e abastecimento, no uso da atribuição que lhe conferem os arts. 10 e 42 do Anexo I do Decreto no 7.127, de 4 de março de 2010, tendo em vista o disposto na Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e o que consta do Processo no 21000.026058/2019-71. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 99, p. 12, 24 maio 2019c.

BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. **Portaria n. 1.687, de 25 de julho de 2017**. O ministro de estado da agricultura, pecuária e abastecimento, no uso das atribuições que lhe confere o art. 87, parágrafo único, inciso II, da Constituição, tendo em vista o disposto no art. 5º do Decreto nº 6.029, de 1º de fevereiro de 2007, na Resolução nº 10 da Comissão de Ética Pública, de 29 de setembro de 2008, e o que consta do Processo nº 21000.020322/2017-00. Brasília: MAPA, 2017b.

BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Portaria n. 249, de 22 de fevereiro de 2018. O ministro de estado da agricultura, pecuária e abastecimento, no uso das atribuições que lhe confere o art. 87, parágrafo único, inciso II, da Constituição, tendo em vista o disposto no Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994, no Decreto nº 6.029, de 1º de fevereiro de 2007, e o que consta do Processo nº 21000.052137/2017-76. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 43, p. 2-4, 5 mar. 2018e.

BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. **Portaria n. 1.879, de 1 de setembro de 2017**. O ministro de estado da agricultura, pecuária e abastecimento, em exercício, no uso das atribuições que lhe confere o art. 87, parágrafo único, inciso II, da Constituição, tendo em vista o disposto na Instrução Normativa nº 1 da Ouvidoria Geral da União da Controladoria-Geral da União, de 5 de novembro de 2014, na Portaria nº 705, de 7 de abril de 2017, e o que consta do Processo nº 21000.025973/2017-88. Brasília: MAPA, 2017c.

BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Portaria n. 2.462, de 12 de dezembro de 2017. O MINISTRO DE ESTADO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I e II do parágrafo único do art. 87 da Constituição, e tendo em vista o quanto consta do Processo nº 21000.024799/2017-56.

**Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, n. 242, p. 7-8, 19 dez. 2017d.

CHAIX, C. Vers un nouvel âge démocratique: celui de la participation?. **La Lettre**, França, v. 22, p. 8-9, 2006.

COSO - COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS OF THE TREADWAY COMMISSION. **Enterprise risk management integrating with strategy and performance**. [S. l.]: COSO, 2017. Disponível em: <https://www.coso.org/Documents/COSO-ERM-Executive-Summary-Portuguese.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2020.

ENAP - ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. **Controle social:** formas de controle da Administração Pública. Brasília: ENAP, 2015.

FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. Governança pública e combate à corrupção: novas perspectivas para o controle da Administração Pública brasileira. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, p. 27-44, 2017.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa:** I Racionalidad de la acción y racionalización social II Crítica de la razón funcionalista. Madri: Taurus, 1987.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, v. 36, p. 39-53, 1995.

HAEBERLIN, Martín. **Uma teoria do interesse público:** Fundamentos do Estado Meritocrático de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do espírito**. Tradução de Paulo Meneses. Petrópolis: Vozes, 1992. v. 2.

ISO - INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. **ISO 19600:2014:** Compliance management systems — Guidelines. Geneva: ISO, 2014.

ISO - INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. **ISO 31000:2018:** Risk management — Guidelines. Geneva: ISO, 2018.

ISO - INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. **ISO 37001:2016:** Anti-bribery management systems — Requirements with guidance for use. Geneva: ISO, 2016.

MACHADO, Heloisa Guaracy. De res pública e de república: o significado histórico de um conceito. **Cadernos de História**, Belo Horizonte, n. 1, v. 1, p. 7-15, 1995.

OECD - ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **The principles of Public Administration**. Paris: SIGMA, [2020a]. Disponível em: <http://www.sigmaweb.org/publications/Principles-Public-Administration-Nov2014.pdf>. Acesso em: 04 mar.

2020.

OECD - ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **The Directorate for Public Governance**. [S. l.]: OECD, [2020b]. Disponível em: <http://www.oecd.org/gov/oecd-work-on-public-governance-2020.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2020.

PINHO, José Antonio Gomes de; SACRAMENTO, Ana Rita Silva Ana Rita Silva. Accountability: já podemos traduzi-la para o português?. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 43, n. 6, p. 1343-1368, 2009.

PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. Os Princípios mais Relevantes do Direito Administrativo. **Revista da Escola de Magistratura do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 42, p. 130-141, 2008. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista42/revista42\\_sumario.htm](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista42/revista42_sumario.htm). Acesso em: 14 mar.2020.

PONTELO, Juliana de Fátima; NEGRÃ Célia Lima. **Compliance, controles internos e riscos: a importância da área de gestão de pessoas**. São Paulo: Senac, 2014.

ROBINSON, Eric W. **The first democracies**. Stuttgart: Steiner, 1997.

SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SOUZA, Luciana Cristina. Dignidade humana na webesfera governamental brasileira. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, n. 3, p. 199-215, 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v7i3.4875>

VAZ, Henrique Cláudio de Lima. **Ética e cultura**. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB, 2004. v. 2.

**Como citar:** SOUZA, Luciana Cristina de; PRODEL JUNIOR, Luiz Henrique. Diretrizes de gestão de riscos e de integridade na Administração Pública. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 18, n. 1, p. 26-43, mai.2023 DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v18n1p. 26. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 26/03/2020

Aceito em: 24/02/2023

**A PRAGMÁTICA LINGUÍSTICA NO  
PROCEDIMENTO PENAL DO JÚRI:  
ANÁLISE DOS REQUISITOS PARA O  
DISCURSO RACIONAL EM TESE DEFENSIVA  
SUPRALEGAL ABSOLUTÓRIA**

LINGUISTIC PRAGMATICS IN THE CRIMINAL  
JURY PROCEDURE: AN ANALYSIS OF THE  
REQUIREMENTS FOR RATIONAL DISCOURSE IN  
SUPRA-LEGAL ACQUITTAL DEFENSE THESIS

**Silvio José Farinholi Arcuri\***  
**Clodomiro José Bannwart Júnior\*\***

\*Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal na Universidade Positivo, campus Londrina/PR. Doutorando e Mestre em Direito Processual Penal pela PUC-SP. Advogado.  
E-mail: arcuri@sercomtel.com.br

\*\*Doutor em Filosofia pela UNICAMP. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial na Universidade Estadual de Londrina.  
E-mail: cbannwart@hotmail.com

**Como citar:** ARCURI, Silvio José Farinholi; BANNWART JUNIOR, Clodomiro José. A ANPD e a fiscalização da governança corporativa de proteção de dados. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 18, n. 1, p. 44-62, mai.2023 DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v18n1p. 44. ISSN: 1980-511X

**Resumo:** Valendo-se de referenciais provenientes da pragmática linguística e dos princípios da plenitude da defesa e da soberania dos veredictos, os quais permeiam o caráter democrático do tribunal do júri, defende-se a importância do discurso racional, em procedimento aberto, público e transparente, como forma de produzir decisões fundamentadas argumentativamente que dissipem o arbítrio e o isolacionismo subjetivista. Defende-se, para isso, a comunicabilidade dos jurados, seja a partir de projeto de lei, seja, sobretudo, com os novos recursos trazidos pela filosofia da linguagem. Intenta-se, nesse sentido, tematizar uma incursão jusfilosófica que garanta o aprofundamento da tese ora defendida, interpelando a possibilidade de um processo participativo capaz de alterar o paradigma do livre convencimento subjetivo por um procedimento linguístico que abone decisões públicas justificadas discursivamente.

**Palavras-chave:** legalidade; causa supralegal; júri; discurso; comunicabilidade.

**Abstract:** From linguistic pragmatics and the principles of full defense and the sovereignty of verdicts, which permeate the democratic character of the jury court, this study explores the importance of rational discourse in the context of an open, public, and transparent procedure, as a means to produce argumentatively

grounded decisions that reduce arbitrariness and subjectivist isolationism. To this end, this paper defends the communicability of jurors, with the introduction of a bill or, above all, with the use of new resources derived from the philosophy of language. Therefore, this article intends to establish a legal and philosophical incursion, in a sense that it deepens the thesis defended herein, as it questions the possibility of a participative process capable of altering the paradigm of subjective and free conviction by a linguistic procedure that supports discursively justified public decisions.

**Keywords:** legality; supralegal cause; jury; discourse; communicability.

## INTRODUÇÃO

A pragmática é uma ciência empírica que foi incorporada ao debate filosófico, com ampla penetração na seara jurídica, a partir do século XX, sobretudo, no esteio das críticas dirigidas ao paradigma do sujeito, matizado na relação sujeito-objeto. Arquetizado no pensamento cartesiano e com forte presença no Idealismo Alemão, o paradigma do sujeito criou uma objetivação da realidade a partir da subjetividade, além de privatizar vivências e experiências incapazes de um controle intersubjetivo. O positivismo jurídico buscou refúgio nas dimensões semânticas e sintáticas dos enunciados jurídicos, operando-os sob a métrica da lógica formal. A pragmática linguística ganha fôlego, no entanto, com a preponderância que a filosofia da linguagem passou a gozar na segunda metade do século passado.

Destaca-se, num primeiro momento, a incursão da pragmática e do ethos na aplicação do direito, a qual ganha prioridade no contexto da argumentação e da decisão jurídica, com o propósito, sempre ciente, de afastar a discricionariedade e o arbítrio. O Tribunal do júri, nesse aspecto, não fica imune a tais mudanças, já que ele consagra a plenitude da defesa e a soberania dos veredictos, condições indispensáveis para a produção de um discurso racional sob a métrica da paridade democrática do uso da linguagem.

Num segundo momento, proclama-se a defesa da comunicabilidade entre os jurados, tendo como referência o projeto de lei do Senado Federal no. 156, de 2009 (BRASIL, 2009), e a base teórica advinda da filosofia da linguagem, que propõe a substituição do livre convencimento subjetivo por um processo linguístico justificado discursivamente. Trata-se de uma democracia processual, cujo alicerce passa pela simetria, pela dialeticidade e pela aceitabilidade do melhor argumento, em um procedimento intersubjetivo e transparente.

Por fim, demonstra-se a importância do emprego do discurso racional no júri, sobretudo, na sustentação de tese supralegal, destacando, para tanto, a necessidade de parâmetros que certifiquem a racionalidade discursiva, evitando os excessos de linguagem. Sustenta-se que a validade do discurso racional encontra guarida em pressupostos de ordem formal e material. No âmbito formal estão as regras do discurso, a racionalidade procedimental da linguagem e a correlação entre situação ideal de fala (transcendental) e situação real de fala (empírica). No âmbito material está a pluralidade de valores, que forma a diversidade ética (ethos) espalhada pelo tecido social.

O objetivo do artigo é aferir que a racionalidade comunicativa anuncia-se como configuração imprescindível e adequada para a gestão do entendimento em um mundo descentrado, plural e pós-convencional, obtendo significativa relevância, sobretudo, para o procedimento linguístico presente no tribunal do júri. Com o objetivo de justificar a temática apresentada sob a perspectiva da dogmática jurídica e de referenciais doutrinários e jurisprudenciais, será utilizado como recurso metodológico a análise de textos que abordam a reflexão jurídica e filosófica da matéria. Do ponto de vista do procedimento técnico, a pesquisa será bibliográfica e documental, contando com fontes primárias e secundárias.

## 1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A PRAGMÁTICA LINGUÍSTICA NO PROCEDIMENTO PENAL DO JÚRI.

A partir do século XX e, em especial, com o advento do chamado “giro-linguístico”<sup>1</sup>, diversos filósofos elaboraram teorias que fundamentassem o discurso racional, aquele capaz de ser desenvolvido por seus participantes em determinada situação comunicativa, sob a perspectiva das condições ideais de fala.

Apesar das diferenças existentes nas várias teorias que versam sobre a racionalidade do discurso jurídico, os parâmetros de investigação do discurso racional se fazem comuns a todas elas. Assim, compõem-se em seu “aspecto formal” (pela racionalidade procedimental discursiva, pragmática, argumentativamente desenvolvida com vistas à correção), bem como em seu “aspecto material” (por meio da análise crítica do ethos, adentrando-se, destarte, no conteúdo das normas direcionadas do agir social) (ALEXY, 2015, p. 3).

Essa primeira consideração se faz necessária, pois as teorias do discurso racional possuem regras diversas daquelas previstas, ou mesmo não adaptáveis, à situação comunicativa instituída para o procedimento do Júri brasileiro. Assim, seria de nenhuma utilidade prática idealizar um “referencial teórico” de discurso com viés ou abordagem filosófica em perspectiva isolada, sem poder suplantá-lo para um procedimento penal que é legal e, portanto, com regras rígidas e tipificadas.

Dessa forma, em razão dos parâmetros teóricos que são comuns para se identificar o discurso racional e da situação comunicativa prevista para o procedimento do Júri brasileiro, além de seus princípios e valores, é que devem ser analisados os subsídios para uma teoria acerca do discurso racional da tese defensiva supralegal, como a do perdão social (clemência) do acusado.

Portanto, preservando-se a abordagem do tema de acordo com a estrita legalidade procedimental, mantém-se o ideal do trabalho científico, no desiderato de que possa ser aproveitado, no cotidiano forense, nos incontáveis casos em que a questão será vivida.

Assevera-se, noutro modo, que o presente estudo se mostra necessário, pois a racionalidade

---

<sup>1</sup> Sobre o giro linguístico ou pragmática linguística, cabe uma nota que já abordamos em outro contexto, mas que ajudará a localizar a prezada leitora e o estimado leitor. O pensamento jurídico-filosófico se projeta, a nosso ver, a partir das demandas e dos problemas firmados historicamente. O início do século XX foi marcado por um movimento filosófico, surgido ainda no final do século XIX, que reuniu várias correntes e doutrinas com o objetivo de empregar a linguagem lógica como ponto central da filosofia e da fundamentação das teorias científicas. Trata-se do neopositivismo, que recebeu, ao longo do tempo, várias outras nomenclaturas, como filosofia analítica, positivismo lógico, empirismo lógico ou Círculo de Viena. Esse movimento constituiu uma reação ao idealismo alemão e à filosofia da consciência, de base subjetivista. O neopositivismo questionou um ponto fundamental do paradigma da consciência: como os atos mentais, que são subjetivos, podem assegurar a validade objetiva que requer a ciência? Para esse círculo de pensadores, os problemas filosóficos, sobretudo a questão do conhecimento, devem passar por uma rigorosa análise da linguagem. Eles consideravam que a linguagem detinha uma estrutura lógica subjacente, a ponto de o juízo proferido não ser mais interpretado como ato mental, mas como portador de uma proposição dotada de forma lógica. Em linhas gerais, passaram a defender a relação entre a forma lógica do juízo e a realidade que o juízo representa, crenes de que seria possível sustentar na estrutura lógica da linguagem uma base para a fundamentação objetiva da ciência. Essa posição desloca-se do primeiro para o segundo Wittgenstein. No “Tractatus Lógico-Philosophicus” persistia a ideia de fundamentar o conhecimento da realidade a partir da lógica e não da epistemologia. Nas “Investigações Filosóficas”, publicada em 1953, a discussão lógica da linguagem cede espaço para os múltiplos jogos de linguagem, operando-se a reviravolta pragmática-linguístico. A nova perspectiva de leitura impõe que a semântica (significado) é decorrente da pragmática – dos usos da linguagem praticados em diversos jogos de linguagem e nas mais diversas formas de vida. É a essa dimensão, a partir do desdobramento do segundo Wittgenstein e que se estende por outros pensadores, incluindo Jürgen Habermas, autor que o presente trabalho se filia, destacando o uso da linguagem (discurso) no espaço democrático do júri.

do discurso é elemento indispensável aos espaços democráticos. Assim, acontece no plenário do júri, quando cidadãos “aprendem a democracia participando dos processos de decisão do poder (jurisdicional) estatal sem perder o senso crítico nas divergências de opiniões dentro do grupo heterogêneo que deve ser o conselho de sentença” (RANGEL, 2012, p. 19).

Nesse sentido, buscar as bases e diretrizes do discurso racional da tese defensiva supralegal aplicável ao Tribunal do Júri importa na reflexão sobre o papel desta instituição democrática, nascida em meio ao movimento social e político que desencadeou o Constitucionalismo inglês em 1215<sup>2</sup> e que chegou ao Brasil em 1822, ainda nos tempos do Império.

Em dias atuais, muito mais do que o único órgão do Poder Judiciário competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, o Tribunal do Júri, alicerçado em cláusulas pétreas de nossa carta constitucional, apresenta-se como uma das garantias do indivíduo, indispensáveis à democracia.

Noutro turno, observa-se que a possibilidade do perdão social (clemência)<sup>3</sup> nos julgamentos havidos pelo Tribunal do Júri decorre de uma interpretação teleológica que o norteou e desaguou no advento da Lei 11.689/2008 (BRASIL, 2008) para alterar o Código de Processo Penal (BRASIL, 1941). A contemplação de um sistema aberto, também de forma indubitosa, fez reluzir suas garantias constitucionais, especialmente as da Plenitude de Defesa e Soberania dos Veredictos.

Nessa perspectiva, o princípio constitucional da plenitude de defesa (Art. 5.º, XXXVIII, “a”, CF) (BRASIL, 1988), aplicável somente aos julgamentos pelo Tribunal do Júri, deve ser visto de modo a consagrar a hipótese de sustentação das teses supralegais em plenário do júri, desde que observados os requisitos de seu discurso racional, que serão apresentados doravante (BRASIL, 1988).

Em relação à soberania dos veredictos (Art. 5.º, XXXVIII, “c”, CF) (BRASIL, 1988), a alteração legislativa reforçou o poder e a soberania do júri popular, que é insubstituível, para poder julgar e absolver o acusado ainda que por razões de sua íntima convicção (BRASIL, 1988). Esse preceito, aliás, tornou-se consagrado mesmo quando não sustentada, pela defesa técnica do acusado, a tese supralegal.<sup>4</sup>

Outro ponto não menos importante está no aspecto do aperfeiçoamento da jurisdição penal

---

2 Ribeiro explica que: “A Inglaterra construiu a democracia mediante um processo lento, que começa no século XII com o júri ou no XIII com o Parlamento. Os homens livres e proprietários – a classe média possível numa sociedade rural – votam desde então em deputados para o Parlamento, mas ao mesmo tempo participam, em suas aldeias ou cidades, em matéria judicial. Enquanto, no continente europeu, a justiça é distribuída por magistrados que pertencem à nobreza, vem de cima para baixo, na Inglaterra são os mais organizados dentre os homens comuns, dentre os plebeus, que resolvem boa parte das pendências que vão a juízo. Com isso, embora a Inglaterra seja, então, um país pobre e atrasado se comparado com o continente, um jurista do porte de Fortescue dirá, na década de 1470, que é exatamente por essa participação na coisa pública que os camponeses de seu país se vestem e se alimentam melhor que os da França. Os franceses comem cascas de árvores, os ingleses, carne. E Fortescue se entusiasma com a cerveja: aqui, diz ele, só se bebe água por dieta ou promessa” (RIBEIRO, 2017, p. 179-180).

3 A clemência, ou perdão social, foi prevista no ordenamento processual penal infraconstitucional pela Lei 11.689/2008 (BRASIL, 2008), que alterou o Art. 483 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), de modo a contemplar a possibilidade de absolvição do acusado por meio de causa supralegal dissociada das excludentes de responsabilidade previstas expressamente na legislação penal.

4 Diz o Art. 482 do Código de Processo Penal: “O Conselho de Sentença será questionado sobre matéria de fato e se o acusado deve ser absolvido. Parágrafo único. Os quesitos serão redigidos em proposições afirmativas, simples e distintas, de modo que cada um deles possa ser respondido com suficiente clareza e necessária precisão. Na sua elaboração, o presidente levará em conta os termos da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, do interrogatório e das alegações das partes” (BRASIL, 1941).

pelo Tribunal do Júri, caracterizado especialmente pela publicidade dos atos processuais e o do total uso da oralidade, pelo exercício da linguagem que é emancipatória e o caracteriza como a mais democrática instituição jurídica brasileira.

Assim, no Tribunal do Júri, os trabalhos são realizados a portas abertas, aos olhos e ouvidos de todos que se fizerem presentes. Como consequência do uso da linguagem falada e da situação comunicativa prevista,<sup>5</sup> tem-se a democratização do veredicto, que é apresentado ao povo, pelo próprio povo, logo ao final de sua sessão de instrução e julgamento.

Nesse desiderato, a Justiça se edifica em cada caso penal, em meio à produção de um discurso racional que perpassa não apenas pelos fundamentos de um direito penal positivado. As razões do Tribunal do Júri são pautadas por axiomas que inspiraram toda a Ordem constitucional, com referenciais éticos e jurídicos<sup>6</sup>, como os da Dignidade Humana, a nortear a pretensão de se alcançar uma sociedade livre, justa e solidária.

O Tribunal do Júri, também ao conferir ao Ministério Público e ao defensor do acusado as idênticas oportunidades de argumentação e refutação, torna-se um verdadeiro espaço público representativo da vontade democrática, quando juízes leigos, pessoas do povo que atuam no Poder Judiciário, têm os desígnios da sociedade em suas mãos, bem como a sorte de seu semelhante.

Por outro lado, embora o perdão social (clemência) se reporte a um direito processual democrático contemplativo do Estado Democrático de Direito e pautado pela soberania popular (e pelos veredictos pelo Tribunal do Júri), esse direito somente poderá ser reconhecido em meio a parâmetros que não o tornem “porta aberta” às ilegalidades ou abusos que podem desprestigiar a própria Instituição do Júri.

## **2 A IDEIA DE JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI: ALGUMAS PERCEPÇÕES PARA UM PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO**

Com o advento da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), o Tribunal do Júri mereceu o status de garantia individual por meio de sua inclusão entre as chamadas cláusulas pétreas,<sup>7</sup> insuscetíveis de modificação por meio de Emenda Constitucional, o que o consagrou como instituição representativa da democracia e da participação popular na jurisdição.

Não bastasse a ideia de se ofertar ao indivíduo a garantia de um julgamento por seus pares, nas acusações de crimes dolosos contra a vida perante o único juízo competente e natural do Tribunal do Júri, a Carta Política ainda fez questão de ressaltar a aplicação dos axiomas da plenitude de defesa, do sigilo das votações e da soberania dos veredictos.

5 As partes têm o direito à Plenitude de Defesa, quando dos debates orais na Sessão de Instrução e Julgamento, em igual tempo e com direito à refutação, réplica, tréplica, tudo em homenagem ao Princípio de Paridade de Armas.

6 No julgamento da ADPF 779 (BRASIL, 2021), o Supremo Tribunal Federal entendeu que o discurso da “Legítima Defesa da Honra” ofende a Dignidade Humana e deve ser considerado “atécnico e extrajurídico”, sendo exemplo de discurso que não preenche os requisitos de um discurso racional condizente com a Plenitude de Defesa, por corresponder a “um recurso argumentativo e retórico odioso, desumano e cruel”. Ao reafirmar sua decisão liminar, o ministro Dias Toffoli deu interpretação conforme a Constituição a dispositivos do Código Penal e do Código de Processo Penal, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa.

7 Art. 5º, XXXVIII, alíneas “a” a “d”, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

O julgamento pelo Tribunal do Júri, portanto, guarda a inspiração e os anseios democráticos da sociedade, construídos histórica e politicamente. Desta forma, entre seus princípios, apenas o do sigilo das votações<sup>8</sup> - baseado no sistema da íntima convicção, na incomunicabilidade entre os jurados e no voto secreto - vem recebendo solenes críticas pelos juristas, que o tiveram como retrocesso da democracia processual.

Nesse sentido, bem observa Paulo Rangel (2012, p. 86):

A justificativa de que a incomunicabilidade é necessária para que um jurado não venha a influir no voto do outro é falsa e desprovida de sentido de explicação histórica. Trata-se de uma medida arbitrária que não espelha a realidade do Tribunal do Júri, enquanto instituição democrática, muito menos, hoje, alcança o estágio de civilidade vivido pelos cidadãos brasileiros. É imperiosa a adoção da comunicabilidade entre os jurados a fim de que se possa extrair uma decisão justa, ou, ao menos, para conseguir que a decisão do júri seja menos injusta possível, ou que a decisão injusta seja cada vez mais rara, pois sempre fruto do debate, da discussão, da democracia processual.

De muita parte, importa considerar que o sigilo das votações (por conta da incomunicabilidade dos jurados durante as suas sessões de julgamento) não se harmoniza com os preceitos democráticos representados pela instituição do Júri, mesmo porque a sua comunicação não se traduziria em ofensa aos primados do Processo Penal ou em suposta possibilidade de negociação do veredicto.

De qualquer sorte, pelo próprio ordenamento jurídico processual, não poderão servir ao Júri aqueles jurados predispostos à absolvição ou à condenação do acusado,<sup>9</sup> o que naturalmente inviabilizaria o risco de formação de um pacto ou acordo<sup>10</sup> sobre a causa.

Aliás, em diversos casos, a possibilidade de discussão entre os jurados serviria de antídoto às manipulações políticas que historicamente cercaram o Processo Penal, bem como ao atual e reluzente direito penal midiático propalado pelo sensacionalismo exacerbado das redes televisivas, sempre a serviço da cultura do ódio e da intolerância.

Noutro modo, por ostentarem a própria soberania popular da qual emanam todos os poderes, por sua necessária qualidade de cidadãos,<sup>11</sup> salutar seria que os jurados, advindos de uma sociedade plural, pudessem trazer para o julgamento, eminentemente democrático, as ponderações acerca de suas vicissitudes e experiências. Assim, no sentido de olharem melhor para as provas do processo e, sobretudo, para o outro, aquele que está a ser julgado por seus pares.

Por meio dessas ponderações, os jurados fariam ainda melhor juízo de valor da conduta do acusado, pautados por referenciais jurídicos, éticos e de juízos práticos e morais do “dever-ser” praticados em sua própria comunidade.

8 Dizem os Art. 486 e 487 do Código de Processo Penal: “Antes de proceder à votação de cada quesito, o juiz presidente mandará distribuir aos jurados pequenas cédulas, feitas de papel opaco e facilmente dobráveis, contendo 7 (sete) delas a palavra *sim*, 7 (sete) a palavra *não*. “Para assegurar o sigilo do voto, o oficial de justiça recolherá em urnas separadas as cédulas correspondentes aos votos e as não utilizadas” (BRASIL, 1941).

9 Diz o Art. 499 do Código de Processo Penal: “Não poderá servir o jurado que: ...III - tiver manifestado prévia disposição para condenar ou absolver o acusado” (BRASIL, 1941).

10 Em nosso sistema processual penal, em regra, a ação penal é pública e indisponível. Diz o Art. 42 do Código de Processo Penal: “O Ministério Público não poderá desistir da ação penal” (BRASIL, 1941).

11 Diz o Art. 436 do Código de Processo Penal: “O serviço do júri é obrigatório. O alistamento compreenderá os cidadãos maiores de 18 (dezoito) anos de notória idoneidade” (BRASIL, 1941).

Nesse aspecto, a ausência de discussão e reflexão acerca dos temas da causa pelo Conselho de Sentença leva ao caminho inverso da democracia. Isso porque o processo penal democrático do Júri deverá compor sempre uma situação comunicativa exaustivamente dialogada, argumentativa, no mais possível. Para se alcançar a democracia processual necessária, portanto, torna-se indispensável ampliar o uso da oralidade no Tribunal do Júri, pois a linguagem é emancipatória, o caminho do conhecimento e, assim, do próprio aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.<sup>12</sup>

Acerca da questão, bem pondera Hermínio Alberto Marques Porto, José Gonçalves Canosa Neto e Marco Antônio Marques da Silva (1997, p. 86):

O Júri, no nosso processo penal, deveria obedecer aos cânones da mais ampla oralidade. Infelizmente, o que possui desta é tão-só o torneio dialético da acusação e defesa, visto que o Tribunal do Júri, entre nós, se despido daquele ritualismo característico do procedimento ante o plenário, pouco terá desta instituição como organismo de julgamento popular.

Salientam, ainda, que a legislação processual penal admite que se reduza a oralidade do procedimento, o que desnatura a própria essência do Júri (PORTO; CANOSA NETO; SILVA, 1997, p. 86):

Como o código vigente admite que sejam dispensados os depoimentos já ouvidos na instrução (art. 561, nº IV), e declara facultativo arrolarem-se testemunhas no libelo (art. 417, §2º), ou na contrariedade (art. 421, parágrafo único), é muito difícil haver inquirição em plenário. O jurado se vê assim na contingência de decidir, com o seu livre convencimento, baseado apenas em peças escritas do processo, ou no que lhe dizem a acusação e a defesa. Tudo isso, como vimos salientando, desnatura o Júri.

Ainda acerca da importância da oralidade no Processo Penal, bem ensina Pedro Henrique Demercian (1999, p. 117):

[...] o processo escrito não traz maior segurança na produção, análise e valoração da prova. Ao contrário, retira do juiz o mais útil instrumento de que ele dispõe para a formação de sua convicção: a observação viva e dinâmica dos fatos, que só o processo oral pode descortinar. Até porque, neste, o julgador está mais próximo de seu objeto de investigação (reconstrução histórica do fato *probando*), o que assegura uma decisão justa.

---

<sup>12</sup> Nesse sentido, a importância e a perspectiva do agir comunicativo com origem no pensamento de Habermas, orienta Alexandre Araújo Costa (2011) (extraídas do texto “A ética do discurso de Habermas”): “Na tentativa de fundamentar a validade objetiva de enunciados morais, Habermas desloca o eixo da discussão tradicional. Ele parte da admissão de que foram falidas todas as tentativas de afirmar que essa validade é uma característica intrínseca ao enunciado, que poderia ser percebida a partir de uma espécie de observação cuidadosa. Em sentido diverso, ele busca a fundamentação no efetivo diálogo, tentando extrair essa validade objetiva da argumentação moral, e não do conteúdo da norma. Habermas afirma que, nas relações quotidianas (seguindo a intuição de Strawson de que é preciso partir das efetivas relações sociais), há uma diferença entre a pretensão de verdade e pretensão de validade, e para desenvolver essa ideia, ele retoma a distinção entre o agir estratégico (busca de fazer com que outra pessoa atue da forma que você considera adequada), e o agir comunicativo (busca de convencer outra pessoa de que ela deveria agir da forma adequada, persuadindo o outro a aderir ao seu posicionamento). No agir comunicativo, o falante tenta convencer racionalmente o ouvinte das suas próprias razões. Assim, tudo o que o falante diz tem uma pretensão de validade, ou seja, ele somente pode falar coisas que ele tem bons motivos para considerar verdadeiras. Portanto, se o ouvinte pode ser convencido, é porque as afirmações do falante podem ser justificadas discursivamente (o que Habermas chama de resgate da pretensão de validade)”.

Aliás, o melhor modelo de processo penal será sempre aquele contemplativo da interação de seus atores processuais, com a mais ampla utilização da linguagem (oralidade), comunicação e imediação, conforme orienta Hassemer (2005, p. 215-217):

O modelo de acordo com o qual o Código de Processo Penal ordena e organiza a compreensão cênica com maior ênfase é o do princípio da imediação e da oralidade da audiência principal. A instrução pode (e deve) ter produzido amplamente o caso [...] os objetos de prova são assegurados: o caso, de certo modo, deve ser produzido novamente na audiência principal e ali com interação imediata e a comunicação dos participantes [...]. Somente os dados que são levados pela linguagem (oralidade) e somente as próprias percepções do Tribunal (imediação) são um apoio apto para a formulação da sentença [...]. Os princípios da imediação e oralidade [...] são expressão do empenho por excluir radicalmente a compreensão do texto da fase de produção e ordenar com consequências estritas o que nesta fase de qualquer forma não se pode evitar: a compreensão cênica com todas as suas complicações de garantia e referência [...].

Em vista dessa realidade, no sentido de solucionar a deficiência comunicativa do atual Júri brasileiro, o Projeto de Lei do Senado Federal nº 156, de 2009 (BRASIL, 2009), do novo Código de Processo Penal, prevê, para o Tribunal do Júri, a comunicabilidade entre os jurados. Assim, depois de encerrada a instrução e os debates, antes de decidirem a causa, “deverão se reunir em sala especial, por até uma hora, a fim de deliberarem sobre a votação” (SENADO FEDERAL, 2009).

Portanto, sob a perspectiva da oralidade (linguagem), o novo Código de Processo Penal, se aprovado, proporcionará uma adequada situação comunicativa para o procedimento do Júri, permitindo-lhe maior nível de democratização e qualidade jurisdicional de seus veredictos.<sup>13</sup>

A par da ausência de comunicabilidade, também é justo destacar que inúmeros julgamentos havidos pelos juízes do povo têm mostrado soluções interessantes. Assim, denota-se um conselho de sentença por vezes formado com enormes diferenças culturais, étnicas, sociais e econômicas, mas que guarda vínculos de solidariedade social que mantém a existência do próprio povo, pela ideia de que se constrói a cada dia uma democracia republicana com anseios de justiça.

Desta forma, livres das amarras de um legalismo exagerado,<sup>14</sup> os jurados constroem o seu veredicto em meio à democracia processual que, por ser democracia, também se mostra em constante construção e evolução, a ser sustentada por uma visão ética e pelo sentimento de solidariedade social a servir à Dignidade da Pessoa Humana.

Noutro modo, ainda que desprovido da situação comunicativa ideal, a mudança no procedimento, com a necessidade de inclusão do quesito genérico de absolvição<sup>15</sup> (“se o jurado

13 Relata Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 51) que a comunicabilidade tem sido alvo de críticas no Júri inglês: “Os pontos positivos do júri baseiam-se na sua tradição e na ausência de dados concretos e graves de que se trata de um órgão nocivo ao sistema judiciário. Por outro lado, os negativos concentram-se na influência que os jurados exercem uns sobre os outros na sala secreta, alterando a imparcialidade do tribunal, bem como no fato de que há uma tendência natural a absolvições infundadas, especialmente de criminosos profissionais”.

14 Nos julgamentos pelo juiz togado, vigora o princípio da “absolvição vinculada”, quando o magistrado deverá, sob pena de nulidade da decisão, dar fundamentação à decisão absolutória em uma das hipóteses previstas no Art. 386 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

15 Art. 483, §2, Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 11.689, de 09/06/2008 (BRASIL, 1941).

absolve o acusado?") inaugurou um novo sistema comunicativo para o Júri brasileiro.

Assim sendo, a alteração do paradigma de decisão vinculada apenas à lei, outrora baseado num "sistema fechado", para se tornar um "sistema aberto", como se dá nos países de Common Law, a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos da América do Norte, fez-se potencializar o uso da linguagem no Tribunal do Júri.

Ao contrário de um sistema legislativo, num sistema jurisprudencial, como é o anglo-americano, de maneira intencional, "o direito deixa subsistir muitas lacunas, quando a razão é chamada para preencher essas lacunas de acordo com o caso concreto" (DAVID, 2014, p. ??). Dessarte, a razão se dá ou se constrói pelo debate, em um sistema adversarial, no qual reina a argumentação, a dialeticidade, para a realização de um direito dinâmico e mais democrático, pautado por um discurso<sup>16</sup> como aceito e reconhecido pela ordem jurídica vigente.

Em idêntica forma, elevando-se o grau de democratização nas decisões do Júri, também se reforçou a garantia individual da plenitude de defesa, que é princípio constitucional do Processo Penal.

Aliás, as garantias individuais previstas constitucionalmente para o Júri (plenitude de defesa, sigilo das votações, soberania dos veredictos e juízo natural para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida) devem ser sempre analisadas conjuntamente, pois se trata de ditames cogentes que se completam, invioláveis e indisponíveis pelo próprio acusado. Isso porque a tutela de inocência configura não só um interesse individual,<sup>17</sup> mas social, a ser preservado pelo juiz presidente do tribunal,<sup>18</sup> sob pena de nulidade do processo.

Por tal razão, a eficiência da defesa a ser apresentada em plenário do júri deve ser aferida pelo seu juiz presidente. Esse exercerá um controle acerca da linguagem do defensor, fiscalizando se todas as possíveis vertentes probatórias do caderno processual estão sendo exploradas, de modo que sejam apresentadas as teses jurídicas de exclusão ou diminuição de responsabilidade penal

<sup>16</sup> Interessante a consideração de Gabriel Chalita sobre a dinâmica do direito e a importância do discurso no Tribunal do Júri: "No entanto, o Direito é uma ciência humana, e por isso não pode ser entendido e aplicado como se fosse meramente técnica, um conhecimento exato. Conhecer e dominar o Direito não se resume ao conhecimento das normas, dos ordenamentos jurídicos. Aplicar o Direito não depende apenas da observância das leis e do estudo das evidências. Embora sustentado firmemente sobre seu saber estabelecido, o Direito deve ir além dele, para promover justiça. Os procedimentos jurídicos dizem respeito a subjetividades que precisam, de alguma forma, ser atendidas, para que uma decisão justa possa ser alcançada em cada caso. É preciso levar em consideração o fator humano de todos os envolvidos na ação da justiça: réu, vítima e os membros da comunidade. Muitas vezes, as provas, consideradas isoladamente, são insuficientes ou contestáveis. Ao mesmo tempo, frequentemente os testemunhos podem ser atacados em sua credibilidade. Além disso, laudos, cuja realização foi ordenada pelo Judiciário, podem não ser conclusivos. Quando um ou mais desses elementos estão presentes (e sempre estarão) num processo, semeando dúvidas importantes, qual fator será determinante para a escolha entre condenar ou absolver um réu? Sem dúvida, as falas do promotor de justiça ou do advogado de defesa terão um papel decisivo. E, ao ponderar esse aspecto, somos obrigados a considerar o poder de sedução de cada parte como um elemento fundamental no cumprimento das condições intrínsecas à aplicação do Direito, assim como à sua complexidade e à sua subjetividade. Tão importantes são os discursos desses profissionais em seu ofício, que podemos conceber o Direito – dentre outras formas possíveis – como uma ciência da argumentação" (CHALITA, 2007, p. 1-2).

<sup>17</sup> Bem pondera Aury Lopes Jr: "O Estado deve organizar-se de modo a instituir um sistema de 'Serviço Público de Defesa', tão bem estruturado quanto o Ministério Público, com a função de promover a defesa de pessoas pobres e sem condições de constituir um defensor. Assim como o Estado organiza um serviço de acusação, tem esse dever de criar um serviço público de defesa, porque a tutela da inocência do imputado não é só um interesse individual, mas social" (LOPES JUNIOR, 2021).

<sup>18</sup> Enuncia o art. 497 do Código de Processo Penal: "São atribuições do juiz presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente referidas nesse Código: V - nomear defensor ao acusado, quando considerá-lo indefeso, podendo, nesse caso, dissolver o Conselho e designar novo dia para o julgamento, com a nomeação ou a constituição de novo defensor" (BRASIL, 1941).

para que o acusado não fique indefeso.

Nesse aspecto, bem consideram Hermínio Alberto Marques Porto, José Gonçalves Canosa Neto e Marco Antônio Marques da Silva (1997, p. 318) que a defesa em plenário do Júri se contenta com uma “defesa razoável”, que sustente os pontos favoráveis ao acusado:

Considera-se o réu indefeso quando deficientes as alegações orais do advogado que lhe patrocina a causa. É obvio que se não vai exigir do defensor uma peça perfeita de dialética forense, e, muito menos, produção jurídica de alto valor doutrinário. O que dele se deve esperar é, pelo menos, uma defesa razoável, exposto com ordem e clareza, de maneira a focalizar os pontos e questões favoráveis ao réu para que, assim, os jurados decidam depois de suficientemente esclarecidos.

Portanto, a “Plenitude de Defesa”, a se contemplar por uma defesa tecnicamente razoável, na perspectiva da linguagem do atual processo penal do Júri, também está a vincular-se a uma faculdade conferida ao defensor, pela edição da Lei 11.689/2008 (BRASIL, 2008), de fazer uso de um novo discurso, das teses supralegais em favor do acusado.

Sobre o tema, bem pondera Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 300.):

Em nossa visão, sabendo que o quesito (inciso III, art. 483) é obrigatório e será oferecido à apreciação dos jurados, deve o defensor, ainda que pretenda negar a autoria, ter disponível qualquer tese subsidiária, para apresentar ao Conselho de Sentença, quando da apreciação do quesito indagando se o acusado deve ser absolvido.

Referidas percepções, que decorrem de um aspecto da utilização da linguagem em seu plano pragmático, legalmente prevista para o procedimento do Júri brasileiro, fazem compreender a criação de um novo sistema comunicativo, mais discursivo e, assim, aberto.

Portanto, instituindo-se a comunicabilidade entre os jurados, certamente o Tribunal do Júri alcançará ainda maior democratização e aperfeiçoamento de seus veredictos, reluzindo-se, também nesse sentido, a importância do uso da linguagem no Processo Penal.

A reivindicação da comunicabilidade entre os jurados passa, necessariamente, como dito, pela defesa de uma democracia processual. Neste ponto, em específico, vale buscar aporte em Habermas, que caminha na esteira de Klaus Gunther, ao colocar a distinção entre liberdade comunicativa e liberdade subjetiva.

A liberdade comunicativa depende de uma relação intersubjetiva e implica, pois, o enfoque performativo, já que os atores envolvidos estão ligados por obrigações ilocucionárias. Significa que os sujeitos dispostos a agir comunicativamente precisam fundamentar suas pretensões de validade (verdade, correção e veracidade) levantadas por meio de atos de fala, apoiando-se em argumentos que detêm uma “força racionalmente motivadora”. A coordenação de ações é assegurada na reciprocidade que os atores mantêm e no reconhecimento das pretensões de validade (verdade, correção e veracidade) erguidas por ambos e aceitos sob a força do melhor argumento.

Tais aspectos da liberdade comunicativa são esvaziados na prática da liberdade subjetiva, já que esta não leva em consideração a força do melhor argumento, até porque o sujeito, no

exercício desta liberdade, sob o domínio de sua estrita privacidade, “retira-se do espaço público das obrigações ilocucionárias recíprocas para uma posição de mera observação” (HABERMAS, 1997, p. 156). A liberdade subjetiva representa, nesse aspecto, duas recusas: a recusa do agir comunicativo e a recusa de obrigações ilocucionárias.

Há de se notar que a liberdade subjetiva, presa ao paradigma do sujeito, orienta a tomada de decisões a partir da motivação íntima ou da livre motivação. A decisão é, nesse sentido, fruto de uma insondável e reservada deliberação subjetiva. No plano da liberdade comunicativa, a subjetividade é transladada para o âmbito intersubjetivo, exigindo o uso da linguagem que, implicado em obrigações ilocucionárias, torna público não apenas os caminhos que produziram a decisão, mas igualmente a sua fundamentação. A motivação, nesse caso, é construída intersubjetivamente e justificada de forma pública e transparente, portanto, democrática.

### 3 DOS PRESSUPOSTOS FORMAL E MATERIAL DE VALIDADE DA TESE DEFENSIVA SUPRALEGAL ABSOLUTÓRIA PERANTE O TRIBUNAL DO JÚRI

O Processo Penal democrático do Júri desenvolver-se-á essencialmente pela oralidade, pelo uso da linguagem de seus atores processuais, quando cada um deles, na realização de seu “papel” de representação do caso penal, apresentará um discurso.

Todavia, interessante lembrar que nem todo discurso poderá ser aceito no Processo Penal e ainda menos no procedimento democrático do Júri, quando seu juiz presidente irá “dirigir os debates, intervindo em caso de abuso, excesso de linguagem ou mediante requerimento de uma das partes”.<sup>19</sup>

A consideração se faz necessária, pois a possibilidade de sustentação de teses defensivas supralegais, a exemplo do perdão social (clemência), em plenário do Júri decorre de uma nova *situação comunicativa* prevista para o processo penal, havido em homenagem à Plenitude de Defesa e em decorrência do quesito genérico e obrigatório: “o jurado absolve o acusado?”.<sup>20</sup>

Esse novo *discurso* da defesa, contudo, demanda análise e controle, de modo a vedar-se a prática de eventual *excesso de linguagem* a culminar na ausência de lisura do procedimento penal.

Desta forma, primeiramente interessa recordar que o Código de Processo Penal, em seu artigo 564, III, “I”, proclama a nulidade “por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: I) a acusação e a defesa, na sessão de julgamento”. Em interpretação do dispositivo legal, lecionam Marco Antonio Marques da Silva e Jaime Walmer de Freitas (2012, p. 804) que a nulidade não decorre simplesmente da falta de presença física do defensor, devendo ser proclamada, em idêntica forma, aos casos de ausência de uma defesa técnica efetiva:

Na sessão de julgamento, os principais protagonistas ao lado do réu, acusador e defensor, não podem se ausentar. Nada impede, contudo, que o MP peça a absolvição em plenário, pois o que a lei exige é a presença física das partes no julgamento, defensoria e órgão de acusação. Ressalve-se que, quanto à defesa,

<sup>19</sup> Art. 497, III, Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

<sup>20</sup> Art. 483, §2º, Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

não basta a simples presença física da defensoria, impondo a defesa efetiva do réu, sob pena de nulidade do julgamento em face da ausência de defesa.

Por outro lado, o próprio código também veda a apresentação de teses ilegais pelo discurso da defesa, pois, em tal hipótese, as consequências serão a declaração de réu indefeso e a consequente dissolução do Conselho de sentença pelo juiz presidente do Júri.<sup>21</sup>

Acerca dessa realidade, recordam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho (1997, p. 78) que a infringência ao disposto no artigo 497, V, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) é causa ensejadora de nulidade absoluta do processo penal.<sup>22</sup>

Assim sendo, a sustentação de teses ilegais em plenário do Júri culminará em nulidade de seu procedimento por ofensa às regras processuais discursivas, como deverá ocorrer, em idêntico modo, naqueles casos de utilização de argumentos de autoridade pelas partes, em virtude da regra proclamada no artigo 478 do Código de Processo Penal, também modificado pela Lei 11.689/2008 (BRASIL, 2008).<sup>23</sup>

Portanto, denota-se claramente a intenção do legislador de se criar mecanismos, princípios e referenciais pragmáticos para o controle judicial do exercício da linguagem, notadamente durante os debates, de modo a se alcançar a *praxis* do discurso racional, absolutamente indispensável ao processo penal democrático do Júri.

A propósito, interessante recordar a consideração de Guilherme de Souza Nucci, segundo a qual as teses supralegais “não são ilegais, nem fazem parte do direito alternativo”, pois são “teses implícitas ao ordenamento jurídico penal”, conforme se observa a seguir (NUCCI, 2008, p. 333):

21 Diz o Art. 497 do Código de Processo Penal. “São atribuições do juiz presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente referidas nesse Código: [...] V- nomear defensor ao acusado, quando considerá-lo indefeso, podendo, neste caso, dissolver o Conselho e designar novo dia para o julgamento, com a nomeação ou a constituição de novo defensor” (BRASIL, 1941).

22 No mesmo sentido, Rosmar Rodrigues Alencar dá os seguintes exemplos de nulidades absolutas decorrentes de violação ao direito de defesa e de acusação em plenário do Júri, independentemente de serem alegadas logo que ocorrerem, consignando-as em ata (art. 571, VIII, CPP): “É o caso de redução de prazo regulamentar de sustentação oral (art. 476, CPP) ou impedimento indevido para o Ministério Público replicar e para a defesa treplicar (art. 477, CPP). Tais vícios são insanáveis pelo decurso do tempo durante a vida do processo” (ALENCAR, 2016, p. 573).

23 Enuncia o Art. 478 do Código de Processo Penal: “Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências: I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado; II – ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo” (BRASIL, 1941). Acerca dessa nulidade, em virtude da “criação de um tipo processual penal aberto”, Edilson Mougenot Bonfim faz interessante consideração, sustentando sua inconstitucionalidade: “Afinal, o que é mesmo ‘argumento de autoridade’? O problema já começa com a definição da palavra ‘argumento’, já que esta, vindo do latim, *arguere*, tem vários significados: mostrar antes de demonstrar, apresentar antes de provar etc. Assim, se a noção de argumento não recebeu uma noção jurídica precisa, menos ainda a expressão ‘argumento de autoridade’, donde se concluir inexistir precisão legislativa, porquanto não se sabe qual o significado que se quis emprestar à expressão. Costuma-se, é verdade, para exemplificar o que seja ‘argumento de autoridade’, invocar em defesa de uma tese a autoridade de algo ou alguém, no modelo *Magister dixit* (“o mestre disse”), o que se convencionou chamar de falácia genética: “o tribunal ‘x’, que é a suprema corte de justiça, decidiu que...”; “o jurista ‘y’, especialista no tema e de notável saber jurídico, afirmou tal coisa”. Assim, a coisa valeria não pelo que é, mas pela crença de onde provenha. [...] A resposta fala em favor da inconstitucionalidade do artigo, na medida em que cerceia o direito de acusação e da defesa, ferindo o devido processo legal constitucional (art. 5º, LIV). É que a expressão pertence ao domínio da teoria da argumentação e da filosofia – o artigo configura-se em verdadeira norma processual penal em branco, buscando completude em seara alheia à processualística – parecendo-nos absolutamente inapropriada às regras do moderno processo penal, sobretudo pela largueza que contempla sua definição (tipo processual penal ‘aberto’ ou ‘sem fim’?), inabarcável para os fins de um mínimo ‘princípio de segurança jurídica’ a que se deve propor” (BONFIM, 2018, p. 302-303).

Lembremos que as teses supraleais não são ilegais, nem fazem parte do direito alternativo. Cuidam-se de teses implícitas ao ordenamento jurídico penal, olvidadas pelo legislador no momento de redigir o Código Penal, mas que podem emergir pela força interpretativa da doutrina e jurisprudência, analisando os demais institutos vigentes.

E continua:

Dessa forma, é vedado ao defensor expor teses ilegais, cabendo ao juiz presidente zelar pela plenitude de defesa, ou seja, pela qualidade da defesa técnica atuante em favor do réu. Se, porventura, alguma tese juridicamente inexistente for aventada, é preciso haver a intervenção do magistrado, buscando coibir a continuidade da exposição, sob pena de declarar o réu indefeso. Essa atitude do juiz é indispensável, pois, com o novo modelo de quesito, não se trata, simplesmente, de deixar de elaborar os quesitos em relação à tese inadequada, pois os jurados podem levá-la em conta quando forem responder a genérica indagação: “o jurado absolve o acusado?”. Desse modo, levantada uma tese ilegal qualquer (ex: argumenta o defensor que o réu matou um bandido e que ‘fazer justiça pelas próprias mãos’ é um direito de todo cidadão), não pode o juiz presidente permitir a sua exposição em plenário. Assim fazendo, evitará que seja levada em consideração futuramente, no momento de votar os quesitos na sala especial (NUCCI, 2008, p. 333).

Nesses moldes, se há uma necessidade de controle judicial de modo a coibir o excesso de linguagem na sessão plenária, resta-nos indagar: quais seriam os parâmetros para um discurso racional da defesa quando sustentada a tese supraleal?

Mesmo porque, conforme mencionado, a tese supraleal, embora não prevista explicitamente em lei (como a causa justificante da legítima defesa, por exemplo), também deverá ter como referência o próprio ordenamento jurídico que a permitiu.

Tais parâmetros, inclusive, são necessários especialmente para fins de se ter a possibilidade de impugnação da decisão absolutória por causa supraleal em grau de recurso.

Ressalte-se, contudo, que a absolvição por causa supraleal se reporta às questões de política criminal, notadamente por se tratar de causa de exclusão de responsabilidade penal diversa das causas justificantes e dirimentes de culpabilidade, atreladas à análise da prova processual.

Assim, na perspectiva de um sistema aberto, discursivo, não resumido à possibilidade de se invocar teses legalmente previstas no Código Penal (justificantes e dirimentes) (BRASIL, 1940) em favor do acusado, permitiu-se, pela garantia do Tribunal do Júri, o intento de se buscar solução possivelmente mais justa a certos casos penais.

Dessa forma, no ideal da reforma processual penal, a inclusão do quesito genérico e obrigatório de absolvição servirá àquelas realidades nas quais não haverá sentido para se aplicar as sanções aflitivas do direito penal. Essa percepção, não oriunda da legislação penal, será extraída do livro da vida, ao se sentir, verdadeiramente, os infortúnios que rondaram as partes de um processo

penal.<sup>24</sup>

Por outro lado, se a sustentação das teses supralegais, como a do Perdão Social (clemência), decorre de um direito implícito ao ordenamento jurídico, essa faculdade, conferida a defesa, demanda maior reflexão.

Nesse sentido, o pretexto de uma íntima convicção e de uma livre decisão pelo Conselho de Sentença não poderá justificar a prática de um livre discurso pela defesa do acusado, pois o direito no Tribunal do Júri também é a palavra, mas essa palavra, na democracia, não poderá ser contemplativa de excesso de linguagem.

A consideração se faz necessária, pois não se tem observado, pela doutrina e jurisprudência, a abordagem do tema da absolvição pelo “quesito genérico” no contexto do uso da linguagem no processo penal do Júri.

Sendo assim, os parâmetros a serem observados para a prática do discurso racional serão extraídos da própria sistemática processual penal vigente, pois a própria hipótese de absolvição por causa supralegal está assim amparada<sup>25</sup>, em que pese não prevista expressamente no Código Penal.

Porém, é de se destacar que o referencial que se guarda a aferir a prática do discurso racional da tese supralegal, obviamente, não se estrutura e muito menos se justifica na prova dos autos, e sim, por sua construção discursiva de acordo com a situação comunicativa havida para o procedimento legal do Júri, o que perpassa pela observância das regras do discurso, de modo a lhe conferir validade.

Por tal razão, se a defesa do acusado vier a sustentar a tese supralegal em plenário do Júri e praticar excesso de linguagem, sendo o réu absolvido, o júri deverá ser anulado, da mesma forma, por exemplo, quando se sustenta uma tese de legítima defesa inexistente.

Feitas essas considerações, já se tem a possibilidade de traçar os parâmetros para se atestar a prática de um discurso racional da tese defensiva supralegal para o perdão social (clemência) do acusado pelo Júri.

O discurso racional da tese defensiva supralegal será alcançado desde que observados os seus pressupostos formal e material de validade.

Pelo “aspecto formal”, a racionalidade procedimental discursiva será aquela desenvolvida na situação pragmática e com vistas à correção, ou seja, quando, desde que respeitadas as regras

24 Entre outros casos que acompanhamos pelo ofício profissional, interessantes foram a Sessão de Instrução e Julgamento havida pelo Tribunal do Júri da Comarca de Londrina, em 19/07/2012, relativa ao processo n.º 2007.0002086-4, quando, por 4 votos a 3, o Conselho de Sentença não acatou a tese defensiva do Perdão Social em favor do acusado Fernando Henrique Barboza dos Santos. Referido acusado matara o próprio irmão com um disparo de arma de fogo pelas costas, após inúmeras investidas da vítima, toxicômano inveterado, contra seus familiares e a própria mãe. O julgamento se desenrolou com enorme emoção entre os familiares e todos os presentes. Ao final, o Conselho de Sentença admitiu as circunstâncias do duplo privilégio: da violenta emoção, logo após a injusta provocação da vítima e do relevante valor moral, o que reduziu a pena do acusado, após a interposição de recurso de apelação, a 02 (dois) anos de reclusão. Já em solução diversa, na Sessão de Instrução e Julgamento também pelo Tribunal do Júri de Londrina, ocorrida em 02/04/2013, relativa ao processo n.º 2005.0006708-5, por 4 votos a 1, o Conselho de Sentença acatou a tese do Perdão Social em favor do acusado Renato Luiz do Nascimento, que matara o ex-marido de sua amásia. A vítima, alcoólatra, violentava diuturnamente sua ex-mulher e filhos menores. Os filhos da vítima, já maiores em data do julgamento havido após 08 anos do fato, demonstravam nitidamente torcer pela absolvição do acusado, por entenderem que o próprio pai, então por sua violência e comportamento irascível, teria sido o verdadeiro “causador” do episódio.

25 Art. 483, III e §2º, Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

do discurso, não se adquire um resultado necessariamente justo, mas formalmente aceito (ALEXY, 2015, p. 3).

Dessa forma, tem-se que o pressuposto formal de validade da tese defensiva do Perdão Social (clemência) estará consubstanciado pela observância das regras processuais que compõem a situação comunicativa legalmente prevista para o procedimento do Júri. Noutras palavras, pelo respeito às regras do procedimento penal, que já estabelece uma situação ideal de fala, com idênticas oportunidades de argumentação e de refutação à acusação e defesa.

Aqui, também se recorda a necessidade do registro da tese supralegal sustentada pela defesa em ata de julgamento. Não apenas por previsão legal, mas também para que possa ser impugnada em grau de recurso.<sup>26</sup>

Essa consideração é relevante, porque o Conselho de sentença, mesmo que não sustentada qualquer tese supralegal em favor do acusado, por conta de que o quesito genérico é também obrigatório, poderá absolvê-lo por razões de íntima convicção. Todavia, situação diversa será quando a defesa do acusado sustentar a tese supralegal utilizando-se do excesso de linguagem.

Conforme retratado anteriormente, para os casos de excesso de linguagem, o juiz presidente deverá dissolver o Conselho de Sentença, designando outro dia para o júri. Não obstante, mesmo diante dessa constatação, é possível que o contrário venha a ocorrer, decidindo o magistrado em prosseguir com o julgamento.

Diante dessa situação, para possibilitar a impugnação de eventual decisão absolutória em grau de recurso, será necessário se fazer constar da ata de julgamento que o defensor pleiteou a absolvição por causa supralegal e que, durante o uso da palavra, praticou o excesso de linguagem (fazendo-se também constar na ata de julgamento as expressões que teriam caracterizado o excesso).

Já em relação ao seu pressuposto material, a prática do discurso racional será perquirida por meio da análise crítica do ethos, adentrando-se, destarte, no conteúdo das normas direcionadas do agir social, quando a tese supralegal não poderá ser ilegal ou contrária ao ordenamento jurídico (ALEXY, 2015, p. 3).

Na perspectiva do ethos, em vista de que o Tribunal do Júri tem a vocação constitucional de representação do Estado Democrático de Direito, a tese supralegal como a do perdão social (clemência) se sustentará por um discurso que mantenha afinidade com os valores éticos e jurídicos preservados pela própria Instituição, como os da Dignidade da Pessoa Humana.

Dessa maneira, poder-se-á denominar de discurso ético aquele que se utilizará necessariamente de juízos, normas e valores que encontrem respaldo no sistema jurídico, não o contrariando. Nesse sentido, orienta João Maurício Adeodato (2014, p. 140, 367):

Tradicionalmente tem-se concebido a comunicação como uma troca de informações que cada participante detém, mas esse é mais um preconceito ontológico, como se a comunicação fosse o resultado de alguma coisa previamente existente, a ação de externar algo anterior, externar informações. Numa filosofia retórica,

<sup>26</sup> Atual redação do Art. 495, CPP: “A ata descreverá fielmente todas as ocorrências, mencionando obrigatoriamente: [...] XIV – os debates e as alegações das partes com os respectivos fundamentos; [...]” (BRASIL, 1941).

comunicar significa os participantes construírem conjuntamente informações. E essa construção é sempre determinada eticamente, isto é, emocionalmente, com vistas a “valores”.

O discurso ético, portanto, será o pressuposto material de validade da tese defensiva supralegal, do Perdão Social (clemência) a ser sustentada no Tribunal do Júri.

Não menos interessante é perceber que a construção de um discurso ético também coaduna com todos os demais princípios constitucionais norteadores do processo penal e que possuem ênfase pelo procedimento do Júri. Assim, o uso da linguagem, novamente, se fará como verdadeiro exercício da democracia processual.

## CONCLUSÕES

O procedimento penal democrático do Tribunal do Júri, agora mais emancipatório, contempla a possibilidade de que se construa o Direito também pelo discurso, pelo uso da linguagem, matéria-prima dos atores do processo penal e, especialmente, daqueles que atuam em plenário do júri.

Por outro lado, não é qualquer linguagem que servirá a esse Processo Penal democrático e emancipatório, que reclama regras e condições para uma jurisdição penal a ser desenvolvida com lisura e transparência, inclusive, com a possibilidade, no mais possível, de se aferir a motivação e o controle das decisões penais.

Aliás, diante da importância do exercício da linguagem nas democracias, e assim para o Direito, surgiram, especialmente a partir da segunda metade do século XX, diversas teorias da argumentação jurídica, no sentido de direcionar as regras discursivas, para se galgar a prática do discurso racional, aquele que seja aceito e adequado a qualquer instituição democrática.

O discurso racional compõe-se de dois aspectos: “aspecto formal” (pela racionalidade procedimental discursiva, pragmática, argumentativamente desenvolvida com vistas à correção) e “aspecto material” (por meio da análise crítica do ethos, adentrando-se, destarte, no conteúdo das normas direcionadas do agir social).

Em respeito ao Devido processo legal, quando se traz essa realidade para o procedimento do Júri, é possível constatar as condições em que poderá ser desenvolvida a prática do discurso racional na própria situação comunicativa prevista para o seu procedimento penal.

De tal forma, com a estrita obediência às regras do uso de linguagem por seus atores processuais (previstas para o procedimento penal em plenário do júri), bem como pela prática do discurso ético, será alcançada a prática do discurso racional e assim, aceito pelas regras do ordenamento jurídico processual pátrio.

Nunca é demais recordar que a construção de um discurso ético também coaduna com todos os demais princípios constitucionais norteadores do processo penal e que possuem ênfase pelo procedimento do Júri.

Dessa maneira, ao se coibir o excesso, a linguagem se fará como verdadeiro instrumento de exercício da democracia processual, dialogada, emancipatória e contemplativa do Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. 2. ed. São Paulo: Editora Noeses, 2014.
- ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da nulidade no processo penal**. São Paulo: Noeses, 2016.
- ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- BONFIM, Edilson Mougenot. **Júri: do inquérito ao plenário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- BRASIL. Congresso Nacional. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 126, n. 191-A, p. 1-32, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 08 out. 2021.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 19699, 13 out. 1941.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Decreto-Lei n. 2.848. Código Penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 239, 31 dez. 1940.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 10 jun. 2008.
- BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Projeto de lei do senado n. 156, de 2009**. Reforma do Código de Processo Penal. Brasília: Senado Federal, 2009. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>. Acesso em: 08 out. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 779, de 15 de março de 2021**. Referendo de medida cautelar. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Interpretação conforme à Constituição. Artigos 23, inciso II, e 25, caput e parágrafo único, do Código Penal e art. 65 do Código de Processo Penal. “Legítima defesa da honra”. Não incidência de causa excludente de ilicitude. Recurso argumentativo dissonante da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, caput, da CF). Medida cautelar parcialmente deferida referendada [...]. Recorrente: Partido democrata Trabalhista. Recorrido: Presidente da República. Relator: Min. Dias Toffoli, 15 março 2021. Brasília: STF, 2021.

CHALITA, Gabriel. **A sedução no discurso**: o poder da linguagem nos tribunais de júri. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA, Alexandre Araújo. **A ética do discurso em Habermas**. [S. l.: s. n.], 2011.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2014.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. **A oralidade no Processo Penal brasileiro**. São Paulo: Atlas, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos de Direito Penal**. Tradução de Pablo R. Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 2005.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do júri**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. 6. ed. Rio de Janeiro: Gen, 2015.

PORTO, Hermínio Alberto Marques; CANOSA NETO, José Gonçalves; SILVA, Marco Antônio Marques da. **A Instituição do Júri**. Campinas: BookSeller, 1997.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri**: visão linguística, histórica, social e jurídica. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RIBEIRO, Renato Janine. **A boa política**: ensaios sobre a democracia na era da Internet. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. **Código de Processo Penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

**Como citar**: ARCURI, Silvio José Farinholi; BANNWART JUNIOR, Clodomiro José. A ANPD e a fiscalização da governança corporativa de proteção de dados. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 18, n. 1, p. 44-62, mai.2023 DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v18n1p. 44. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 10/07/2022

Aceito em: 24/04/2023

**RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL:  
APLICAÇÃO DO DIREITO DA  
SUSTENTABILIDADE NA ATUAÇÃO DOS  
PROFISSIONAIS JURÍDICOS EM DOURADOS/MS**

ENVIRONMENTAL CIVIL LIABILITY: APPLICATION  
OF SUSTAINABILITY IN THE PERFORMANCE OF  
LEGAL PROFESSIONALS IN DOURADOS/MS

**Verônica Maria Bezerra Guimarães\***  
**Aline Soares da Silva\*\***

\*Professora adjunta nos cursos de graduação e no mestrado em Fronteiras e Direitos Humanos da Universidade Federal da Grande Dourados/MS. Doutora em Desenvolvimento Sustentável pela Unb. Mestre em Direito Público pela UFPE. Líder do Grupo de Pesquisa Ecofenomenologia, Ciência da Sustentabilidade e Direito.  
E-mail: veroniguima@gmail.com

\*\*Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Grande Dourados/MS. Membro do Grupo de Pesquisa Ecofenomenologia, Ciência da Sustentabilidade e Direito.  
E-mail: as.alinesoares1@gmail.com

**Como citar:** GUIMARÃES, Verônica Maria Bezerra; SILVA, Aline Soares da. Responsabilidade Civil Ambiental: aplicação do direito da sustentabilidade na atuação dos profissionais jurídicos em Dourados/MS. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 18, n. 1, p. 63-86, mai.2023. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v18n1p. 63. ISSN: 1980-511X

**Resumo:** O presente trabalho busca entender como ocorre a aplicação do desenvolvimento sustentável através de normas jurídicas, regras e princípios, pelos aplicadores do Direito em Dourados/MS, em matéria de responsabilidade civil ambiental. Foi realizada uma revisão bibliográfica sobre os institutos do dano ambiental, da responsabilidade civil em matéria ambiental e da ação civil pública. Observou-se como o desenvolvimento sustentável vem sendo interpretado e aplicado nos tribunais, em particular no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, através de análise jurisprudencial. Também foi aplicada uma metodologia qualitativa através de entrevistas semiestruturadas aos operadores jurídicos que atuam em Dourados/MS. No âmbito da pesquisa, foram entrevistados membros do Ministério Público Federal e Estadual; da Defensoria Pública Federal e Estadual e da Justiça Federal visando entender como é a aplicação do desenvolvimento sustentável na prática desses operadores jurídicos. Percebeu-se que a ação civil pública não é a primeira opção dos operadores do Direito em matéria ambiental para solucionar lides e proteger o meio ambiente, a qual vem sendo substituída por acordos e termos de ajustamento de condutas, que são mais efetivos na garantia da justiça ambiental em Dourados/MS.

**Palavras-chave:** direito ambiental; ação civil pública; desenvolvimento sustentável.

**Abstract:** The present work seeks to understand how the application of sustainable development occurs through legal norms, rules and principles, by the law enforcers in Dourados/MS, in matters of environmental civil liability. A literature review was carried out on the institutes of environmental damage, civil liability in environmental matters and public civil action. It was observed how sustainable development has been interpreted and applied in the courts, in particular in the Superior Court of Justice and the Supreme Federal Court, through jurisprudential analysis. A qualitative methodology was also applied through semi-structured interviews to the legal operators that work in Dourados / MS. In the scope of the research, members of the Federal and State Public Ministry were interviewed; the Federal and State Public Defender's Office and the Federal Justice to understand how sustainable development is applied in the practice of these legal operators. It was noticed that public civil action is not the first option of law enforcement in environmental matters to resolve disputes and protect the environment, which has been replaced by agreements and terms of conduct adjustment, which are more effective in guaranteeing environmental justice in Dourados/MS.

**Keywords:** environmental law; public civil action; sustainable development.

## INTRODUÇÃO

A sustentabilidade possui muitas dimensões, dentre elas, a ecológica, a social, a econômica, a política e a educacional. O meio ambiente protegido e saudável é direito fundamental do ser humano, tendo sido reconhecido como tal na Declaração da Organização das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano de 1972 (ONU, 1993a), em Estocolmo. O Direito Internacional Ambiental foi incorporando vários sentidos de sustentabilidade à partir dos anos de 1990, com o Relatório Brundtland e na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, conhecida como Rio/Eco-92.

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) brasileira vigente assegura o direito ao meio ambiente equilibrado e o disciplina em capítulo próprio, bem como, as consequências para quem causar dano ambiental. Entretanto, não é suficiente a concessão de direitos sem um processo formal que torne possível seu pleito, o qual ocorre com a possibilidade do acesso à justiça e a instrumentos adequados para que, no momento em que os direitos forem violados, exista, de forma real, a sua reestruturação rápida e eficaz.

O meio ambiente é direito fundamental solidário, sem delimitação e qualificação de quem e quantos sejam esses sujeitos, o que dificulta a iniciação da lide. Isso ocorre porque o direito processual civil brasileiro foi criado para assegurar direitos privados com partes qualificadas, tendo em relação ao alcance do julgado a não possibilidade de alcançar terceiros.

Assim, foi necessária a criação de uma ação específica para tratar dos direitos solidários, a Ação Civil Pública, pois, o dano ambiental é complexo e a estruturação processual para o seu restabelecimento também, no entanto, assegurar o direito ao meio ambiente saudável é basilar para que outros direitos essenciais sejam assegurados, uma vez que, sem meio ambiente e sem dignidade, não é possível pensar em pleitos de outros direitos.

A pesquisa teve como objetivo, mapear e analisar as diversas percepções do termo desenvolvimento sustentável e seus congêneres em Ações Cíveis Públicas propostas pelo Ministério Público e pela Defensoria, além de Sentenças do Poder Judiciário, em nível estadual e federal em Dourados/MS, bem como, identificar o termo desenvolvimento sustentável, como regra e princípio jurídico, na jurisprudência dos tribunais superiores para então extrair as diversas interpretações do uso de desenvolvimento sustentável no Direito Ambiental brasileiro em tais Ações Cíveis Públicas e Sentenças.

Foi realizada pesquisa bibliográfica e análises jurisprudenciais no Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul – TJMS; no Tribunal Regional da Terceira Região – TRF3; no Superior Tribunal de Justiça – STJ e no Supremo Tribunal Federal - STF para identificar quantitativamente o uso do termo desenvolvimento e qualitativamente como é introduzido no julgamento dos recursos. Também foram realizadas entrevistas com os operadores jurídicos de Dourados/MS, para observar o entendimento de cada um a respeito do princípio do desenvolvimento sustentável e como o incorporam em suas atuações.

## 1 A SUSTENTABILIDADE NO DIREITO

O conceito de sustentabilidade, tão em voga atualmente, não é nada novo. Boff (2012, p. 33) comenta que, na Idade Moderna, iniciou-se a preocupação com a escassez das florestas, uma vez que a expansão marítima exigia queima de lenha. Em 1560, na Alemanha, surge uma palavra – *Nachhaltigkeit* – que se traduziria como sustentabilidade. A questão seguiu em debate até os anos de 1970 do século XX, quando se criou o primeiro relatório do evento conhecido por “O círculo de Roma”. Esse documento tinha como título “Os limites do crescimento”, “que deslançou acaloradas discussões nos meios científicos, nas empresas e na sociedade”, conforme Boff (2012, p. 34).

Sachs (2008, p. 85-88) identifica vários critérios de sustentabilidade, são eles: social; cultural; ecológico; ambiental; territorial; econômico e político (nacional e internacional). Três destas dimensões ficaram discursivamente mais populares e passaram a formar o modelo do tripé da sustentabilidade. As dimensões foram adjetivadas e para se alcançar a sustentabilidade, o desenvolvimento deveria ser harmonicamente: socialmente justo, economicamente viável e ecologicamente correto. Se isto ocorrer, teremos uma sustentabilidade forte; caso contrário, a sustentabilidade será fraca.

A institucionalização do termo sustentabilidade teve sua raiz no século passado, por reuniões geridas pela Organização das Nações Unidas (ONU), que buscavam meios para garantir o futuro e a qualidade de vida das gerações futuras, de modo a limitar o crescimento que punha em xeque o modelo vigente. A primeira reunião organizada pela ONU com pauta ambiental foi a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano (ONU, 1993a), a qual aconteceu nos dias 05 a 16 de Junho de 1972, em Estocolmo, na Capital da Suécia.

Bursztyn e Bursztyn (2006) ensinam, que a Conferência de Estocolmo/72, deu início a uma complexa fase de negociações e discussões internacionais em torno dos riscos ao meio ambiente. Dali em diante a polêmica em torno da partilha das responsabilidades sobre o meio ambiente seria contínua, tanto no âmbito diplomático como na academia.

Com a pauta de frear o desenvolvimento em detrimento do meio ambiente e com a ideia de ecodesenvolvimento, surgiu a necessidade de organizar o segundo encontro para tratar do meio ambiente. Tal encontro ocorreria vinte anos após a Conferência de Estocolmo/72 e, à partir da necessidade de determinar o que seria discutido na Conferência das Nações Unidas Sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio/92) que uma das comissões da Organização das Nações Unidas, chefiada pela ex-Ministra da Noruega Gro Harlem Brundtland, reuniu-se e elaborou o relatório “Nosso Futuro Comum”, que serviu de base para a conferência que ocorreu no Brasil em 1992 (BURSZTYN; BURSZTYN, 2006).

O conceito central do relatório Brundtland é o desenvolvimento sustentável, sendo aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem às suas próprias necessidades. Este conceito contém dois pontos essenciais: o de necessidades, sobretudo, as necessidades essenciais dos pobres no mundo, que devem receber

a máxima prioridade e, a noção das limitações que o estágio da tecnologia e da organização social coloca-se ao meio ambiente, impedindo-o de atender às necessidades presentes e futuras (BURSZTYN; BURSZTYN, 2006).

A Conferência das Nações Unidas Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, também conhecida como Eco/92, além de tratar da proteção do meio ambiente e do desenvolvimento, reconheceu o meio ambiente como direito humano, firmando compromissos que incluíram as Convenções sobre Mudança do Clima e Biodiversidade; a Declaração sobre as florestas e a Agenda 21, para viabilizar o desenvolvimento sustentável no planeta (MAZZUOLI, 2007).

Para atender a esse fim é que o britânico John Elkington propôs nos anos de 1990, o clássico tripé sustentável (*triple bottom line*), em que três pilstras deveriam garantir a sustentabilidade. Portanto, para ser sustentável o desenvolvimento deveria ser economicamente viável, socialmente justo e ambientalmente correto. Assim, houve apopularização dos chamados três “P’s”: *profit* (lucro), *people* (pessoas), *planet* (planeta). Boff (2012) argumenta que esse tripé parece insustentável uma vez que a própria ideia de desenvolvimento traz consigo a lucratividade e o desgaste ambiental.

Nota-se que a sustentabilidade é mais encenada do que realizada. Empresas pregando preocupação com o bem-estar social e ambiental, no entanto, produzindo desenfreadamente, com planos infinitos de produção e desenvolvimento visando o lucro. Cabe lembrar que os recursos naturais são finitos, então não conseguirão rumar infinitamente ao desenvolvimento. Conforme explicita Boff (2012, p. 44):

Desenvolvimento, na prática, é sinônimo de crescimento material. Não nos iludamos: no mundo empresarial e dos negócios. O negócio é ganhar dinheiro, com o menor investimento possível, com a máxima rentabilidade possível, com a concorrência mais agressiva possível e no menor tempo possível.

Boff (2012) faz críticas à proposta clássica, exatamente porque ela busca pôr em diálogo esferas que se contradisseram ao longo da história, no caso a Economia e a Ecologia. Para Bursztyn e Bursztyn (2006) “a causa ambiental reúne elevado grau de consenso, mas isto não impede que a natureza continue sendo degradada em ritmo acelerado”. No tripé do *botton line*, o meio ambiente vem sendo usado para encenar as preocupações reais, pois, no sistema econômico hegemônico o lucro é colocado acima dos recursos naturais.

Ao abordar o meio ambiente como objeto de proteção jurídica, é importante tratar da essencialidade da sua proteção. Destacando que só foi possível colocar a discussão do meio ambiente na esfera de proteção do Direito Internacional dos Direitos Humanos após a noção de que a proteção do meio ambiente não é apenas lutar contra a industrialização e sim, pensar que o meio ambiente não tem limites, é um todo no planeta, que interfere diretamente na saúde mundial. Sendo assim, dever de todos, de forma planetária, protegê-lo (MAZZUOLI, 2007).

O meio ambiente como direito fundamental, advém do princípio nº 1 da Declaração de Estocolmo de 1972, fruto da Conferência das Nações Unidas Sobre Meio Ambiente Humano, no qual aduz que:

O homem é ao mesmo tempo obra e construtor do meio ambiente que o cerca, o qual lhe dá sustento material e lhe oferece oportunidade para desenvolver-se intelectual, moral, social e espiritualmente. Em larga e tortuosa evolução da raça humana neste planeta chegou-se a uma etapa em que, graças à rápida aceleração da ciência e da tecnologia, o homem adquiriu o poder de transformar, de inúmeras maneiras e em uma escala sem precedentes, tudo que o cerca. Os dois aspectos do meio ambiente humano, o natural e o artificial, são essenciais para o bem-estar do homem e para o gozo dos direitos humanos fundamentais, inclusive o direito à vida mesma (ONU, 1993a, p. 247).

Os direitos fundamentais, por sua vez, são classificados em três gerações, ou mais adequadamente, três dimensões, uma vez que o termo gerações traz a sensação de substituição, enquanto que na verdade os direitos vêm para se complementarem (SARLET; MARINONI; MITIDIEIRO, 2017, p. 340). Sendo a primeira dimensão, direitos de cunho individualista, tendo particular relevo para a vida, liberdade, propriedade e a igualdade. Na segunda dimensão, caracterizam-se por assegurar ao indivíduo prestações sociais por parte do Estado, tal como assistência social, prestação de assistência social, saúde, educação, trabalho. Bem como as liberdades sociais Sarlet, Marinoni e Mitidieiro (2017, p. 341-342). Já a terceira dimensão, também conhecida como direito da fraternidade ou solidariedade, tem o indivíduo como titular e passa a proteção de grupos humanos (povo, nação). Com a defesa da autodeterminação dos povos, o desenvolvimento, o meio ambiente e o direito à conservação e utilização de patrimônio histórico e cultural e comunicação (SARLET; MARINONI; MITIDIEIRO, 2017, p. 343).

Fica, então, evidente que, o meio ambiente faz parte dos direitos fundamentais de terceira dimensão, alcançando a coletividade. Mazzuoli (2007) leciona que antes mesmo da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988), atualmente em vigência no ordenamento jurídico brasileiro, o Brasil já fazia parte dos principais tratados internacionais que disciplinam sobre o meio ambiente.

É nítido o engajamento ambiental do Brasil, pelo fato de que na construção da nova constituição, a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), foi incorporado ao texto constitucional o direito fundamental, agora positivado como dispositivo constitucional, em seu capítulo VI – a proteção do meio ambiente. Sendo afirmado por José Afonso da Silva (2005, p. 717) que o capítulo sobre o meio ambiente, é o capítulo mais importante e avançado da atual Constituição. O artigo 225 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) que trata do meio ambiente expõe que este, protegido e saudável, é direito de todos e essencial à sadia qualidade de vida.

Neste dispositivo, exclusivo ao meio ambiente, também firma-se o compromisso constitucional da proteção processual ao tema, sendo assim, de extrema importância ao ordenamento jurídico ambiental brasileiro. Conforme Guido Soares (2003), a concretização deste direito dependerá dos deveres para com o meio ambiente do Estado e das pessoas. A disposição constitucional do direito ao meio ambiente firma-se como regra e como princípio. Na qual a regra é determinada pelo seu conteúdo, enquanto os princípios estão relacionados a valores e finalidades primordiais de um Estado. As regras nada mais são que a concretização desses valores positivados dentro do Direito

(NAVARRO, 2015). Percebe-se que o princípio vem como forma de enraizar o valor ambiental ao Estado, para que este seja protegido de forma incessante, pois é um direito fundamental ao ser humano.

## 2 TRÍPLICE RESPONSABILIDADE

Edis Milaré (2011, p. 1119) ensina que “dano ambiental é a lesão aos recursos ambientais, com conseqüente degradação – alteração adversa ou *in pejus* – do equilíbrio ecológico e da qualidade de vida”. Já Barbosa (2015), afirma que o dano ambiental são os concretos prejuízos sofridos na esfera jurídica de alguém, regendo as regras de responsabilidade, já que exige a lesão de direito ou interesse protegido juridicamente, seja ele bem ou componente ambiental, ensejando a responsabilidade civil. Enquanto o dano ecológico é o que afeta o próprio meio ambiente natural e, assim, toda coletividade.

Se o meio ambiente como direito fundamental veio especificado no relatório da Conferência de Estocolmo/72 (ONU, 1993a), a responsabilização pelo dano ambiental também teve seu nascimento em encontros organizados pela ONU. Foi a partir do princípio nº 13 da declaração da ECO/92 (ONU, 1993b), sobre meio ambiente e desenvolvimento, a obrigatoriedade de se criar meios de responsabilização jurídica para danos ao meio ambiente:

Princípio 13. Os Estados irão desenvolver legislação nacional relativa à responsabilidade e à indenização das vítimas de poluição e de outros danos ambientais. Os Estados irão também cooperar, de maneira expedita e mais determinada, no desenvolvimento do direito interacional no que se refere à responsabilidade e à indenização por efeitos adversos dos danos ambientais causados, em áreas fora de sua jurisdição, por atividades dentro de sua jurisdição ou sob seu controle (ONU, 1993a, p. 253).

Já a degradação da qualidade ambiental vem especificada na lei de 6.938/81 (BRASIL, 1981), que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, no artigo 3º, inciso II, sendo a degradação “alteração adversa das características do meio ambiente” (BRASIL, 1981). Ou seja, sendo o meio ambiente alterado adversamente, a responsabilização do agente que o alterou dar-se-a através de instrumentos processuais civis. A responsabilização do indivíduo que causou o dano, especificada na lei de Política Nacional do Meio Ambiente – lei 6.938/1981 é objetiva (BRASIL, 1981). Conforme artigo 14 §1º:

Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente (BRASIL, 1981).

Através da modalidade objetiva da responsabilidade civil, independentemente da intenção

de cometer o dano, se este aconteceu, ocorrerá responsabilização civil. O nexo causal e o dano são suficientes para o ensejo da responsabilização civil, mesmo sem vontade do agente (LEITE, 2015). Esta responsabilidade foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). E, além de ser objetiva, a responsabilidade que tange à reparação do dano ambiental, é triplice, ou seja, aquela que danifica o meio ambiente, responde civil, penal e administrativamente pelo dano. Conforme artigo 225 §3º da Constituição Federal:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. §3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados (BRASIL, 1988).

Assim, é notável que a responsabilização na esfera ambiental é rigorosa, pois, quando o meio ambiente é ferido responde-se em três esferas, enquanto que danos não ambientais são responsabilizados individualmente em esferas únicas e específicas. A responsabilidade em recuperar o meio ambiente danificado, tem caráter reparatório e também punitivo, uma vez que, quem danifica o meio ambiente, responde na esfera cível, administrativa e penal.

Essa reparação é em sentido amplo, pois abrange a reparação dos danos materiais e morais. Sendo a restauração natural a que prevalece diante da compensação ecológica, ou seja, recuperar a área degradada é primordial e, só em casos de não possibilidade é que se trata do ressarcimento em pecúnia. Entretanto, como é difícil voltar ao *status quo* da natureza, o pleito sempre tem conjuntamente a compensação (LEITE, 2015).

### 3 AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

É importante conceder direitos e também efetivar a proteção destes, no que se refere ao processo formal que torne possível este pleito. Para tanto, ao iniciarem as demandas nas jurisdições brasileiras, para tutelar o dano ao meio ambiente, houve certo impasse para o direito processual assegurar a reestruturação do meio ambiente danificado. O meio ambiente por ser direito fundamental solidário, ou seja, de todos, sem delimitação e qualificação de quem e quantos são esse “todos”, tornou dificultoso o processo da lide ambiental. Uma vez que, o direito processual civil brasileiro foi criado para assegurar direitos privados com partes qualificadas, tendo em relação ao alcance do julgado a não possibilidade de alcançar terceiros (MIRRA, 2002).

Conforme Mirra, foi necessária a criação de uma ação específica para tratar dos direitos difusos e coletivos fundamentais de terceira geração: a Ação Civil Pública, cuja estruturação é voltada a possibilitar que um ente/agente seja legítimo em processo que englobe a particularidade inerente à preservação ambiental. A incapacidade de gerir a lide ambiental, por parte do processo

comum é confirmada por Álvaro Mirra (2002, p. 118) aduzindo que:

O processo civil, entre nós, na sua origem e nas codificações que sucederam, foi estruturado para ser palco e veículo de disputas envolvendo direitos individuais e conflitos intersubjetivos, dentro de uma concepção individualista e formal, de inspiração liberal, que invariavelmente privilegiava a tutela de situações de confronto entre indivíduos isolados ou dispostos em grupos bem definidos ou entre estes e o Estado, considerado ele mesmo, no âmbito processual, uma pessoa singular.

Por exemplo, o artigo 6º do Código de Processo Civil de 1973 (BRASIL, 1973), vigente à época, mostra a necessidade da criação da lei de ação civil pública, pois o código civil ao tratar dos pleitos jurídicos, tipificava que ninguém poderia pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado em lei, bem como, o artigo 472 deste mesmo código (BRASIL, 1973) ensinava que a sentença apenas fazia coisa julgada limitada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros.

Evidenciando apenas dois pontos do processo comum já é possível enxergar a impossibilidade de um direito difuso e coletivo ser pleiteado através dele, bem como na atualidade, uma vez que o Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015) não modificou a forma da aplicabilidade das normas. Conforme o artigo 506 do novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) deixa evidente a respeito da sentença: “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”.

Desta forma, para que o pleito do Direito Ambiental se tornasse possível, foi criada em 24 de julho de 1985, a Lei 7.347 (BRASIL, 1985), que disciplina a Ação Civil Pública, já mencionada, de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e turístico. A Ação Civil Pública supriu as necessidades de um processo possível para a defesa efetiva ao meio ambiente, atribuindo à Defensoria, Ministério Público, à União, aos Estados, aos municípios, às autarquias e entidades paraestatais e às associações civis ambientalistas a legitimidade para propositura da ação, conforme disciplina seu artigo oitavo.

Instituiu ainda, tutelas preventivas e reparatórias, as quais quando em caráter pecuniário, o dinheiro deverá ser utilizado para a reparação dos bens lesados, bem como, multa para quando o sentenciado inadimplir os pagamentos necessários, conforme disciplina seus artigos 4º e 11. Um ponto importante a ser destacado nesta ação, é em relação à sentença, a qual é especificada no artigo 16 da lei, que se faz coisa julgada em caráter *erga omnes*, mas se a coisa for julgada improcedente por falta de provas, é possível o ajuizamento de uma nova ação sobre o mesmo assunto, para que uma possível reparação de danos não seja encerrada, por dificuldades em coletar provas naquele momento.

Importante destacar ainda, a competência para julgamento da ação civil tem algumas características próprias, pois, assim como as fases que antecedem o julgamento da lide, a definição da jurisdição, competência de foro e de juízo é organizada de forma específica para a ação.

No que concerne à jurisdição, a competência da Justiça Federal é taxativa, tratada na Constituição Federal (BRASIL, 1988) em seu artigo 109, incisos I e III. Caso não haja interesse

destes na ação, o interesse na verdade é o rol taxativo do artigo 109 acima citado, a jurisdição então será competência da Justiça Estadual, que é residual.

Apartir da pesquisa bibliográfica e do entendimento de como surgiram os princípios ambientais e a instrumentalização da proteção do meio ambiente no Brasil, materializou-se um dos objetivos do trabalho, que é identificar na jurisprudência o termo desenvolvimento sustentável, como norma jurídica. A busca realizada para identificação foi quantitativa para fazer um levantamento da recorrência da utilização do termo nos julgamentos realizados e, qualitativa para observar qual é o entendimento dos magistrados a cerca da utilização do termo.

Para a análise, foram escolhidos: o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul/TJMS; o Tribunal Regional Federal da Terceira Região/TRF3; o Superior Tribunal de Justiça/STJ e o Superior Tribunal Federal/STF. O espaço temporal das jurisprudências analisadas foi compreendido de novembro de 2018 a novembro de 2019, para que se tenha o entendimento mais recente dos tribunais e de seus operadores.

A pesquisa iniciou-se no site do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul/TJMS, no qual o termo utilizado para filtrar as ações foi: “Ação Civil Pública Ambiental Dourados”. Para pesquisa no TJMS foi colocado um filtro “Dourados”, para que a resposta fosse específica das Ações Cíveis Ambientais da comarca de Dourados/MS. No entanto, nos resultados surgiram ações de comarcas do estado do Mato Grosso do Sul todo, não só Ações Cíveis Ambientais.

Tendo no período de novembro de 2018 a novembro de 2019, obtido um resultado de quarenta e nove ações, misturadas as comarcas do Mato Grosso do Sul, como citado no parágrafo anterior. Sendo necessário excluir as que não eram de Dourados e, sendo de Dourados-MS, assim, as ações que não eram de matéria ambiental, também foram excluídas. Por fim, o resultado obtido na pesquisa jurisprudencial no Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, a partir da filtragem, foi de: zero ação civil pública ambiental julgada nesse intervalo de tempo.

Ademais, a única ação que se aproximou do objeto da pesquisa no Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, foi uma ação que versava sobre Direito de Imagem, a qual foi julgada a partir de legislação ambiental, no entanto, mesmo utilizando a matéria ambiental para decisão, o princípio do desenvolvimento sustentável não foi utilizado na fundamentação da sentença.

A segunda pesquisa Jurisprudencial foi realizada no site do Tribunal Regional da Terceira Região, tribunal que engloba a região de São Paulo e Mato Grosso do Sul. Neste tribunal, o filtro utilizado para encontrar ações cíveis públicas ambientais foi: “Ação Civil Pública Ambiental Dourados”, filtro igual ao que foi utilizado na pesquisa do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul.

O filtro foi igual, pois, por ser um tribunal que envolve uma região mais ampla a pesquisa voltada para a comarca de Dourados é para analisar como os magistrados de um tribunal maior que o TJMS e, de instância federal, traz a questão principiológica do desenvolvimento sustentável. No entanto, mesmo o Tribunal Regional da Terceira Região sendo maior que o TJMS a pesquisa através do filtro, no período de novembro de 2018 a novembro de 2019, foi identificada apenas uma Ação Civil Pública Ambiental.

Neste, o recurso é em face ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente – IBAMA, o qual aplicou um auto de infração e o autuado estava recorrendo. No entanto, no inteiro teor da apelação, não foi utilizado o princípio do desenvolvimento sustentável para julgar a apelação.

O terceiro tribunal pesquisado foi o Superior Tribunal de Justiça, no qual o período de novembro de 2018 a novembro de 2019 foi mantido, entretanto, o filtro utilizado para a pesquisa foi modificado para: “Ação Civil Pública Ambiental”, uma vez que o STJ abrange os recursos a nível nacional.

Assim, para que pudesse extrair as percepções dos magistrados, não foram filtradas as ações apenas para as de Dourados-MS, visto que, o resultado nos tribunais anteriores, que englobam a região específica do Mato Grosso do Sul teve uma resposta pequena. O resultado da pesquisa foi de cento e noventa e seis julgamentos no período acima especificado e, dentre estes, onze julgamentos trouxeram o termo desenvolvimento sustentável em suas argumentações. Sendo: 1. AgInt no Recurso Especial nº 1.712.940 – PE (2017/0309065-7) (BRASIL, 2019b); 2. Recurso Especial nº 1.637.910 – RN (2016/0297783-6) (BRASIL, 2018); 3. AgInt no Agravo em Recurso Especial nº 1.251.059 – DF (2018/0037805-9) (BRASIL, 2019c); 4. AgInt no Recurso Especial nº 1.701.573 – PE (2017/0254921-0) (BRASIL, 2019d); 5. AgInt no Agravo em Recurso Especial nº 1.139.30 – DF (2017/0177722-4) (BRASIL, 2019e) e 6. AgInt Agravo em Recurso Especial nº 1.137.714 –MG (2017/0175363-2) (BRASIL, 2019f).

Os recursos acima têm suas origens em Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Federal com objetivo de impedir que veículos de carga de empresas que recorreram trafeguem com excesso de peso nas rodovias em desacato a lei, devendo ser condenada nos termos da lei 7.347/1985 (Ação Civil Pública) (BRASIL, 1985), por ferir direito difuso e coletivo. Ocorre que em primeira instância foi entendido pela impossibilidade das condenações. Já em julgamento aos recursos, o relator em todos foi o ministro Francisco Falcão, o qual deu provimento aos recursos, deferindo os pleitos de tutelas inibitórias (infrações futuras), conforme tinha sido os termos requeridos inicialmente pelo Ministério Público Federal.

É no voto do ministro Francisco Falcão que vem o termo desenvolvimento sustentável, pois, este ao justificar o voto pelo deferimento ao recurso do Ministério Público Federal argumenta à respeito da situação em tela pelo direito ao trânsito seguro como uma questão de vida, saúde e bem-estar e, traz o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável – ODS 3- para fundamentar: “até 2020, reduzir pela metade as mortes e os ferimentos globais por acidentes em estradas”. Fica evidente o saber do ministro e a preocupação ambiental, pois, trouxe à baila a punibilidade justificada não apenas na norma positivada, mas também em um Objetivo de Desenvolvimento Sustentável, ou seja, com seu voto garante que o ODS se concretize.

Já o Recurso Especial nº 1.795.349-SC (2019/0029433-7) (BRASIL, 2019j) foi provido em parte, tendo por origem, uma Ação Civil Pública ajuizada pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis- IBAMA, seu objetivo foi a condenação do recorrido à recuperação de área de preservação permanente na qual havia executado edificação.

O ministro relator do recurso foi Og Fernandes que trouxe na argumentação de seu voto

o termo desenvolvimento sustentável, ao tratar da dimensão ecológica da dignidade humana e da importância do sistema que estava em litígio, no caso, um manguezal. Aduziu em sua argumentação, em desfavor do recorrido, a importância do ecossistema e que “a vida humana se desenvolve exponencialmente, no entanto, para obtermos um desenvolvimento sustentável, esse crescimento deve observar a dimensão ecológica da dignidade humana”. Trouxe o conteúdo de onde surgiu o conceito de desenvolvimento sustentável formalmente e citações de que ideia de desenvolvimento econômico deve ser realizada sem comprometer as futuras gerações, bem como a importância de compreender o desenvolvimento sustentável dentro do espectro biocêntrico, ou seja, compreendendo as gerações presentes e futuras como integrantes do ecossistema. Assim, por fim, negou parte do recurso em face do IBAMA, reconhecendo a necessidade da proteção do meio ambiente.

O Recurso Especial nº 1.779.097-SC (2018/0268163-0) (BRASIL, 2019i) foi proposto pela empresa M2T Gastronomia que foi condenada em primeira instância após a propositura de uma Ação Civil Pública movida por associação de moradores, alegando que a empresa implantou irregularmente posto de funcionamento da praia em área de preservação permanente. A empresa alegou ao ser condenada que o valor da reparação do dano ambiental foi excessivo e, por isto, estava recorrendo da condenação.

Neste recurso, tendo por relator o ministro Sérgio Kukina, o termo desenvolvimento sustentável vem, no voto do ministro, entretanto, em uma jurisprudência anunciando que o exame da demanda deve se pautar pelos critérios do desenvolvimento sustentável, visando harmonizar a preservação do meio ambiente saudável e equilibrado com os imperativos traçados pelo desenvolvimento sustentável. Ao final, negou provimento ao pedido da empresa de redução do valor a ser pago.

O Recurso Especial nº 1.768.207-SP (2017/0277775-0) (BRASIL, 2019h) tem por origem Ação Civil Pública Ambiental movida pela Sociedade Pró-Educação, Resgate e Recuperação Ambiental – SERRA em desfavor de vários réus, os quais foram condenados solidariamente a demolir todas as construções situadas em Zona de Vida Silvestre e recompor a vegetação nativa e pagar pelos danos ambientais praticados.

Tendo Por Relator o ministro Francisco Falcão, o recurso que visou discutir a Ação Civil Pública Ambiental, versando sobre ocupação e construção em área de preservação permanente. Nesta situação, o desenvolvimento sustentável aparece sendo utilizado pelo relator em jurisprudência no relatório do recurso, com intuito de expor que o Sistema Nacional de Unidades de Conservação posiciona a área de proteção ambiental no grupo de desenvolvimento sustentável e não veda a ocupação humana, apenas, submete a controle e regulamentação. Sem mais argumentações sobre o desenvolvimento sustentável, pois, o agravo em recurso especial não foi conhecido, determinando-se a conversão em recurso especial.

O Recurso Especial nº 1.738.052-SP (2018/0030724-0) (BRASIL, 2019g) teve como relator o ministro Og Fernandes, em recurso que versou sobre Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público com intuito de obter averbação e a instituição de área de reserva legal em

propriedade. Diferentemente das outras ações, nesta, o desenvolvimento sustentável vem como desenvolvimento sustentável ambiental, em citação, para defender que o manejo e a preservação de áreas florestais, favoreçam o desenvolvimento sustentável agrícola.

Aduziu que a manutenção de edificação em área de preservação ambiental permanente é atentatória a ordem jurídica ambiental e, portanto, o agravo em recurso especial não foi conhecido, sendo determinada a conversão em recurso especial. Assim, ficou clara a proteção ao meio ambiente, por parte do ministro.

O Agravo em Recurso Especial nº 905.258-SP (2016/0100679-4) (BRASIL, 2019a), teve como relator o Ministro Relator Og Fernandes, tratando da inexistência da irretroatividade do novo Código Florestal, cuja norma não retroage para atingir situações pretéritas, situação em que estava inserido o recurso. Neste caso, o desenvolvimento sustentável surgiu, para informar que o STJ fez preponderar a proteção ambiental conferida constitucionalmente. Implicando a incorporação da governança ambiental, que confere contornos normativos extremamente importantes ao exercício do direito de propriedade, mas combate a perspectiva liberal individualista agressora do meio ambiente, de como concretizar o objetivo do desenvolvimento sustentável.

O último tribunal pesquisado foi o Supremo Tribunal Federal, o mais importante tribunal dentre os pesquisados, uma vez que, é a última instância a se recorrer em um processo e, as decisões proferidas deste tribunal influenciam e regem a aplicação das normas jurídicas nacionalmente. Sendo então, o entendimento dos ministros em decisões ambientais foi de suma importância para a pesquisa.

O filtro utilizado para encontrar ações neste tribunal foi: “Ação Civil Pública Ambiental”, assim, como utilizado na pesquisa do Superior Tribunal de Justiça, não restringindo apenas às ações da comarca de Dourados/MS. Como no TJMS e TRF3 não foram altas as respostas em ações e, no STJ, por ser um tribunal mais abrangente, o resultado foi extremamente significativo, esperou-se que na pesquisa no STF a resposta fosse ainda maior e, que fossem extraídas de lá diversas percepções da utilização do termo desenvolvimento sustentável, tanto como regra quanto como princípio.

No entanto, no período de novembro de 2018 a novembro de 2019, o resultado para Ações Cíveis Públicas ambientais do Supremo Tribunal Federal, foi de quinze ações de matéria ambiental. Ademais, em nenhum dos quinze julgados os ministros utilizaram o princípio do desenvolvimento sustentável para nortear suas decisões.

#### **4 RESULTADOS DAS ENTREVISTAS COM PROFISSIONAIS JURÍDICOS**

As entrevistas realizadas situam-se no modelo de semiestruturadas, conforme Boni e Quaresma (2005), esse tipo de entrevista combina perguntas abertas e fechadas, onde o entrevistado tem a possibilidade de discorrer sobre o tema proposto, pois, os mesmos podem em determinados momentos realizar perguntas adicionais às prévias para elucidar pontos que possam não estar muito claros.

Sendo ainda pesquisa qualitativa, tendo como intuito o levantamento das diversas percepções dos operadores jurídicos a cerca do princípio do desenvolvimento sustentável e a utilização deste de acordo com suas experiências sua atuação institucional. Conforme ensina Bauer e Gaskell (2008) “a compreensão dos mundos da vida dos entrevistados e de grupos sociais especificados é a condição *sine qua non* da entrevista qualitativa”.

Como tópicos guias para as entrevistas foram aplicados os seguintes: 1) se o/a entrevistado/a autoriza ser identificado/a pelo nome na pesquisa ou apenas pelo cargo; 2) há quanto tempo atua com Ações Cíveis Públicas em Dourados/MS e com Ações Cíveis Públicas ambientais; 3) qual a incidência de Ações Cíveis Públicas Ambientais no órgão em que desempenha suas atividades; 4) quais áreas mais recorrentes dentro das Ações Cíveis Públicas Ambientais em Dourados/MS; 5) se tem proposto Termo de Ajustamento de Conduta em vez de Ação Civil Pública; 6) se a proposta do Termo de Ajustamento de Conduta é mais efetiva que a Ação Civil Pública; 7) qual o entendimento sobre desenvolvimento sustentável; 8) se utiliza em suas peças processuais o Princípio do Desenvolvimento Sustentável; 9) Quais as maiores dificuldades enfrentadas na atuação com Ações Cíveis Públicas Ambientais.

O Procurador Federal Marco Antônio Delfino de Almeida, que autorizou ser identificado pelo nome, informou que atua há onze anos com Ações Cíveis Públicas Ambientais em Dourados/MS. Quando entrou no MPF, no ano de 2006, promovia mais ações que atualmente, pois, na época tinha uma situação mais propensa, chegando a propor uma Ação Civil Pública Ambiental contra grilagem a cada quinze dias.

Na época em que propunha ações com mais frequência havia uma justiça mais rápida, pois as varas não eram responsáveis por ações criminais, assim, os juízes apreciavam a matéria de maneira mais célere. Entretanto, com a rotatividade alta de juizes/as federais e um alto passivo criminal, há um desestímulo a propositura de Ação Civil Pública, havendo uma tendência maior a serem firmados acordos.

Informou ainda, que as tentativas em firmar Termos de Ajustamento de Conduta – TAC, não tem muita aderência, pois, há uma orientação jurídica por trás dessa negativa em firmar TAC. A aceitação ou não do TAC muitas vezes é determinada pela nomenclatura utilizada. Sendo visualizado que o termo TAC passou a ser pejorativo dentro das negociações.

Os “Acordos de Cooperação” são firmados pelo MPF, em maior número, com grandes empresas. O procurador informou ainda, que há alguns acordos sigilosos, pois, quem o firma não quer expor a imagem. Os ajustamentos são realizados com o intuito de ajuizar menos Ações Cíveis Públicas, pois, é preferível realizar uma negociação mais longa a propor a Ação Civil Pública. Ele propõe, eventualmente, Ação Civil Pública, apenas, em casos nos quais a pessoa física ou jurídica se recusa a realizar um acordo.

Informou ainda que, as áreas trabalhadas dentro de Ações Cíveis Públicas na esfera federal, a atuação é restrita, sendo as maiores atuações em: ações de demolição de ranchos em áreas de preservação permanente, especialmente, nas proximidades do rio Paraná que abrange também a região de Anaurilândia; ações de autuações para realização de drenos; desmatamento; ações

em áreas de preservação permanente do rio Paraná e do rio Apa. Destacou que há muitas Ações Civis Públicas relacionadas a agrotóxicos, pulverização terrestre e aérea, pois, nessas situações dificilmente o agricultor realiza o Acordo ou Termo de Ajustamento de Conduta - TAC. Sendo necessária então a propositura de ação judicial.

Com relação ao entendimento sobre desenvolvimento sustentável, respondeu que o princípio veio de Estocolmo e o entende no plano constitucional como um parâmetro bom. E, que costuma utilizá-lo nas suas fundamentações, exemplificou que o utilizou em um parecer no Projeto de Lei 6299 (BRASIL, 2002), Projeto de Lei (PL) do veneno, pois, coordena um Grupo de Trabalho de Agroecologia. Ressaltou que todo o norte da PL do veneno foi no sentido de que a liberação dos venenos era fundamental para o desenvolvimento do país. Assim, ele argumentou que na Constituição Federal (BRASIL, 1988) a ordem econômica se submete ao Direito do Consumidor e do Meio Ambiente.

Na sua visão, não há como aceitar um desenvolvimento que não leve em consideração as pessoas e o meio ambiente. Sendo necessário promover desenvolvimento equilibrado, tanto na gestão como no impacto nas pessoas e no meio ambiente. Salientou que em suas peças conecta o desenvolvimento sustentável com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS, especialmente, na questão de agrotóxicos.

Por fim, destacou que a maior dificuldade enfrentada na atuação ambiental é a sensibilidade do poder judiciário que, focando nas ODS, agenda 2030 da ONU, é possível constatar que o único órgão judiciário que institucionalmente se preocupa com o meio ambiente é o Tribunal de Contas da União – TCU, que realiza eventos da temática.

Argumentou que, se o Brasil se comprometeu a cumprir com os ODS, o mínimo que deveria ocorrer é a pauta do meio ambiente ter mais ações direcionadas ao judiciário para o fiel cumprimento. Mas infelizmente não há priorização pelo poder judiciário à tutela ambiental. Salienta que no Mato Grosso do Sul não existem varas especializadas em questões ambientais.

Aduziu ainda, que promoveu ação para proibição da queima da palha da cana, pois, prejudicava a cidade como todo. Havendo evidente impacto individual e difuso. Entretanto, para efeito do poder judiciário, a ação da queima de palha de cana tem o mesmo tratamento de um flagrante de 20kg de maconha. E que, provavelmente, a pessoa com essa quantidade de maconha será presa e julgada antes.

Avalia que para a justiça, a única celeridade é para encarcerar e não promover direitos, pois, a justiça que promove direitos é lenta e às vezes inexistente. Efetivamente não deveria ter a demora nos julgamentos. Pois essa demora favorece a conduta do poluidor, que não faz acordo, sabendo que a ação vai demorar tanto que é melhor não fazer acordo, estando, assim, o tempo a favor do poluidor.

A quarta entrevista, foi realizada com o Promotor Estadual da décima primeira promotoria de justiça de Dourados/MS, promotoria especializada na proteção do meio ambiente, com o promotor titular Amílcar Araújo Carneiro Junior, que autorizou ser identificado pelo nome na pesquisa.

O promotor informou que atua como promotor há vinte anos, no entanto, há quatro anos na

vara especializada em meio ambiente, e que atualmente há 28 Ações Cíveis Públicas em andamento e 210 procedimentos investigatórios, dentre Inquéritos Cíveis, procedimentos administrativos e notícia de fato. Sendo as ações em grande maioria correspondentes ao ambiente artificial e urbano; loteamentos; drenagens; problemas com efluentes da Sanesul; córregos que cortam a cidade e nascentes no meio urbano.

Informou que a preferência é realizar o chamado sistema multiportas de conciliação e mediação em vez de propor, desde o princípio, a Ação Civil Pública, pois, na grande maioria das situações encerra-se o problema através de acordos.

Ele utiliza muito o procedimento estrutural, ou seja, fazer com que pelo intermédio de requisições e intervenções os problemas sejam solucionados após a verificação de que a situação é apenas ilegalidade, sendo possível a resolução antes da propositura da Ação Civil Pública.

Salientou que realiza o Termo de Ajustamento de Conduta – TAC e, até mesmo, dentro do processo judicial realizar acordo é muito mais vantajoso e, por isso, a promotoria tem apenas 28 ações cíveis públicas em andamento, pois na maioria das situações, as lides são solucionadas sem propositura da ação judicial.

Indagado sobre seu ponto de vista à respeito do desenvolvimento sustentável, partiu da premissa de que crescimento é diferente de desenvolvimento sustentável, pois, o segundo deve ser capaz de crescer, mas suprindo as necessidades da geração atual, sem comprometer a capacidade de atender as gerações futuras. O desenvolvimento não deve esgotar os recursos, os quais devem ser preservados, para proporcionar qualidade de vida para as atuais e futuras gerações.

Informou que utiliza em suas peças o princípio do desenvolvimento sustentável, pois, o desenvolvimento não pode ocorrer em prejuízo da coletividade. Um exemplo que trouxe foi a concessão para o esgoto, uma vez que essa concessão gera lucratividade, no entanto, o lucro não pode ser em detrimento do prejuízo da água para as gerações futuras. O recurso hídrico pode ser explorado, mas de forma cuidadosa para não causar uma poluição irreversível, ao ponto de não se reutilizar depois, devendo o ciclo da utilização se dar de maneira adequada.

As dificuldades na atuação ocorrem tanto na área urbana quanto na área rural. Nas queimadas, por exemplo, dificilmente serão detectados os causadores, e quando há resquício de que foi praticada por uma grande empresa, há dificuldade de se apurar e comprovar. No entanto, pontuou que a maior dificuldade que tem, em sua atuação como promotor público, nas ações ambientais é no campo da perícia, pois, uma ação ambiental não se resolve apenas com provas testemunhais. O que comprova a situação é a prova pericial e há muita dificuldade na realização deste tipo de prova.

Uma vez que, tanto em juízo quanto fora, só há uma empresa no estado do Mato Grosso do Sul que realiza perícia ambiental e que, o judiciário nomeia somente esta empresa para realização da perícia, a qual não atende a vários requisitos indispensáveis para uma boa perícia, influenciando negativamente nas ações.

O juiz para solucionar a lide tem o conhecimento jurídico, no entanto, nas ações ambientais é necessário mais do que conhecimento jurídico, sendo aí que entra a perícia, necessitando bons profissionais em áreas da biologia, geologia, engenharia, o que não há na empresa que realiza

perícia para as lides do estado do Mato Grosso do Sul e Dourados. Salientou ainda que o julgamento de ações ambientais são lentos. Assim, volta a premissa de que os acordos são mais positivos, pois, são mais céleres e eficazes.

A segunda entrevista concedida, foi pela Defensora Estadual Marisa Fátima Gonçalves, a qual autorizou ser identificada pelo nome e informou que na defensoria estadual de Dourados/MS não há um setor com atuação única e exclusivamente voltada para área ambiental. Ela mesma como defensora da vara do Direito do Consumidor, por se tratar de Ação Civil Pública, atua em ações ambientais quando surgem. Mas que, mesmo com legitimidade para atuar, a atuação da defensoria pública estadual faz a filtragem pelo requisito da hipossuficiência e que atua quando há dano relacionado à população carente, sendo baixa a incidência em atuação.

A respeito de casos concretos que pode exemplificar, atuou em um caso onde o loteamento estava com fossa e vazamento de gás, assim, por ser um local onde a população era carente, ajuizou uma ação coletiva em nome dos moradores. Ademais, em uma ação que envolvia um loteamento de água, solucionou a lide através de um acordo e não por Ação Civil Pública.

Ao ser indagada se propunha Termos de Ajustamentos de Conduta -TAC, informou que a defensoria pública utiliza para acordos o PAP – Procedimento de Apuração Preliminar, que ocorre antes da Ação Civil Pública, como se fosse um inquérito civil. Então, na defensoria eles realizam o PAP e propõe a partir dele um acordo.

Informou que as situações a serem tratadas sobre meio ambiente, chegam até a defensoria pública como uma reclamação ou problema individual do consumidor e, ao analisar a situação acaba sendo identificada a questão ambiental e coletiva. Disse ainda, que as Ações Cíveis Públicas Ambientais não são carro chefe da defensoria, mas que aparece a partir do dano a saúde e do consumidor carente.

Sobre o entendimento à respeito do desenvolvimento sustentável, respondeu que é o que vai nos manter vivos no planeta, é uma consciência e uma educação que deve ser feita constantemente, afirmando ainda, que tem muita preocupação com o lixo produzido no planeta. Disse ainda, que tem buscado em vários campos utilizar princípios, mas nas ações ambientais, por serem casos concretos utiliza normas positivadas e jurisprudências, pois, quando a ação chega até ela o dano já ocorreu, então, como não atua de forma preventiva, fica impossibilitada de ater-se aos princípios.

Por fim, indagada sobre as maiores dificuldades que enfrenta ao atuar em ações ambientais, informou que, por ser defensora do consumidor, atua de forma residual nas ações ambientais, então esta é uma barreira enfrentada. Mas que a maior dificuldade é na questão pericial, pois, falta aparato técnico para provar como deve ser feito algo de forma sustentável. Faltando, então, técnica e peritos para amparar o conhecimento jurídico.

Ainda sobre os fatos concretos, pontuou que a atuação mais forte que realiza, na verdade é uma ligação do consumidor, mas que afeta o meio ambiente, nas ações inerentes à defesa do consumidor frente questões de energia elétrica.

O defensor público que concedeu a entrevista, Joseph Bruno dos Santos Silva, autorizou ser identificado pelo nome e, informou que atua na Defensoria Pública Federal de Dourados/MS desde

junho de 2018.

A respeito de Ações Civis Públicas Ambientais, explicou que atua tanto no polo ativo como passivo. Entretanto, a atuação é razoavelmente maior no polo passivo, em ações de ilícitos cometidos em assentamentos do INCRA devido à reforma agrária, local de competência federal. Já o polo ativo é menor, uma vez que há o Ministério Público que atua nesta finalidade.

Ressaltou que as lides surgem através de pessoas hipossuficientes, público alvo da Defensoria da União, que buscam defesa/proteção por estarem envolvidas em situações ambientais. Aduziu ainda, que além de situações nos assentamentos do INCRA, há defesa da coletividade indígena e também lides que envolvem ribeirinhos.

Já a respeito de desenvolvimento sustentável, disse que o desenvolvimento deve conciliar o aspecto ambiental ao aspecto social e econômico, bem como, em questões ambientais deve-se analisar as condições que ferem o desenvolvimento sustentável. Visto que, grandes proprietários de terras não devem ser tratados igualmente a ribeirinhos, ou seja, importante observar além da ótica ambiental a questão socioeconômica. Assim, disse que, ao atuar em questões ambientais olha para a figura da pessoa envolvida, pois, o meio ambiente é um bem a ser protegido sem se desapegar das pessoas envolvidas.

Advinda dessa leitura, sua maior dificuldade na atuação de questões ambientais resulta no olhar para a letra da lei de forma muito fria, sendo sua luta para que a lei seja enfrentada no caso concreto. Seu desafio é o de trazer um olhar mais humano para as sentenças que versam sobre questões ambientais e, não sob o mesmo carimbo, sem olhar para a situação social do agente.

A terceira entrevista foi realizada com o Juiz Federal Moisés Anderson Costa Rodrigues da Silva, que também autorizou ser identificado pelo nome. O mesmo atua, julgando Ações Civis Públicas há onze anos em Dourados/MS. O Juiz informou que ações ambientais em sua vara, são esporádicas e que quando surgem é em matéria criminal versando sobre extração de minérios. No entanto, informou que atuou na ação da queima da palha de cana, sendo a sentença proveniente deste magistrado.

Sobre desenvolvimento sustentável, aduziu que é compromisso da geração atual deixar um ecossistema melhor do que pegamos e fazer com que a economia não agrida o meio ambiente, devendo ser um trabalho de todos. Informou ainda que em suas sentenças utiliza a lei positivada permeada pelos princípios do poluidor-pagador, socioambiental e do desenvolvimento sustentável. E que, a maior dificuldade encontrada na atuação em Ações Civis Públicas Ambientais é que o poder público é um dos maiores responsáveis pelo dano ambiental.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após investigar como surgiram os direitos para a proteção do meio ambiente e do desenvolvimento sustentável, através da revisão bibliográfica trazida, foi possível realizar a análise jurisprudencial e entrevistas com os profissionais jurídicos de Dourados/MS.

E, a partir das análises jurisprudenciais que se limitou ao período de um ano, novembro de

2018 a novembro de 2019, para entender como o princípio do desenvolvimento sustentável está sendo tratado nos tribunais superiores brasileiros, obtendo-se os seguintes resultados: no Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul/TJMS, das quarenta e nove ações filtradas, não teve nenhum recurso tratando de Ação Civil Pública Ambiental no Tribunal do Estado; o Tribunal Regional Federal da Terceira Região/TRF3, que abrange a região de São Paulo e Mato Grosso do Sul, no período de um ano, a recorrência de recursos tratando de Ações Cíveis Públicas de matéria ambiental foi ínfima, com apenas uma ação a partir da filtragem de Ação Civil Pública Ambiental Dourados, sendo que esta não trata do desenvolvimento sustentável.

Já no Superior Tribunal de Justiça, que tem uma abrangência nacional, o resultado foi maior, pois, no período de um ano, a partir da filtragem na pesquisa de “Ação Civil Pública Ambiental”, surgiram, então, cento e noventa e seis resultados tratando de recursos envolvendo matéria ambiental, nos quais, doze recursos trouxeram em seu teor o termo desenvolvimento sustentável. Destaca-se, que nas onze ações onde o termo desenvolvimento sustentável aparece, são nos votos dos ministros relatores, que em sua totalidade são utilizados para garantir a proteção do meio ambiente através do termo como princípio e como Objetivo de Desenvolvimento Sustentável-ODS.

Ao evoluir a pesquisa dos tribunais regionais para o tribunal de abrangência nacional, que é o Superior Tribunal de Justiça-STJ, aumentou significativamente o resultado da análise quantitativa e também do resultado para a qualitativa, ao iniciar a pesquisa jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal-STF.

No entanto, o resultado da pesquisa jurisprudencial no STF, com o filtro “Ação Civil Pública Ambiental”, no período de novembro de 2018 a novembro de 2019 foi de apenas quinze ações filtradas de matéria ambiental e nenhuma das quinze trouxe o termo desenvolvimento sustentável em seu teor.

Assim, finalizadas as análises jurisprudenciais que, foi um dos objetivos da pesquisa, a hipótese de que em todos os tribunais haveria alta recorrência de recursos em matéria ambiental, discutidos a partir do uso do desenvolvimento sustentável, não foi confirmada.

Dessa forma, foi iniciada então a realização do segundo objetivo da pesquisa, as entrevistas com os operadores jurídicos da comarca de Dourados/MS, para visualizar como estes entendem o desenvolvimento sustentável e como utilizam este princípio no dia a dia ao trabalharem com Ações Cíveis Públicas Ambientais em seus respectivos órgãos.

Salienta-se, que este trabalho, de entrevistas com os operadores jurídicos dentro da pesquisa no Direito Ambiental, foi o primeiro realizado na comarca de Dourados/MS, então, não se tinha confiança de que teria a recepção dos operadores do Direito de forma positiva. Entretanto, a recepção foi positiva, bem como a disponibilidade da maioria em receber e contribuir com a pesquisa.

As entrevistas foram realizadas com o Juiz Federal, o Procurador Federal, o Promotor Ambiental Estadual e a Defensoria Pública Estadual e Federal na comarca de Dourados, os quais contribuíram com a pesquisa trazendo suas visões a cerca do desenvolvimento sustentável e a utilização dentro das Ações Cíveis Públicas.

Ademais, uma descoberta que só foi possível ser visualizada com as entrevistas pessoais foi a de que, para os profissionais do direito, a realização de acordos e termos de ajustamento de conduta, atualmente, é mais efetivo que a propositura da Ação Civil Pública. A ação que foi criada para assegurar o cuidado ao meio ambiente, com a evolução do Direito, e a atuação já não é a forma mais efetiva de assegurar o Direito ao meio ambiente equilibrado.

Em cada órgão jurisdicional os operadores utilizam um tipo de procedimento específico para realizar os acordos, como relatado nas entrevistas. No Ministério Público Federal falar em Termo de Ajustamento de Conduta não é interessante, pois, não há aderência, conforme relatado pelo procurador federal. Na Promotoria Ambiental, a utilização do TAC ainda é recorrente, juntamente, com acordos e mediação multiportas, que é através de resoluções e solicitações, até mesmo fora do TAC que se soluciona a problemática ambiental sem necessidade da Ação Civil Pública.

Na Defensoria Pública, como relatado pela defensora, a lide ambiental que chega através de uma reclamação individual e assim, solucionada pelo Procedimento Administrativo Preliminar é, em sua grande maioria utilizada, ao invés da vez da Ação Civil Pública.

No entanto, dentre os operadores ao serem questionados acerca do entendimento e da utilização do princípio do desenvolvimento sustentável, apenas a defensora afirmou que não utiliza os princípios, por lidar com apenas casos concretos já na fase de repressão e não prevenção do dano ambiental.

Outras constatações são as de que os recursos nos tribunais foram poucos, pois, são reflexo do que foi exposto pelos operadores jurídicos entrevistados, ou seja, se os operadores optam por realizar acordos, conseqüentemente, serão poucas as ações civis públicas propostas, acarretando em poucos recursos nos tribunais.

O tribunal que mais tem recurso proposto de Ação Civil Pública Ambiental é o Superior Tribunal de Justiça, bem como, o que melhor trabalha o desenvolvimento sustentável em seus votos, trazendo-o como Objetivo de Desenvolvimento Sustentável e jurisprudências em favor do meio ambiente.

Por fim, constatou-se que a Ação Civil Pública que no século passado foi incorporada ao Direito para tornar possível o pleito ambiental, atualmente, na prática, passou a ser dispensável para que ocorra de fato a proteção do meio ambiente, de forma justa e efetiva.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Mafalda Miranda. **Da causalidade à imputação objetiva na responsabilidade civil ambiental**. Coimbra: Instituto Jurídico, 2015.

BAUER, Martin W.; GASKEL, George. **Pesquisa qualitativa com texto imagem e som: um manual prático**. Petrópolis: Vozes, 2008.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é - o que não é?**. Petrópolis: Vozes, 2012.

BONI, Valdete; QUARESMA, Silvia Jurema. **Aprendendo a entrevistar: como fazer entrevistas**

em Ciências Sociais. **Em Tese**, Santa Catarina, v. 2, n. 1, p. 68-80, 2005. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/emtese/article/view/18027/16976>. Acesso em: 28 out. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 126, n. 191-A, p. 1-32, 5 out. 1988.

BRASIL. Ministério da Justiça. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 17 jan. 1973.

BRASIL. Ministério da Justiça. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 10649, 25 jul. 1985.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 16509, 2 set. 1981.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 6.299, de 2002**. Altera os arts 3º e 9º da Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989, que dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, e dá outras providências. Relator: Dep. Luiz Nishimori, 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial n. 905.258 - SP (2016/010679-4)**. Direito ambiental. Processual civil. Violação da lei de introdução às normas do direito brasileiro. Inexistência. Irretroatividade do novo código florestal. Nova norma ambiental não retroage para atingir situações pretéritas. Perquirição sobre essencialidade de produção de provas periciais e testemunhais. Súmula 7 do stj. Obrigatoriedade de suspensão da ação civil pública em razão da existência de adi no supremo tribunal federal. A mera propositura não ocasiona suspensão automática. Agravante: Eliana Scatena; Francisco Humberto Gomes Franca. Agravado: Michel Antonio Ferrari da Silva e outros. Relator: Min. Og Fernandes, 7 fev. 2019a. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1789896&num\\_registro=201601006794&data=20190221&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1789896&num_registro=201601006794&data=20190221&formato=PDF). Acesso em: 13 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental Interno no Recurso Especial nº 1.712.940 - PE (2017/0309065-7)**. Administrativo. Responsabilidade civil. Danos decorrentes de transporte de cargas com excesso de peso em rodovias federais. Responsabilidade configurada. Independência de instâncias. Dever de reparar os danos. Fixação de astreintes em caso de reincidência na prática. Acórdão em confronto com a jurisprudência do stj. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Norsa Refrigerantes LTDA. Relator: Min. Francisco Falcão, 3 set. 2019b. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1860047&num\\_registro=201703090657&data=20190909&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1860047&num_registro=201703090657&data=20190909&formato=PDF). Acesso em: 12 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental Interno na Petição no Recurso Especial nº 1.637.910 - RN (2016/0297783-6)**. Processual civil. Administrativo.

Ação civil pública. Tráfego de veículo em rodovia federal. Excesso de peso. Pedido de ingresso como amicus curiae. Indeferimento pelo relator. Agravante: ANUT - Associação Nacional dos Usuarios do Transporte de Carga. Agravado: Ministério Público Federal. Agravado: Refinasouto sal LTDA - ME - Microempresa. Relator: Min. Francisco Falcão, 18 jun. 2018. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=83651691&num\\_registro=201602977836&data=20180627&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=83651691&num_registro=201602977836&data=20180627&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 12 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.251.059 - DF (2018/0037805-9)**. Administrativo. Responsabilidade civil. Danos decorrentes de transporte de cargas com excesso de peso em rodovias federais. Responsabilidade configurada. Independência de instâncias. Dever de reparar os danos. Fixação de astreintes em caso de reincidência na prática. Acórdão em confronto com a jurisprudência do stj. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: BRF S.A. Relator: Min. Francisco Falcão, 03 set. 2019c. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1850513&num\\_registro=201800378059&data=20190909&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1850513&num_registro=201800378059&data=20190909&formato=PDF). Acesso em: 12 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental Interno no Recurso Especial nº 1.701.573 - PE (2017/0254921-0)**. Administrativo. Responsabilidade civil. Danos decorrentes de transporte de cargas com excesso de peso em rodovias federais. Responsabilidade configurada. Independência de instâncias. Dever de reparar os danos. Fixação de astreintes em caso de reincidência na prática. Acórdão em confronto com a jurisprudência do stj. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Guarany Siderurgica e Mineração S.A. Relator: Min. Francisco Falcão, 20 ago. 2019d. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1851500&num\\_registro=201702549210&data=20190902&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1851500&num_registro=201702549210&data=20190902&formato=PDF). Acesso em: 12 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.139.030 - DF (2017/0177722-4)**. Administrativo. Responsabilidade civil. Danos decorrentes de transporte de cargas com excesso de peso em rodovias federais. Responsabilidade configurada. Independência de instâncias. Dever de reparar os danos. Fixação de astreintes em caso de reincidência na prática. Acórdão em confronto com a jurisprudência do stj. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Nancy Dreyfus Commodities Brasil S.A. Relator: Min. Francisco Falcão, 20 ago. 2019e. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1850870&num\\_registro=201701777224&data=20190904&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1850870&num_registro=201701777224&data=20190904&formato=PDF). Acesso em: 12 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.137.714 - MG (2017/0175363-2)**. Administrativo. Responsabilidade civil. Danos decorrentes de transporte de cargas com excesso de peso em rodovias federais. Responsabilidade configurada. Independência de instâncias. Dever de reparar os danos. Fixação de astreintes em caso de reincidência na prática. Acórdão em confronto com a jurisprudência do stj. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Bomag Marini Equipamentos LTDA. Relator: Min. Francisco Falcão, 11 jun. 2019f. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1838421&num\\_registro=201701753632&data=20190614&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1838421&num_registro=201701753632&data=20190614&formato=PDF). Acesso em: 12 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.738.052 - SP (2018/0030724-**

0). Direito ambiental. Recurso especial. Ação civil pública. Violação do art. 1.022 do cpc. Inexistência de vício. Cômputo da área de preservação permanente no cálculo da reserva legal. Aplicação retroativa do novo código florestal. Descabimento. Recorrente: Ministério Público de São Paulo. Recorrido: Fundação Instituto de Terras do Estado de São Paulo Jose Gomes da Silva. Relator: Min. Og Fernandes, 7 fev. 2019g. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1789902&num\\_registro=201800307240&data=20190221&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1789902&num_registro=201800307240&data=20190221&formato=PDF). Acesso em: 13 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.768.207 - SP (2017/0277775-0)**. Processual civil. Ambiental. Ação civil pública. Ambiental. Ocupação e construção em área de preservação permanente. Hipótese que não se amolda a quaisquer das situações que autorizam a excepcional intervenção nesse espaço territorial especialmente protegido. Imperiosa a demolição da construção na área de preservação permanente. Precedentes. A reparação integral do dano ambiental envolve, além das medidas para sua recuperação, a compensação pelo período em que foram desrespeitadas as normas ambientais. Proteção das áreas de preservação permanente para as presentes e futuras gerações. Recorrente: Sociedade Pro Educação, Resgate e Recuperação Ambiental - S.E.R.R.A. Recorrido: Stephen Charles o Sullivan; Maria Aparecida dos Passos o Sullivan; Fazenda do Estado de São Paulo; Município de Santo Antônio do Pinhal; Joao Antonio Fuzaro; Marco Antonio Moreira Landrino; Francisco Pereira Fernandes Neto; José Carlos de Campos; Paulo Roberto Fernandes; Mario Luiz Vieira; Jose Roberto da Costa Barbosa. Relator: Min. Francisco Falcão, 12 mar. 2019h. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1801397&num\\_registro=201702777750&data=20190318&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1801397&num_registro=201702777750&data=20190318&formato=PDF). Acesso em: 13 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.779.097 - SC (2018/0268163-0)**. Administrativo. Processual civil. Recurso especial interposto por m2t gastronomia e serviços ltda. Direito ambiental. Ação civil pública movida por associações de moradores. Alegação de irregularidades na implantação e no funcionamento de postos de praia/beach points localizados na orla de Jurerê Internacional (florianópolis/sc). Área de preservação permanente com dunas e restinga. Terreno de marinha [...]. Recorrente: T&T gastronomia LTDA; M2T gastronomia e serviços LTDA; O Santo entretenimento produções e eventos LTDA – ME; Novo Brasil entretenimento LTDA; GoSunset bar e restaurante LTDA – ME; Ministério Público Federal; CIACOI - administração de imóveis LTDA; Associação de Proprietários e Moradores de Jurerê Internacional – AJIN; União; Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA. Recorrido: Os mesmos. Relator: Min. Sérgio Kukina, 12 mar. 2019i. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1800236&num\\_registro=201802681630&data=20190424&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1800236&num_registro=201802681630&data=20190424&formato=PDF). Acesso em: 13 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.795.349 - SC (2019/0029433-7)**. Ambiental. Processual civil. Recurso especial. Violação do disposto no art. 1.022 do cpc. Ausência de omissão, contradição, obscuridade ou erro material. Violação de lei federal. Falta de prequestionamento. Incidência das súmulas 282/stf e 211/stj. Acórdão recorrido com dupla fundamentação (infraconstitucional e constitucional). Ausência de recurso extraordinário. Incidência da súmula 126/stj. Recorrente: Instituto Brasileiro do Meio ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA. Recorrido: Dalcio Jurandir da Silva Junior. Relator: Min. Og Fernandes, 6 jun. 2019j. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1835982&num\\_registro=201900294337&data=20190612&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1835982&num_registro=201900294337&data=20190612&formato=PDF). Acesso em 12 nov. 2022.

BURSZTYN, Marcel, BURSZTYN, Maria Augusta Almeida. Desenvolvimento sustentável: desenvolvimento de um conceito. In: PINHEIRO DO NASCIMENTO, Elimar, VIANA, João Nildo (orgs.). **Economia, meio ambiente e comunicação**. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. A proteção internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional do meio ambiente. **Revista Amazônia Legal de estudos sócio-jurídicos-ambientais**, Cuiabá, ano 1, n.1, p. 169-196, 2007.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação de dano ao meio ambiente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

NAVARRO, Gabriela Cristina Braga. **Hermenêutica filosófica e direito ambiental**. São Paulo: Instituto o Direito por um Planeta Verde, 2015.

ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração de Estocolmo sobre o meio ambiente humano. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos Humanos e meio ambiente**: paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Fabris, 1993a.

ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos Humanos e meio ambiente**: paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Fabris, 1993b.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. 3. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOARES, Guido Fernando Silva. **A proteção internacional do meio ambiente**. Barueri: Manole, 2003.

**Como citar**: GUIMARÃES, Verônica Maria Bezerra; SILVA, Aline Soares da. Responsabilidade Civil Ambiental: aplicação do direito da sustentabilidade na atuação dos profissionais jurídicos em Dourados/MS. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 18, n. 1, p. 63-86, mai.2023. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v18n1p. 63. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 12/02/2020

Aceito em: 08/11/2022

**A VÍTIMA E O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL****THE VICTIM AND THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM****Glaucia Mayara Niedermeyer Orth\*****Mileny Eduarda Moleta\*\***

**Como citar:** ORTH, Glaucia Mayara Niedermeyer; MOLETA, Mileny Eduarda. A vítima e o sistema de Justiça Criminal. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 18, n. 1, p. 87-107, mai. 2023. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v18n1p. 87. ISSN: 1980-511X

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo problematizar a participação da vítima no sistema de justiça criminal, reconhecendo suas necessidades e demandas direcionadas a este sistema. Para atingir este objetivo, a metodologia empregada foi a pesquisa bibliográfica, a partir de autores que discutem sobre a vítima e sobre justiça restaurativa, e documental, com a consulta às legislações e resoluções nacionais e internacionais relacionadas à vítima. O artigo está dividido em quatro seções: 1) o esquecimento da vítima e o roubo do conflito pelo Estado; 2) o impacto do crime às vítimas; 3) as jornadas das vítimas (jornadas em direção ao sentido, à honra, à vindicação e à justiça; e, 4) justiça restaurativa. Conclui-se que o processo de justiça criminal atende às necessidades do Estado e sociedade mais ampla, porém raramente atende às necessidades das vítimas. A justiça restaurativa, por sua vez, é apresentada ao final como paradigma de justiça que apresenta a potencialidade de atendimento às necessidades da vítima.

**Palavras-chave:** vítima; sistema de justiça; crime; justiça restaurativa.

**Abstract:** This article aims to discuss the victim's participation in the criminal justice system, recognizing their needs and demands directed at this system. To achieve this objective, the methodology used was bibliographic research, based on authors who discuss the victim and restorative justice, and documentary research, with reference to national and international legislation and resolutions related to the victim. The article is divided into four sections: 1) the oblivion of the victim and the theft of the conflict by the State; 2) the impact of the crime on victims; 3) the victims' journeys (journeys towards meaning, honor, vindication and justice; and 4) restorative justice. It is concluded that the

\*Psicóloga pela UNICENTRO, mestre e doutora em Ciências Sociais Aplicadas pela UEPG. Psicóloga no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania de Ponta Grossa-PR.  
E-mail: glauciamno88@gmail.com

\*\*Acadêmica do curso de Direito da UEPG.  
E-mail: moleta.mileny@gmail.com

criminal justice process meets the needs of the State and wider society, but rarely meets the needs of victims. Restorative justice, in turn, is presented at the end as a justice paradigm that has the potential to meet the needs of the victim.

**Keywords:** victim; justice system; crime; restorative justice.

## INTRODUÇÃO

A vítima no sistema de justiça tem sido, historicamente, mera desencadeante do assunto. O processo de justiça criminal atende às necessidades do Estado e sociedade mais ampla, porém raramente atende às necessidades das vítimas. Em geral, vítimas sentem que o processo de justiça criminal não somente as deixa de fora, como também reinterpreta suas experiências em termos legais e estranhos a ela. Crimes representam uma profunda expressão de desrespeito à vítima como pessoa. A violência é uma negação da personalidade da vítima, uma falha em valorizá-la como um indivíduo. Quando o sistema de justiça ignora as vítimas - e o faz com frequência - o ciclo de desrespeito é perpetuado (ZEHR, 2001).

Levando isso em consideração o presente artigo tem como objetivo geral problematizar a participação da vítima no sistema de justiça, reconhecendo suas necessidades e demandas direcionadas a este sistema. Tem como objetivos específicos: 1) compreender a trajetória de esquecimento da vítima e o roubo do conflito pelo Estado, quando este passa a ocupar o lugar da vítima e ela é invisibilizada pelo sistema de justiça; 2) explanar sobre o impacto do crime às vidas das vítimas; 3) entender as jornadas que vítimas percorrem, a partir de Howard Zehr, até o que compreendem como justiça; 4) Discutir sobre a justiça restaurativa e seu potencial de atendimento às demandas das vítimas. O tema deste artigo, portanto, é a marginalização da vítima perante o sistema de justiça criminal. Isso porque a estrutura do sistema de justiça separa vítimas e ofensores, a partir de justificativas históricas, que serão aqui abordadas, e o Estado passa a figurar como vítima. Esse distanciamento da vítima compromete a sua participação e inclusão no processo, o que pode atrapalhar as suas possibilidades de superação e enfrentamento desta situação dolorosa provocada pelo crime. De que forma o sistema de justiça pode contribuir para atender as necessidades da vítima? Como hipótese, sustenta-se que a justiça restaurativa apresenta a potencialidade de atendimento às necessidades da vítima, uma vez que sua teoria e prática “[...] surgiram e foram fortemente moldadas pelo esforço de levar a sério as necessidades das vítimas” (ZEHR, 2012, p. 26). A justiça restaurativa procura promover um contexto onde as necessidades de vítimas por segurança, restituição, informação, contar a verdade e empoderamento podem ser encaminhadas.

A metodologia empregada no artigo contemplou a pesquisa bibliográfica e documental. A pesquisa bibliográfica, lembra Gil (1999) é aquela feita a partir de materiais que já estão prontos, como artigos científicos e livros publicados. Por meio da pesquisa bibliográfica, vale-se daquilo que os autores já escreveram sobre o assunto. Os seguintes autores foram consultados para sustentar a discussão teórica do trabalho: Jacques Le Goff (1984), Gabriel Anitua (2015), Norberto Bobbio (2004), Juan Nappi (2000), Liliana Alaniz (2000), Nils Christie (1977, 2016), Howard Zehr (2001, 2012) e Daniel Van Ness (2002). A pesquisa documental, por sua vez, difere da bibliográfica por se valer de materiais que já foram produzidos, mas que ainda não foram analisados, ou então que ainda permitem novas análises conforme os objetivos da pesquisa (GIL, 1999). Sua fonte exploratória são os documentos (GIL, 1999). Diversos foram os documentos utilizados neste

trabalho, tais como: Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), lei nº 9.807/1999 (BRASIL, 1999) (estabeleceu normas para a organização e manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas), Resolução nº 253/2018 (BRASIL, 2018) do Conselho Nacional de Justiça (definiu a política institucional do poder judiciário de atenção e apoio às vítimas de crimes e atos infracionais) e as atualizações trazidas pela Resolução nº 386/2021 (CNJ, 2021), e Resolução nº 40/34 (ONU, 1985) da ONU, de 1985 (princípios básicos de justiça relativos às vítimas da criminalidade e abuso de poder). As referidas bibliografias e documentos foram analisados a partir das suas contribuições quanto ao entendimento da participação da vítima no sistema de justiça criminal, para compreender o contexto brasileiro e vislumbrar as contribuições da justiça restaurativa em atenção às necessidades das vítimas.

## 1 O ESQUECIMENTO DA VÍTIMA E O ROUBO DO CONFLITO PELO ESTADO

Durante a Idade Média, que perdurou do século V ao século XV, aproximadamente, a segurança dos indivíduos era sustentada pelo invisível, com parâmetros imprecisos. A insegurança e o medo do futuro eram constantes na vida do homem medieval, tendo em vista o escasso desenvolvimento da ciência até então para previsão dos fenômenos da natureza (LE GOFF, 1984). A Igreja Católica, nesse período, detinha grande poder sobre o comportamento individual e apresentava como consolo à insegurança a necessidade de “[...] apoiar-se na solidariedade do grupo [...]” (LE GOFF, 1984, p. 87). Os Escritos Bíblicos, juntamente com os padres da Igreja, constituíam autoridade suprema na orientação dos comportamentos adequados moralmente (LE GOFF, 1984). Diante da dúvida, a referência que orientava aos homens era o passado. “A inovação era um pecado. A Igreja apressou-se a condenar as novidades [...]” (LE GOFF, 1984, p. 88-89).

[...] os homens novos eram esmagados sob os símbolos antigos, a modernidade dificilmente conseguia abrir caminho entre os tabus sagrados, e os artifícios enganadores da história consideravam a repressão exercida pelo poder religioso um instrumento do sucesso terrestre (LE GOFF, 2007, p. 11).

Sendo o passado a sustentação da vida moral, a expressão do Direito era o costume. Como o costume não estava escrito, cabia aos mais velhos a consulta e o conselho sobre a ação mais adequada em cada caso (LE GOFF, 1984). Além disso, existiam marcadores externos, por meio dos quais a ética medieval era repassada de geração em geração. Lições eram ensinadas por meio de breves narrativas repetidas incansavelmente pelos conhecedores dos costumes (LE GOFF, 1984).

A moral na sociedade medieval girava em torno do conteúdo religioso, responsável por promover a unidade do grupo (VÁSQUEZ, 1975). Cabe lembrar que a moral surge e se mantém como necessidade de fortalecer a união do grupo, que passa a considerar como bom toda atitude que visa fortalecer o grupo e como ruim tudo aquilo que contribui para fragilizar a coletividade (VÁSQUEZ, 1975). Nesse sentido, Le Goff (1984, p. 34-35) descreve que:

Aquilo que respeita à coletividade deve ser aprovado por todos. A ruptura da

unanimidade é um escândalo. [...] Obcecada pelo grupo, a mentalidade medieval via-o constituído por um mínimo de pessoas. [...] O essencial era não deixar o indivíduo sozinho. Quem está isolado só pode fazer o mal. O grande pecado é a singularização.

Eis a prática jurídica medieval. A existência só é possível no grupo e pelo grupo. A exaltação individual era combatida religiosamente, sob o argumento do pecado e da perdição (LE GOFF, 1984). O indivíduo dissolvia-se no grupo, ao invés de se afirmar por ele. Ser diferente do estabelecido era uma aberração. Isso porque o fortalecimento e legitimação do grupo dependiam da reiteração de determinados comportamentos, que perpetuavam a sua existência. A estabilidade proporcionada pelas tradições e pelas estruturas divinamente estabelecidas alienavam o indivíduo de sua eventual soberania sobre si mesmo (HALL, 2006). Inclusive, Le Goff (1984) aponta que a singularidade individual não era expressada na arte e na literatura, pois as personagens não eram descritas em suas particularidades. Apenas existiam pelo seu tipo físico, em conformidade com o estamento ao qual pertenciam (LE GOFF, 1984).

Sobre o indivíduo prevalecia a ordem divina e a hierarquia social cimentada pelos estamentos. Do nascimento à morte, a identidade individual era a mesma, constituída pelas determinações externas, com base no lugar e posição social ocupada pelo indivíduo, muito antes de seu nascimento. Nesse contexto, o significado de liberdade relacionava-se à coesão da sua comunidade e o quanto as necessidades individuais eram supridas por este grupo.

O homem medieval não tem sentido nenhum de liberdade segundo a concepção moderna. [...] Não há liberdade sem comunidade. A liberdade não pode residir senão na dependência: o superior garante ao seu subordinado o respeito pelos seus direitos. O homem livre é aquele que tem um protetor poderoso (LE GOFF, 1984, p. 36).

Nesse contexto de supremacia coletiva, os conflitos eram geridos pela própria comunidade, a partir de uma cultura jurídica local, com a valorização da força física, mediante disputa entre os envolvidos no conflito (ANITUA, 2015). Os demais membros da comunidade posicionavam-se conforme a demarcação de “vítima” e “ofensor” e contribuíam para a expulsão deste último da comunidade, que ficava suscetível à reação do ofendido, que não necessariamente significava a morte do ofensor (ANITUA, 2015). Em geral, os ofendidos exigiam uma reparação por parte do ofensor, que poderia ser financeira (ANITUA, 2015). Nos casos em que isso não era suficiente, adotava-se o combate entre os envolvidos, sem qualquer participação de autoridades (ANITUA, 2015).

[...] o que efetivamente importava era a resolução pública da luta ou a prova, pois o público cuidaria do cumprimento das regras, assim como daria seu parecer sobre o ‘juízo de Deus’, sempre sujeito a interpretações (se a mão havia ou não ficado curada depois de estar em carne viva, se a água onde arremessaram o infrator o ‘aceitava’ ou o ‘rechaçava’, se ele havia repetido com maior êxito a prova oral etc.). As regras mencionadas não eram impostas ‘de cima’, mas eram antes

produto de um consenso comunitário sempre aberto, e que às vezes era útil aos poderosos – quando se acusava alguém odiado pela comunidade -, mas em outras situações ia contra os seus interesses. Esse componente do acaso ou da decisão comunitária seria eliminado pelo Estado moderno (ANITUA, 2015, p. 44).

Estar à mercê do critério do ofendido quanto à reparação da ofensa contribuía para uma sensação permanente de insegurança aos indivíduos. Uma sensação real, uma vez que não havia um critério imparcial quanto ao encaminhamento do conflito. Considera-se, ainda, o contexto cultural, moral e social no qual tais reações ocorriam, qual seja: a predominância da Igreja Católica enquanto forte reguladora dos comportamentos individuais. O conhecimento religioso, pautado nos ensinamentos Bíblicos, ressaltava o castigo para a correção dos desviantes. Estando a punição divina fortemente presente no cotidiano da comunidade, outra não poderia ser a reação do ofendido, que não a busca pela punição/vingança quando não fosse possível a reparação.

Esta caracterização de justiça, e os métodos para o seu estabelecimento, não promoviam a segurança dos envolvidos, comprometendo a conservação da vida. Esse estado permanente de guerra foi o que motivou aos homens, segundo Hobbes (2009), a constituição do Estado moderno – limitador objetivo dos desejos e comportamentos individuais. Para os autores contratualistas (Locke, Hobbes e Rousseau), o Estado foi fundado a partir da vontade dos homens, que buscavam “[...] uma instância capaz de proteger todos os seus integrantes e, pelo uso legítimo da força, manter a paz” (COSTA, 2006, p. 25).

As transformações no modo de lidar com o conflito se iniciaram a partir do momento em que o poder centralizou-se nas mãos do monarca, que trocou a luta entre os envolvidos no conflito por um modelo punitivo, burocratizado e levado a cabo por especialistas no assunto. “A averiguação e a prova para verificar uma hipótese apresentaram-se como o novo modelo de resolução de conflitos interindividuais” (ANITUA, 2015, p. 44). O monopólio do Estado sobre a justiça promoveu o afastamento da comunidade e da vítima do conflito, substituindo a cultura jurídica local por um corpo teórico criado e sustentado por funcionários especializados do Estado. Vítima e comunidade foram despossuídos de sua posição na resolução de conflitos (ANITUA, 2015).

A partir de então, todas as ações direcionadas aos outros homens, consideradas legítimas, deveriam partir, somente, da autoridade pública, na figura do representante do Estado (HOBBS, 2009). Inclusive, defendia Hobbes (2009), que toda pena àquele que havia transgredido a lei só poderia ser infligida por autoridade pública, pois o “[...] direito de punir pertence ao Estado [...]” (HOBBS, 2009, p. 218). Vinganças pessoais ou ofensas particulares não poderiam ser consideradas como punições, por não partirem do Estado (HOBBS, 2009).

O Estado passa a ser, então, o único criador do direito, ele edita leis e as faz cumprir. Sendo o Estado o detentor legítimo do direito de punir, qual deveria ser, então, a função da pena infligida ao violador da liberdade alheia? A função da pena adotada foi a retribuição (BOBBIO, 2004). Com o foco no passado, a retribuição sugere compensar um mal com outro mal (FERRAJOLI, 2002).

O modelo punitivo criado pelo monarca foi inspirado no Direito Canônico, incorporando deste o método para averiguar a verdade - a confissão – e a noção de transformação individual

do delinquente, a partir da punição (ANITUA, 2015). Após o 4º Concílio de Latrão (séc. XIII), a Igreja decidiu que a confissão não seria mais pública, e sim, privada (ANITUA, 2015). Apenas o sacerdote “[...] regularia a penitência de acordo com sua análise da personalidade pecadora” (ANITUA, 2015, p. 50). A individualização da confissão na Igreja Católica contribuiu para que a comunidade não tivesse mais controle sobre o que seria feito com o ofensor (ANITUA, 2015).

Desde então, e até hoje, a justiça não será mais a luta entre os indivíduos e a livre aceitação da resolução por parte daqueles, mas sim a eles será imposta uma resolução de um poder exterior, judicial e político. Surge então uma figura totalmente nova, que não tinha precedentes nem no Império Romano: o ‘procurador do rei’. Sempre que ocorresse um crime, este personagem se apresentaria, em nome do rei, como o danificado, retirando dessa situação a vítima do dano real. [...] Produzia-se, assim, a mencionada expropriação do conflito, pois o procurador ‘duplicava’ a vítima e o ofensor era anulado e passava a ser um objeto – ‘réu’ vem do latim *res*, coisa – da indagação. [...] O acusado deixaria de ser sujeito da relação e passaria a ser um objeto ou dado da mesma. Dele se extrairia, literalmente, a prova mais absoluta: a confissão (ANITUA, 2015, p. 44-45).

À suspeita inicial da ocorrência de um crime, seguia uma série de ritos burocratizados a fim de individualizar a pessoa que havia desobedecido a lei do soberano, para que então fosse possível a obtenção da sua confissão, pelos meios que fossem necessários (NAPPI, 2000). Após a confissão, aplicava-se a penitência ao indivíduo desobediente e com isso a paz e a tranquilidade social eram restabelecidas (NAPPI, 2000). É válido ressaltar ainda que as confissões muitas vezes eram falsas e advindas de situações de tortura, nas quais os supostos desobedientes da lei eram submetidos. A finalidade era obter a qualquer custo uma confissão de um bode expiatório para restabelecer a suposta paz social.

As razões para o empoderamento do Estado diante do conflito, em detrimento dos envolvidos, possui razões honráveis (evitar vinganças privadas) e outras não tão honráveis. Dentre estas últimas, Christie (1977) ressaltava a considerável boa vontade com as vítimas por parte das autoridades, que atuavam como receptores do dinheiro ou dos bens do ofensor, pois o conflito não era visto mais como uma disputa entre pessoas, mas sim como uma desobediência às leis do soberano – a nova vítima. Nesse contexto, o dano sofrido pela pessoa ofendida já não importava. Importava a pessoa do ofensor e a lei violada. Isso motivou o nascimento dos conceitos de “delito” e “delinquente” (ANITUA, 2015) e o conflito passou a se chamar “crime”.

O Estado Absolutista expropriou o conflito dos que nele haviam se envolvido. A partir de então, violar a lei significava lesionar a ordem estabelecida pelo soberano, abstraindo-se o fato de que uma pessoa real havia sido lesionada pelo delito praticado (NAPPI, 2000). Tal expropriação foi justificada pelo novo papel assumido pelo Estado diante dos conflitos entre particulares: o dever de proteger os seus cidadãos (ALANIZ, 2000). Porém, o que efetivamente ocorreu foi o abandono da vítima e a negação da sua existência perante o delito. “[...] O Estado, encarregado de levar adiante a ação penal, encarregar-se-á de cuidar dos interesses das vítimas, para o qual não será necessária a sua participação [...]”<sup>3</sup> (ALANIZ, 2000, p. 107), que ficou restrita à posição

de informante. A vítima foi tão excluída desse processo, que o Estado inclusive poderia ir contra a sua vontade, no que se refere ao encaminhamento do conflito e o que seria feito com o ofensor (ANALIZ, 2000).

Por outro lado, aquele que violava as leis do soberano tornava-se seu inimigo e estando nessa posição padecia das práticas desumanas criadas pelo novo modelo punitivo (ANITUA, 2015). Apesar de ter se apropriado do conflito interpessoal, evitando as situações de vingança privada, o Estado Absolutista não aboliu as práticas cruéis e desumanizadoras outrora utilizadas pelos envolvidos no conflito, pois a enunciação da verdade histórica sobre a violação da lei e a punição ao desviante eram objetivos supraindividuais, na verdade, institucionais (NAPPI, 2000).

Christie (2016) reconhecia a importância da construção participativa e comunitária de formas de se fazer justiça, algo que estivesse mais próximo dos envolvidos em um conflito e privilegiasse a reparação do dano, ao invés das sanções penais privativas e/ou restritivas de liberdade. Com isso, Christie (2016) propunha a inclusão da vítima em todo o procedimento, a fim de negociar com o ofensor as formas de reparação ao dano causado. Segundo ele, a passividade imposta à vítima pelo roubo do conflito pelo Estado contribui para revitimizá-la, ao impedir que participe ativamente da resolução do conflito do qual fez parte (CHRISTIE, 2016). Além do quê, segundo Christie (2016), não há relação direta entre o número de crimes e o número de penas aplicadas.

[...] Em todos os sistemas sem um Estado forte, a compensação das vítimas parece ser a principal solução. É o que os antropólogos sociais, em grande medida, reportam. É o que os historiadores do direito descrevem. E é o sistema que aplicamos a nós mesmos quando ofendemos outras pessoas e sentimos, ou somos levados a aceitar, que temos que colocar as coisas no lugar (CHRISTIE, 2016, p. 124).

As contribuições da criminologia crítica e do abolicionismo penal descentraram, teoricamente, o Estado de seu lugar enquanto vítima. Trouxeram a compreensão do crime como um conflito interpessoal, cuja solução “[...] deve ser encontrada pelos próprios implicados nele, internamente, em lugar de ser imposta pelo sistema legal com critérios formalistas e elevado custo social” (MOLINA, 2013, p. 163), atendendo às necessidades e expectativas de todos os envolvidos.

## 2 O IMPACTO DO CRIME ÀS VÍTIMAS

A Declaração dos princípios básicos de justiça relativos às vítimas da criminalidade e de abuso de poder (ONU, 1985) definiu e delimitou a compreensão acerca do que se entende como vítima. Segundo a Declaração em seu anexo A, art. 1º, vítimas são:

[...] as pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido um prejuízo, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou mental, um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais, como consequência de atos ou de omissões violadores das leis penais em vigor num Estado membro, incluindo as que proíbem o abuso de poder

(ONU, 1985).

A referida Declaração ampliou o entendimento sobre a vítima, incluindo como vítimas indiretas as pessoas próximas ao ofendido, tais como familiares, responsáveis e as pessoas que “[...] tenham sofrido um prejuízo ao intervirem para prestar assistência às vítimas em situação de carência ou para impedir a vitimização” (ONU, 1985). Assim, às vítimas diretas e indiretas deve ser ofertado igual suporte.

A Declaração incentivou os Estados a assumirem as seguintes ações:

- Melhora na capacidade do Judiciário em atender às necessidades das vítimas, sobretudo as necessidades de informação sobre o processo (art. 6º);
- Adoção de métodos extrajudiciais e autocompositivos para facilitar a reparação dos danos à vítima (art. 7º);
- Obrigação de reparação e restituição à vítima por parte do responsável pelo dano ou, na impossibilidade deste, pelo Estado (art. 8º e art. 12);
- Assistência material, médica, psicológica e social à vítima que necessitar (art. 14);
- Preparação e formação de profissionais do judiciário, da polícia, da saúde e assistência social para que promovam o atendimento adequado às necessidades da vítima (art. 16) (ONU, 1985);

A vítima do crime é um dos mais importantes componentes do sistema de justiça criminal, embora seu lugar ainda seja ocupado pelo Estado. O papel da vítima tem se expandido, recentemente, refletindo um foco renovado nos direitos das vítimas. No Brasil, a lei nº 9.807 (BRASIL, 1999), de 13.07.1999, referente à proteção a vítimas e testemunhas, prevê a proteção aos indivíduos que forem submetidos a qualquer perigo por contribuir com investigações ou processos criminais, considerando a gravidade desse perigo (art. 1º e 2º). Esta também visa a realização colaborativa entre as entidades governamentais e não governamentais para a promoção desses programas de atendimento (BRASIL, 1999).

Das consequências que vítimas vivenciam, em diferentes âmbitos da vida, podemos citar:

- Consequências físicas: através de lesões ou reações fisiológicas ao estresse. Isso pode variar de arranhões e contusões a ferimentos com risco de vida ou morte. Reações fisiológicas podem variar de dormir ou comer muito ou muito pouco, dores de cabeça, vômitos e etc.;
- Consequências financeiras: perdas diretas ou despesas subsequentes. Isso pode incluir perdas ou danos à propriedade, salários perdidos, despesas médicas ou de terapia, aconselhamento jurídico, despesas com cuidados infantis ou despesas de funeral;
- Consequências emocionais ou psicológicas: através do sofrimento pessoal devido à ansiedade, medo, raiva ou tristeza. Estes efeitos do crime incluem a crise emocional

inicial e os efeitos a longo prazo subsequentes;

- Consequências sociais: conflitos familiares, afastamento de amigos, diminuição ou fim da vida social, dificuldades de relacionamento e de confiar em pessoas.

Observamos que vítimas apresentam necessidades em larga extensão, às quais não estão sendo atendidas pelo Judiciário Brasileiro. Evidencia-se mesmo na Resolução nº 253/2018 (BRASIL, 2018) do Conselho Nacional de Justiça o reconhecimento da ineficácia da Lei nº 9.807 (BRASIL, 1999), de 13 de julho de 1999, que visa a proteção especial às vítimas. Essa mesma resolução prevê incisivamente que haja a promoção por parte dos Tribunais de Justiça de plantões especializados em atendimento às vítimas (art. 2º). A mesma, ainda prevê em seu artigo 3º que esses atendimentos devem promover:

- I. o devido acolhimento, com zelo e profissionalismo;
- II. orientação sobre as etapas do inquérito policial e de eventual processo e de seu direito de consultar ou de obter cópias dos autos;
- III. informações amplas pertinentes aos seus direitos, nos limites do campo de conhecimento da equipe multidisciplinar;
- IV. encaminhamento escrito para rede de serviços públicos, incluídos os serviços de assistência jurídica, assistência médica, psicológica e social disponíveis na localidade (CNJ, 2018);

A atualização da Resolução nº 386/2021 (CNJ, 2021), que alterou a Resolução nº 253/2018 (BRASIL, 2018), dispôs sobre os Centros Especializados de Atenção à Vítima que deverão ser instituídos pelos tribunais de justiça, para oferecer atendimento especializado, acolhimento e orientação a vítimas diretas e indiretas de crimes e atos infracionais, entre outras funções.

Entretanto, até o presente momento, as medidas para a implementação do que está previsto nas resoluções supracitadas se mostram parcas ou inexistentes. Demonstra assim, mais uma vez, a negligência do sistema de justiça com relação às vítimas.

Considerando esses pronunciamentos acerca da relevância da vítima no processo, Morgado (2018, p. 121) constata que:

[...] O Estado, não raras as vezes, deixa de atender aos interesses dos ofendidos em prol da análise fria da norma e da persecução criminal. Muitas vezes a vítima sequer consegue acompanhar o desenvolvimento das etapas processuais e tampouco compreender a linguagem forense e os trâmites burocráticos.

Na prática, normalmente não há a comunicação das vítimas sobre as etapas processuais e quando há é referente à sentença que ocorre, muitas vezes, anos após o acontecimento dos fatos,

ressaltando assim o papel muitas vezes secundário desempenhado pela vítima nos processos judiciais, principalmente no âmbito penal. Em regra, as vítimas indiretas nem mesmo são evidenciadas ou consideradas.

### 3 AS JORNADAS DE VÍTIMAS

Um encontro com a violência é frequentemente uma experiência devastadora, que afeta todas as áreas da vida, como se o mundo estivesse desalinhado, uma lógica fosse destruída, sensação de que o mundo deu errado, isolamento da comunidade, senso de desordem e o sentimento de estar fora do controle da própria vida. Além disso, vítimas vivenciam o distanciamento daqueles que não compartilharam uma experiência similar (ZEHR, 2001).

Vítimas de violência vivenciam uma faixa esmagadora de fortes emoções. A raiva é frequentemente intensa e ela é destinada a quem cometeu a ofensa, raiva de si mesmo (culpar-se), raiva do sistema, raiva de amigos que se recusam a escutar ou de quem culpa as vítimas pelo que aconteceu. Vítimas, também, sofrem de uma crise religiosa/espiritual, tentando reavaliar suas premissas sobre Deus que, segundo elas, permitiu ou causou o que aconteceu (ZEHR, 2001).

Muitos questionamentos rondam a experiência de vítimas, tais como: quem fez isso? Por quê? Não tentar de novo? Sobreviventes podem perceber a sua própria vulnerabilidade e questionar-se por que eles sobreviveram e outros não. O medo é comum, por eles e por outros, o que pode estar associado a pessoas ou eventos relacionados à violência (ZEHR, 2001)

A crise da vitimização pode ser visualizada, segundo Zehr (2001), em três ciclos sobrepostos: uma crise de autoimagem (quem sou eu realmente?), uma crise de sentido (no que eu acredito?) e uma crise de relacionamento (em quem eu posso confiar?). A jornada que vítimas percorrem, do trauma à sua superação, pode significar revisitar questões que acreditavam que há tempo haviam sido resolvidas: questões de ordem, empoderamento, conexão, identidade. Em seguida iremos explorar as jornadas percorridas por vítimas nesse processo.

#### 3.1 JORNADA EM DIREÇÃO AO SENTIDO

Como vimos acima, um elemento chave no trauma da violência é a destruição do sentido, e a transcendência do trauma requer a recriação de um sentido. Todos nós construímos nosso senso de identidade e sentido criando símbolos de pessoas, objetos e eventos, e preservando eles em narrativas – histórias sobre quem ou o que são. Quando somos perguntados para dizer quem nós somos, nós frequentemente contamos uma história. Nossas verdades estão embutidas em nossas histórias. Uma experiência de violência representa um ataque sobre estas narrativas, uma erosão de sentido, e aí reside uma primeira fonte do trauma (ZEHR, 2001).

Partindo da teoria da Psicologia Social, de matriz sociológica, acerca da identidade, podemos compreender a identidade como sendo uma descrição de uma personagem, cuja vida se apresenta em uma narrativa. Somos, ao mesmo tempo, personagens e autores de nossas próprias histórias.

Em diferentes situações, embora sejamos totalidade, manifestamos apenas parte de nós como desdobramentos de múltiplas determinações a que estamos sujeitos. Para conhecer a identidade de alguém costumamos obter informações que consideramos necessárias e significativas. A identificação primeira se dá pelo nome próprio, que identifica o indivíduo, propriamente dito, e num conjunto com outros seres. Assim, a diferença e a igualdade trazem a primeira noção de identidade. As pessoas vão se diferenciando e se igualando conforme os vários grupos sociais aos quais fazem parte (CIAMPA, 1989).

De acordo com Ciampa (1989, p. 64), o “conhecimento de si é dado pelo reconhecimento recíproco dos indivíduos identificados por meio de um determinado grupo social [...]”. O grupo existe objetivamente através das relações que estabelecem seus membros entre si e com o meio onde vivem, ou seja, pela prática, pelo agir. É pelo agir, pelo fazer, que alguém se torna algo.

Ciampa (1989) conclui que a concepção de identidade como imutável, como estável, mais do que uma visão pueril é viver privilegiando a constância e a estabilidade, e “patologizando a crise e a contradição, a mudança e a transformação” (CIAMPA, 1989, p. 74). Identidade é movimento, é metamorfose, é “sermos o Um e um Outro, para que cheguemos a ser Um, numa infundável transformação” (CIAMPA, 1989, p. 74).

Levando em consideração a teoria de Ciampa (1989) sobre a identidade na experiência da vítima de violência, compreendemos que na jornada em direção ao sentido, vítimas precisam recuperar suas histórias sobre quem são e não somente as velhas histórias, mas também criar novas e revisadas narrativas que contemplem as coisas ruins que aconteceram (ZEHR, 2001). A recriação do sentido requer re-historicizar a própria vida. Ignorar ou negar a dor pode ser profundamente disfuncional.

A expressão da dor é importante para esta jornada em direção ao sentido. Para muitas vítimas, isso requer contar repetidas vezes a narrativa da violência. Este desabafo permite transformar o trauma em algo menor e, também, começar a construir uma nova narrativa, colocando limites ao redor da história de sofrimento (ZEHR, 2001).

### **3.2 JORNADA EM DIREÇÃO À HONRA**

No processo de recontar as histórias da nossa própria vida, estamos em busca não só de novos sentidos para a violência sofrida, mas também da transformação das histórias de humilhação e vergonha, promovidas pela violência, por histórias que incluem dignidade e coragem. Isso porque a experiência da vergonha e da humilhação perpassam a vivência de vítimas e a luta por removê-las ou transformá-las é um elemento central na jornada de cura e pertencimento. No ocidente, onde valores como poder e autonomia são enfatizados, é vergonhoso estar em posição de submissão perante o outro, como é o caso das vítimas. A humilhação se dá pelo evento sofrido e também pelos modos aos quais vítimas respondem à violência. A vergonha é ampliada quando as versões que as vítimas contam sobre o que aconteceu não são validadas pelos outros ou quando são obrigadas a manter suas experiências em segredo. Desse modo, vítimas têm a necessidade de recontar suas

histórias para que elas não sejam apenas de vergonha e humilhação, mas também de dignidade e honra (ZEHR, 2001).

### **3.3 JORNADA EM DIREÇÃO À VINDICAÇÃO**

A jornada em direção à honra incorpora outra jornada: uma jornada em direção à vindicação. Segundo Zehr (2001), vindicação é uma das necessidades mais básicas que vítimas experienciam, sendo uma das demandas centrais que elas fazem ao sistema de justiça. Vindicação está relacionada à ideia de reciprocidade, profundamente enraizada em nossa cultura. Quando vítimas buscam a vindicação e a reciprocidade estão buscando corrigir o balanço de honra e humilhação, delimitando os papéis de quem é vítima e quem é ofensor: uma responsabilidade do sistema de justiça.

### **3.4 JORNADA PARA A JUSTIÇA**

Em resumo, crimes representam uma profunda expressão de desrespeito para a vítima como pessoa. A violência é uma negação da personalidade da vítima, uma falha em valorizá-la como um indivíduo. Quando os amigos, familiares ou responsáveis falham em respeitar as necessidades de vítimas, em acreditar e validar suas versões, o desrespeito é perpetuado. Ainda, quando o sistema de justiça ignora as vítimas - e o faz com frequência - o ciclo de desrespeito é perpetuado novamente (ZEHR, 2001).

Em geral, vítimas sentem que o processo de justiça criminal não somente as deixa de fora, como também reinterpreta suas experiências em termos legais e estranhos a ela. Christie (1977) abordou sobre os “ladrões profissionais”, fazendo menção aos advogados, particularmente bons em roubarem conflitos, uma vez que são treinados para a interpretação das normas e avaliação acerca de qual informação pode ser relevante em cada caso. Por vezes, os argumentos que para as vítimas são mais relevantes sequer são mencionados no processo. Para exemplificar esta questão, Christie (1977) cita um caso ocorrido logo após a Segunda Guerra Mundial, em que um advogado defendeu um cliente que havia colaborado com os alemães. O promotor de justiça alegou que o cliente tinha sido uma das pessoas chave na organização do movimento nazista. O advogado de defesa, entretanto, o “salvou” demonstrando ao júri como o cliente era fraco, carente de habilidades e o quanto era incapaz de ter sido um dos organizadores e colaboradores do nazismo. Logo, o cliente não poderia ser considerado culpado, porque não tinha talentos suficientes que justificassem a sua participação naquelas atrocidades. O advogado de defesa ganhou o caso e seu cliente recebeu uma sentença muito leve. O cliente, entretanto, não ficou satisfeito com os argumentos elencados pelo seu advogado, deixando o advogado indignado com a falta de gratidão.

Em suas jornadas por justiça e recuperação, vítimas apresentam muitas necessidades. Enquanto somente elas podem definir suas necessidades e lidar com as dores e consequências trazidas pelo crime, a comunidade mais ampla – incluindo o sistema de justiça – tem um papel importante em criar um contexto onde a recuperação das vítimas seja facilitada. A recuperação é baseada em empoderamento e novas conexões, e isso só pode acontecer no relacionamento com

os outros. Nem a comunidade, nem o processo judicial podem substituir o trabalho individual que as vítimas devem fazer, mas ambos podem dramaticamente facilitar ou impedir esse processo (ZEHR, 2001).

Como vimos, o foco da justiça não são as necessidades das vítimas, mas e se fosse? O que significaria fazer justiça para as vítimas? Para responder a esta questão, Zehr (2001) apresenta algumas áreas de necessidades para as quais o sistema de justiça poderia direcionar sua atenção:

- Inicialmente, é necessário criar um espaço seguro, emocional e fisicamente, para a expressão da dor, da raiva, dos medos e um lugar para chorar. Além disso, vítimas precisam saber que ações estão sendo tomadas para evitar a repetição da experiência;
- Vítimas também desejam uma forma de reparação. Muitas vezes a reparação não é possível, porém mais importante que qualquer reembolso para as vítimas é a declaração simbólica de arrependimento do ofensor. Isso porque é uma forma de denunciar o errado, absolver a vítima e dizer quem é o responsável (como uma necessidade de vindicação);
- Necessidade de informação: em geral, vítimas sentem a necessidade de que alguém, com propriedade, lhe responda questões básicas, tais como “por que aconteceu comigo?” e “o que aconteceu depois?”. Respostas restauram um senso de ordem, necessário à compreensão da situação vivida;
- Contar a verdade: vítimas necessitam contar suas histórias, sua verdade, contar e recontar às pessoas que importam. É contando e recontando que todos nós redefinimos nossas identidades. Vítimas precisam de oportunidades para desabafar seus sentimentos de raiva, tristeza e luto;
- Por fim, vítimas necessitam se sentir empoderadas, uma vez que poder foi retirado delas, por isso precisam de ações e experiências de envolvimento e empoderamento.

#### 4 JUSTIÇA RESTAURATIVA E A ATENÇÃO À VÍTIMA

Como vimos, o processo de justiça criminal atende às necessidades do Estado e sociedade mais ampla, porém raramente atende às necessidades das vítimas. Um processo de justiça orientado para as vítimas deveria incorporar suas necessidades por rituais de lamento, vindicação, memória, narrativa, empoderamento e reconexão (ZEHR, 2001).

A justiça restaurativa apresenta a potencialidade de atendimento às necessidades da vítima, uma vez que sua teoria e prática “[...] surgiram e foram fortemente moldadas pelo esforço de levar a sério as necessidades das vítimas” (ZEHR, 2012, p. 26). A justiça restaurativa procura promover um contexto onde as necessidades de vítimas por segurança, restituição, informação, contar a verdade e empoderamento podem ser encaminhadas.

Como forma de contribuir com o entendimento sobre como se configura a justiça restaurativa, em particular pela crescente incorporação dos princípios da justiça restaurativa por governos em

legislações nacionais, Van Ness e Strong (2010) apresentam três princípios e quatro valores da justiça restaurativa. Os princípios a seguir remetem à ideia de socialização do conflito pelo Estado ao ressaltar a inclusão e participação de vítimas, ofensores e comunidade na busca por soluções consensuais:

1. Restaurar vítimas, ofensores e comunidades afetadas pelo crime;
0. Vítimas, ofensores e comunidades devem ter oportunidades de participar ativamente dos processos de justiça restaurativa;
0. Rever as responsabilidades de governos e comunidades: promover justiça é uma responsabilidade de ambos, dos governos de preservar uma ordem justa e das comunidades de promover a paz.

Os princípios elencados acima relacionam-se de forma orgânica aos movimentos que impulsionaram a justiça restaurativa no mundo. A reparação e a participação de todos os envolvidos na resolução do conflito foi uma reivindicação dos movimentos e estudos sobre as vítimas, da criminologia crítica e do abolicionismo penal. Ainda, a socialização do conflito pelo Estado, ao contar com a participação da comunidade como também responsável pela construção de uma convivência pacífica inspirou-se no processo de comunitarização da justiça.

Os quatro valores da justiça restaurativa, propostos por Van Ness (2002) são:

- 1) o encontro;
- 2) a reparação;
- 3) a reintegração;
- 4) a inclusão.

Para Van Ness (2002), a justiça restaurativa é uma teoria que privilegia a reparação do dano, motivado por uma conduta criminosa, por meio de processos inclusivos e cooperativos, com a participação de todos os envolvidos. Junto aos programas de reconciliação vítima-ofensor, somaram-se as metodologias das conferências de grupo familiar e dos círculos de construção de paz que, apesar das suas diferenças metodológicas, reúnem os elementos em comum da justiça restaurativa que dizem respeito ao primeiro valor: o valor do **encontro** (VAN NESS, 2002):

- Reunião: em geral ocorrem encontros presenciais entre todos os envolvidos, embora em algumas situações alguns participantes possam ser representados por pessoas de sua confiança;
- Narrativa: oportunidade de falar para todos os envolvidos, para que abordem o que

ocorreu, como foram afetados por isso e de que forma poderão reparar os danos causados;

- Emoção: a emoção é acolhida e entendida como importante para a compreensão e resolução do problema;
- Compreensão sobre o que ocorreu e por que ocorreu;
- Acordo: após a verbalização e o entendimento sobre as consequências de uma ofensa praticada, os participantes constroem um acordo para a superação do ocorrido.

Van Ness (2002) argumenta que estes elementos apresentam qualidades distintas e que em um procedimento restaurativo é possível priorizar, de todos os elementos elencados, a reunião dos envolvidos, a narrativa e o acordo resultante.

Quanto ao valor da **reparação**, Van Ness (2002) ressalta que a restituição da propriedade/bem/dignidade/paz é uma das formas de promover a reparação, porém não é a única. Para esclarecer sobre as possibilidades da reparação, Van Ness (2002) apresenta as seguintes:

- Pedir desculpas: “um pedido de desculpas genuíno, quando oferecido por alguém que não foi forçado a fazê-lo, é uma maneira significativa de reparação” (VAN NESS, 2002, p. 4, tradução nossa<sup>1</sup>);
- Mudança de comportamento: significa que o ofensor se compromete a não repetir o comportamento no futuro ou a tornar menos provável a sua ocorrência. Tais mudanças que emergem dos encontros restaurativos, em geral, envolvem a participação de políticas de proteção social, tais como escola, agência de empregos, tratamento de saúde, tratamento para dependência química entre outros;
- Restituição: é o modo mais evidente de promover reparação e pode se dar pelo pagamento à vítima, pela restituição do seu bem/propriedade ou ainda por alguma forma de serviços prestados à vítima;
- Generosidade: para além de uma restituição proporcional, o ofensor se dispõe a fazer algo a mais pela vítima, como trabalhar gratuitamente para alguma instituição indicada pela vítima.

Embora todas essas possibilidades de reparação também possam existir no modelo retributivo de justiça, a diferença é que na justiça restaurativa esse resultado emerge como resposta dos participantes ao encontro que vivenciam, ao invés de serem obrigados a fazê-lo (VAN NESS, 2002). A reparação é consequência da potencialidade proporcionada pelo encontro, principalmente por abordar as histórias e as expressões de sentimentos motivados pela ofensa.

A **reintegração**, por sua vez, também é um valor fundamental, pois vítimas e ofensores necessitam ser reintegrados às suas comunidades de origem, visto que em muitos casos ambos

---

<sup>1</sup> Trecho original: “a genuine apology, when offered by someone who has not been forced to do it, is a significant way of making amends” (VAN NESS, 2002, p. 4).

podem ter sido estigmatizados e, por isso, precisam da intervenção restaurativa para promover o processo de reintegração às suas comunidades (VAN NESS, 2002).

Outro aspecto que reúne vítimas e ofensores, segundo Zehr (2002), é a experiência do “trauma”. O trauma ou o sofrimento psicológico é uma consequência reconhecida em vítimas, porém negligenciada em ofensores que, muitas vezes buscam na ofensa ao outro, a reedição do seu trauma/sofrimento psicológico vivido anteriormente e para o qual não se obteve uma resposta adequada (ZEHR, 2002). Negligenciando este aspecto, a sociedade responde à ofensa imprimindo maior quantidade de sofrimento psicológico por meio da privação de liberdade, cuja experiência é descrita por Zehr (2002): “as prisões, na verdade, são as maiores e mais poderosas fábricas de trauma que eu consigo imaginar” (ZEHR, 2002, p. 22, tradução nossa<sup>2</sup>). Quando vivemos situações que suprimem a estabilidade emocional, material, moral, espiritual a que estávamos habituados iniciamos uma jornada de reconstrução.

Quanto à **inclusão**, Van Ness e Strong (2010) consideram como a oportunidade de participação e encontro entre todos os envolvidos em uma ofensa. Apesar da elevada importância dos outros três valores apresentados acima, Van Ness (2002) destaca a **inclusão** como o principal valor da justiça restaurativa, em alusão às necessidades da vítima para compreender e cuidar da violência sofrida. Por isso, Van Ness e Strong (2010) elencaram quatro formas pelas quais as vítimas podem se sentir incluídas no processo:

1. Manter a vítima informada: é a forma menos inclusiva das opções apresentadas, porém é importante à vítima obter informações sobre serviços de atendimento à vítima e, também, informações sobre o que irá acontecer com o ofensor<sup>3</sup>;
2. Presença no júri;
3. Narrar os impactos da violência sofrida à pessoa responsável por julgar o caso;
4. Participar do processo<sup>4</sup>, objetivando a reparação do dano sofrido<sup>5</sup>.

Em resumo, Van Ness (2002) considera os seguintes componentes como importantes para se considerar um sistema como completamente restaurativo: 1) encontro entre os envolvidos; 2) comunicação entre os envolvidos; 3) acordo; 4) pedido de desculpas do ofensor; 5) restituição

---

2 Trecho original: “Prisons, in fact, are some of the most powerful trauma factories I can imagine” (ZEHR, 2002, p. 22).

3 Em 2008 o Código de Processo Penal brasileiro incluiu no artigo 201, parágrafo 2º a comunicação à vítima sobre os “[...] atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respetivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem” e no parágrafo 5º a possibilidade de encaminhar a vítima a atendimento multidisciplinar de saúde, assistência jurídica e psicossocial, custeado pelo Estado (BRASIL, 2008a).

4 O artigo 268 do Código de Processo Penal brasileiro prevê a participação da vítima como assistente do Ministério Público, enquanto a sentença não houver transitado em julgado (art. 269) (BRASIL, 1941).

5 A alteração do Código de Processo Penal brasileiro, em 2008, incluiu no artigo 387, inciso IV, a fixação de “[...] valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido” (BRASIL, 2008b).

à vítima; 6) mudança no comportamento do ofensor; 7) respeito por todos os envolvidos; 8) assistência necessária a quem precisar; e 9) inclusão dos envolvidos. Van Ness (2002) pontua que se o procedimento abarcar todos os elementos e valores citados acima, é possível considerá-lo como totalmente restaurativo e se nenhum destes elementos estiver presente, o procedimento não será considerado restaurativo.

A justiça restaurativa mostra que vítimas e comunidade, juntamente com os ofensores, são partes chave na justiça e, na medida do possível, deveriam participar no processo de construção da justiça. Eles deveriam ter acesso à informação sobre cada um e sobre o evento, participando tanto quanto possível. A justiça restaurativa nos lembra que não podemos fazer justiça sem nos preocuparmos com todos os envolvidos: vítimas, ofensores e comunidades (ZEHR, 2001).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente artigo foi discutir a participação da vítima no sistema de justiça criminal, reconhecendo suas necessidades e demandas direcionadas a este sistema. Para tanto, utilizou-se a pesquisa bibliográfica e documental, que permitiram conhecer a trajetória de esquecimento da vítima e o roubo do conflito pelo estado, as consequências do crime para as vítimas, as jornadas que vítimas percorrem até a justiça e, por fim, a justiça restaurativa como paradigma de justiça com potencial de atenção às necessidades da vítima. A hipótese de que a justiça restaurativa apresenta maiores potencialidades de atender às necessidades da vítima foi explorada e confirmada, segundo as discussões empreendidas por Howard Zehr e Daniel Van Ness.

Enquanto as perguntas do sistema de justiça estiverem concentradas no ofensor e no que será feito com ele, na punição que ele merece, a justiça não será para as vítimas. Somente quando o sistema de justiça passar a considerar outras questões, tais como: quem foi ferido? do que eles precisam? de quem são as obrigações e responsabilidades? quem foi afetado diretamente, e como pode ser melhor envolvido no processo de construção da justiça? é que as vítimas terão o lugar que elas merecem (ZEHR, 2001).

Embora o senso comum acredite que a justiça restaurativa possa representar uma “punição mais branda” aos ofensores, situação que seria desfavorável às vítimas, o artigo discute o contrário. A justiça restaurativa traz a possibilidade de ampliar a participação da vítima no processo de construção da justiça. A vítima é parte tão interessada no assunto, quanto o ofensor e a comunidade. Por vezes, o crime representa uma transformação enorme na vida dos envolvidos, que precisam ter a oportunidade de participar ativamente na construção da justiça e no desfecho desta história.

## REFERÊNCIAS

ALANIZ, Liliana Alejandra. Sobre el rol de la víctima en el proceso penal. *In*: CONGRESSO LATINO-AMERICANO, 13.; IBERO-AMERICANO, 5.; MERCOSUL DE DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA, 1., 2000, Curitiba. **Anais** [...]. Curitiba: Editora Juruá, 2000. p. 105-119.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Ministério da Justiça. Decreto lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 19699, 13 out. 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De13689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm). Acesso em: 10 nov. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça. Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 5, 10 jun. 2008a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm#art1). Acesso em: 10 nov. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça. Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 4, 23 jun. 2008b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm#art1). Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 14 jul. 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9807.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9807.htm). Acesso em: 15 nov. 2022.

CHRISTIE, Nils. Conflict as property. **British Journal of Criminology**, [Oxford], v. 17, n. 1, p. 1-15, 1977.

CHRISTIE, Nils. **Limites à dor: o papel da punição na política criminal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

CIAMPA, Antonio da Costa. Identidade. *In*: LANE, Sílvia Tatiana Maurer; CODO, Wanderley (org.). **Psicologia Social: o homem em movimento**. 8. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1989. p. 58-75.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução 253, de 4 de setembro de 2018**. Define a política institucional do Poder Jurídico de atenção e apoio às vítimas de crimes e atos infracionais. [Brasília]: CNJ, 2018.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 386, de 9 de abril de 2021. Altera a Resolução no 253/2018, que define a política institucional do Poder Judiciário de atenção e apoio às vítimas de crimes e atos infracionais, para dispor sobre os Centros Especializados de

Atenção à Vítima e dá outras providências. **Diário da Justiça**: Brasília, DF, n. 94, p. 2-4, 14 abr. 2021.

COSTA, Lucia Cortes da. **Os impasses do estado capitalista**: uma análise sobre a reforma do Estado no Brasil. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guaracira Lopes Louro. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, Matéria, Formas e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009.

LE GOFF, Jacques. **A bolsa e a vida**: economia e religião na Idade Média. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

LE GOFF, Jacques. **A civilização do ocidente medieval**. Lisboa: Editora Estampa, 1984. v. 2.

MOLINA, Antonio Garcia-Pablos. **O que é criminologia?** [Tradução de Danilo Cymrot]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MORGADO, Helena Zani. **Direito penal restaurativo**: em busca de um modelo adequado de justiça criminal. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

NAPPI, Juan Lucas Finkelstein. La finalidad del proceso penal?: vindicación estatal o resolución de conflictos humanos? *In*: CONGRESSO LATINO-AMERICANO, 13.; IBERO-AMERICANO, 5.; MERCOSUL DE DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA, 1., 2000, Curitiba. **Anais** [...]. Curitiba: Editora Juruá, 2000. p. 39-67.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 40/34, de 29 de novembro de 1985**. Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder. [*S. l.*: *s. n.*], 1985. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/ajus/prev29.htm> Acesso em: 10 nov. 2022.

VAN NESS, Daniel W. The shape of things to come: a framework for thinking about a restorative justice system. *In*: WEITEKAMP, Elmar G. M.; KERNER, Hans-Jürgen (org.). **Restorative Justice**: theoretical foundations. [*S. l.*]: Willan Publishing, 2002. p. 01-20.

VAN NESS, Daniel W.; STRONG, Karen Heetderks. **Restoring Justice**: an introduction to Restorative Justice. 4. ed. New York: Matthew Bender & Company, 2010.

VÁSQUEZ, Adolfo Sanchez. **Ética**. Tradução de João Dell'Anna. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1975.

ZEHR, Howard. Journey to belonging. *In*: WEITEKAMP, Elmar G. M.; KERNER, Hans-Jürgen

(org.). **Restorative Justice**: theoretical foundations. [S. l.]: Willan Publishing, 2002. p. 21-31.

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

ZEHR, Howard. **Transcending**: reflections of crime victims. [S. l.]: Good Books, 2001.

**Como citar**: ORTH, Glaucia Mayara Niedermeyer; MOLETA, Mileny Eduarda. A vítima e o sistema de Justiça Criminal. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 18, n. 1, p. 87-107, mai. 2023. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v18n1p. 87. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 15/01/2020

Aceito em: 06/10/2022

## TOQUE DE RECOLHER PARA CONTER A PANDEMIA DA COVID-19: UMA ANÁLISE JURÍDICA DOS DECRETOS

CURFEW TO CONTAIN THE COVID-19 PANDEMIC:  
A LEGAL ANALYSIS OF DECREES

Joedson de Souza Delgado\*  
Ana Paula Basso\*\*

**Como citar:** DELGADO, Joedson de Souza; BASSO, Ana Paula. Toque de recolher para conter a pandemia da covid-19: uma análise jurídica dos decretos. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 18, n. 1, p. 108-126, mai. 2023. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v18n1p.108. ISSN: 1980-511X

\*Doutorando em Direito na Universidade de Brasília - UnB. Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - CEUB. Especialista em Direito Sanitário pela Fundação Oswaldo Cruz - Fiocruz. E-mail: joedson.delgado@hotmail.com

\*\*Professora e Vice-coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Doutora em Direito pela Universidade de Castilla-La Mancha (UCLM), Espanha com período cotutela em Universidade de Bolonha (Unibo), Itália. E-mail: anapaula.basso@gmail.com

**Resumo:** A Organização Mundial da Saúde declarou a covid-19 como pandemia na condição de emergência em saúde pública de importância internacional. As autoridades federais adotaram medidas sanitárias restritivas para conter sua propagação, impondo toques de recolher estaduais e municipais que incluem penalidades administrativas e criminais. O objetivo deste trabalho é investigar a legalidade do toque de recolher para fins de controle sanitária com base na legitimidade do estado. Para o efeito, analisa-se o conceito, o alcance, a legalidade, a natureza e as consequências jurídicas do recolher obrigatório sobre os direitos e liberdades fundamentais e o seu controle jurídico em caso de cenário de pandemia. Utilizou-se como referencial metodológico uma revisão bibliográfica de artigos interdisciplinares com abordagem descritiva qualitativa. Os resultados apontam para um país que precisa encontrar soluções adequadas ou pelo menos pactuar entre várias partes para limitar os efeitos nocivos das medidas sanitárias por meio de decisões políticas, sociais e econômicas e, sobretudo, mudar os regramentos necessários para garantir as condições, âmbito e exceções regulamentares de forma previsível e justa equacionando dentro do possível a garantir a livre circulação e a saúde da população.

**Palavras-chave:** covid-19; direito à saúde; liberdade de circulação; pandemia; toque de recolher.

**Abstract:** The World Health Organization has declared COVID-19 a pandemic as a public health emergency of international concern. Federal authorities have adopted restrictive health measures to contain its spread, imposing state

and municipal curfews that include administrative and criminal penalties. The objective of this work is to investigate the legality of the curfew for sanitary control purposes based on the legitimacy of the state. For this purpose, the concept, scope, legality, nature, and legal consequences of curfew on fundamental rights and freedoms and its legal control in the event of a pandemic scenario are analyzed. A bibliographic review of interdisciplinary articles with a qualitative descriptive approach was used as a methodological reference. The results point to a country that needs to find adequate solutions or at least agree between various parties to limit the harmful effects of sanitary measures through political, social, and economic decisions and, above all, change the rules necessary to guarantee the conditions, scope, and regulatory exceptions in a predictable and fair way, equating as much as possible to guarantee the free movement and health of the population.

**Keywords:** covid-19; right to health; freedom of movement; pandemic; curfew.

## INTRODUÇÃO

Pandemia é um termo usado para epidemias causadas por um agente infeccioso que atravessam as fronteiras nacionais e se espalham para um, vários ou todos os continentes ao mesmo tempo (HENAO-KAFFURE, 2010, p. 55). Portanto, quando uma epidemia atinge uma determinada dimensão geográfica, a Organização Mundial da Saúde (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2009) a declara uma pandemia.

A doença epidêmica *coronavirus disease* 2019 definida como síndrome respiratória aguda grave - coronavírus 2 (SARS-CoV-2), mais conhecida por covid-19, foi declarada pandemia pela OMS em 11 de março de 2020 (OPAS, 2020). O mundo conheceu esta doença e teve início o difícil processo que afetou grande parte da vida social.

No Brasil, a pandemia da covid-19 afetou inicialmente os grupos populacionais de alta renda que retornavam do exterior, mas se espalhou rapidamente para as populações de menor poder aquisitivo que diante das dificuldades em adotar distanciamento social, do reduzido acesso aos serviços médicos de qualidade e da precariedade de emprego impossibilitou o isolamento social (PASSOS, 2020). De modo geral, o gerenciamento da covid-19 pelos países decorreu da coleta de dados para vigilância sanitária por declaração compulsória de doenças infecciosas, com o apoio de uma rede de laboratórios e centros de referência para o coronavírus.

O cenário da pandemia era desconhecido do governo brasileiro por falta de um plano de gestão da emergência e das consequências da epidemia da covid-19. Em contraste, o governo teve que introduzir medidas drásticas e imediatas de higiene, como a introdução de uma lei de emergência de saúde pública de importância nacional (BRASIL, 2020b) e a introdução de um plano nacional de preparação para novas infecções por 2019-nCoV (BRASIL, 2020f).

O Congresso Nacional reconheceu a ocorrência de calamidade pública e instituiu comissão de parlamentares para avaliar as medidas orçamentárias e financeiras do governo federal para fazer frente ao impacto financeiro da exceção sanitária, durante o Decreto Legislativo nº 6, de 2020 (BRASIL, 2020c). Nesse ínterim, surgiu um conflito entre as unidades da federação quanto à reorganização dos poderes da polícia sanitária, ocasionado pela Medida Provisória n. 926/2020 e sua alteração à Lei nº 1.035/2020 (BRASILIA, 2020a). O Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341-DF (BRASIL, 2020d) reconheceu a competência simultânea dos estados, DF, municípios e União para editar legislação sanitária pública sobre a covid-19.

O objetivo deste artigo é investigar a legalidade do toque de recolher para fins de controle de saúde com base na legitimidade do Estado. Para tanto, analisa-se o conceito, alcance, legalidade, natureza e consequências jurídicas do toque de recolher sobre os direitos e liberdades fundamentais e seu controle jurídico em caso de cenário de pandemia.

Presume-se que o decreto do toque de recolher é juridicamente vinculante com base na essência dos direitos e liberdades fundamentais. O toque de recolher – também chamado de toque de restrição em alguns decretos estaduais e municipais – surgiu como uma medida de saúde pública

que restringe a circulação de pessoas, adotada pelo governo federal e vários estados como parte de política pública para conter a propagação do coronavírus.

A base metodológica do texto utiliza uma revisão bibliográfica, que é contextualizada com artigos interdisciplinares sobre o tema do toque de recolher. Para isso, conhecemos a perspectiva jurídica das liberdades públicas nas condições do toque de recolher pandêmico. Em seguida, examinamos o caso da cooperação federal como argumento para a validade jurídica dos toques de recolher para controle de contágio. A seguir, discutiremos sobre a Lei nº 13.979/2020 sobre os direitos humanos no país e interpretamos as implicações legais e o controle legal das medidas sanitárias preventivas para evitar a propagação do contágio. Por fim, apreciamos o princípio do Estado de Direito, que (lançou) o texto da lei, impedindo a propagação da Covid-19.

## 1 O TOQUE DE RECOLHER E SUAS RESTRIÇÕES NA PANDEMIA DA COVID-19

A lei n. 13.979/2020 (BRASIL, 2020b) não elencou o toque de recolher para o enfrentamento da emergência de saúde pública da pandemia da covid-19. Entende-se como emergência de saúde pública um acontecimento extraordinário que: “(i) constituindo um risco para a saúde pública para outros Estados, devido à propagação internacional de doença e (ii) potencialmente exigindo uma resposta internacional coordenada;” (BRASIL, 2009).

O toque de recolher na pandemia da covid-19 pode ser definido como uma medida sanitária restritiva de aplicação da lei que, de modo temporário e excepcional, impeça a saída das pessoas de determinada área, independentemente de estarem saudáveis, doentes ou suspeita de contaminação. Não existe definição legal para o decreto de toque de recolher pandêmico, visto como:

- (i) Uma política governamental que ordena as pessoas e ressalvam da livre circulação os trabalhadores dos serviços ditos essenciais – a deixarem as ruas e espaços públicos em um determinado horário, geralmente à noite, no intuito de impedir agrupamentos; e/ou
- (ii) Uma medida sanitária excepcional que tolhe direitos e liberdades fundamentais das pessoas voltada para reduzir a taxa de infecção humana e/ou atrasar a disseminação do coronavírus e das novas variantes.

Por outro lado, a quarentena encontra-se definida em lei n. 13.979/2020 como:

[...] restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus (BRASIL, 2020b).

Para Sjödin *et al.* (2020), a quarentena é uma medida sanitária aplicada como forma de manter uma determinada região ou local sob controle e evitar entradas e saídas de pessoas no intuito de prevenir a propagação de uma doença infecciosa. Portanto, a quarentena pode ser

aplicada independentemente de as pessoas estarem doentes e contaminadas. Tal situação ocorreu no período que começou o surto de covid-19 em Wuhan/China onde duas aeronaves do governo brasileiro trouxeram cidadãos brasileiros desta localidade e cidades próximas a província de Hubei para serem repatriadas com a condição de que toda tripulação passasse por uma quarentena obrigatória de 18 dias (PEDUZZI, 2020).

Este conceito difere do isolamento que é a “[...] separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus;” (BRASIL, 2020b). Já o isolamento serve para manter em local separado geralmente na própria moradia, os doentes ou infectados pela covid-19. O isolamento pode incluir a quarentena em massa, a obrigação de distanciamento social ampliado ou seletivo, o fechamento de comércios/escolas e a intensa busca de casos e rastreamento de contato físico do paciente pelos profissionais de saúde.

A implementação de restrições devidamente regulamentadas, via decreto, tal como o isolamento e a quarentena devem estar fundamentados na ciência, motivado em evidências técnicas perante fatos e baseados em informativos estratégicos de saúde coletiva da autoridade sanitária. Para Niu e Xu (2020, p. e452), o isolamento de casos e contatos de pessoas doentes e contaminadas sempre foi uma estratégia na luta contra doenças infecciosas, no entanto, sua eficácia tem variado.

A adoção do toque de recolher visa quebrar a cadeia de propagação do vírus, reduzir a velocidade da transmissão entre as pessoas e permitir as equipes de saúde identifiquem os lugares mais afetados pelo vírus com o objetivo de desenvolver um novo plano sanitário. No toque de recolher, não é necessário identificar os infectados de covid-19 ou com suspeita de contaminação na área onde a medida sanitária é imposta. Essa restrição de circulação também se aplica as pessoas saudáveis e alcança um público amplo podendo abranger todo o país.

O alcance do toque de recolher pode ser abordado nas dimensões: pessoal, geográfica e temporal. Na dimensão pessoal, o toque de recolher pandêmico não fere o princípio da igualdade quando aplicado a certos grupos, por exemplo, aos maiores de 65 anos e portadores de doenças crônicas desde que esta restrição se respalde em dados médico-científicos regulamentados. Mas afinal quais doenças são crônicas? Com que dados científicos e técnicos determinam o início da idade de 65 anos?

Na dimensão geográfica, o alcance do toque de recolher pode ser implementado em todo o país ou apenas em alguns estados e/ou municípios ou mesmo em alguns bairros da cidade. E, na dimensão temporal, a implementação da restrição por um período indefinido atinge a essência de alguns direitos e liberdades básicas, como a liberdade de locomoção, e viola o princípio da proporcionalidade.

Portanto, medidas sanitárias restritivas devem vir acompanhadas das exceções com vistas a proteção dos direitos e liberdades fundamentais. Embora não seja possível que as pessoas deixem seus lugares durante as restrições pode ser necessário permitir com base em alguns motivos obrigatórios como problemas de saúde, ir trabalhar para certas profissões, atendimento de necessidades básicas (comida, medicamentos, entre outros).

Ressalvas na legislação abrandam insatisfações generalizadas e indicam aos cidadãos se tratar de uma restrição sanitária que se somam aos esforços para conter a propagação das infecções por coronavírus. Neste processo, é importante dar segurança jurídica para que as pessoas sujeitas às restrições saibam em que circunstâncias se faz necessário remover, afrouxar ou aumentar algumas limitações. Eis a importância da regulamentação do poder de polícia sanitária, via parlamento, no cenário pandêmico da covid-19.

## **2 A VALIDADE JURÍDICA DO TOQUE DE RECOLHER E A COOPERAÇÃO FEDERATIVA NA PANDEMIA**

A Administração Pública foi dotada de poderes administrativos para garantir e proteger a ordem pública. Além da segurança e da tranquilidade pública, o terceiro elemento da ordem pública é a salubridade pública que se volta aos assuntos de higiene e saúde pública. Medidas tomadas para proteger a saúde pública são medidas de aplicação da lei sanitária.

O artigo 196 da Constituição (BRASIL, 1988) assegura que a saúde é um “[...] direito de todos e dever do Estado [...]”, portanto, contabiliza como dever estatal a garantia que todos vivam suas vidas com saúde física e mental. Além de prestar serviços de saúde para o tratamento de doenças, o poder público deve tomar medidas administrativas de aplicação da regra sanitária para eliminar/reduzir as doenças que ameaçam a saúde pública. Um dos métodos eficazes para proteger a saúde pública é a prevenção de doenças infecciosas e contagiosas.

Mesmo que o governo já adota as medidas necessárias para proteger a coletividade de epidemias e endemias, tais medidas podem não ser suficientes durante uma pandemia. Assim, o poder público deve ampliar as medidas sanitárias principalmente diante do surgimento de uma nova enfermidade sem que tenha imunizante.

Nesse intento, o toque de recolher tem sido uma das medidas sanitárias tomadas pelos Estados durante o cenário pandêmico. A intenção é garantir que os hospitais tenham leitos suficientes para pacientes com covid-19 e que os procedimentos médicos regulares, sempre que possível, possam continuar conforme planejado.

Em tempos de pandemia da covid-19, o toque de recolher tem sido uma medida sanitária restritiva adotada pelos governadores e prefeitos brasileiros. Para Santos (2020, p. 157), a competência dos governos locais diante da pandemia decorre:

No coerente exercício do poder discricionário, compete ao gestor público, diante de uma norma que indique diversas alternativas, a definição da melhor opção. Opção esta que representa o efetivo cumprimento do interesse público, tendo em conta que está legitimada pela lei – visto que seja uma alternativa legal, criada pelos representativos legislativos eleitos pelo povo – e pela figura democrática do gestor – pessoa cuja proposta de governo foi eleita pela maioria do povo.

Consentâneo a esta tese, os ministros do STF por maioria restringiram a possibilidade de

responsabilização dos agentes públicos no período pandêmico de covid-19 com base em parâmetros científicos e técnicos associados aos princípios constitucionais da prevenção e precaução. A decisão do STF estabeleceu que:

1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. 2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos. (BRASIL, 2020e)

O STF se posicionou sobre a responsabilização dos agentes públicos na seara civil e administrativa – por ação ou omissão dolosa ou erro grosseiro – de atos praticados para combater a pandemia da covid-19 incluindo suas consequências econômicas e sociais. Nesta ação não se discutiu as medidas de natureza penal praticados pelos agentes públicos contra o cidadão durante a pandemia.

Em matéria de proteção à vida, saúde e meio ambiente, a jurisprudência do STF recomenda a autocontenção para as decisões tomadas pelo Poder Público com base nos princípios constitucionais da prevenção e da precaução (BARROSO, 2020). De qualquer modo, a lei n. 13.979/2020 (BRASIL, 2020b) apenas encontra-se prevista expressamente as restrições de isolamento e quarentena. O toque de recolher não tem uma definição na norma jurídica brasileira tampouco existe alguma norma específica que preveja tal instituto.

O toque de recolher, em tese, é de caráter temporário estipulado pelo poder público por um período predeterminado ou determinável com base na interpretação extensiva da lei de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (BRASIL, 2020b). A forma como esta lei foi redigida tem permitido ampla interpretação das restrições pelo poder público respaldando-se na adaptação do cenário pandêmico imprevisível e mutável.

A ideia por detrás do toque de recolher – normalmente no período noturno – é reduzir a propagação do vírus e fortalecer as ações fiscalizatórias contra aglomerações vista em festas clandestinas ou bares legalizados. A exigência de ficar em domicílio à noite significa que menos pessoas irão se encontrar umas com as outras. Ademais, o toque de recolher varia de acordo com a localidade e em alguns lugares a venda de álcool é proibida após determinado horário.

O toque de recolher pandêmico objetiva reduzir o avanço da covid-19 sem interromper completamente a vida social ao tempo que limita as interações sociais. O elemento subjetivo desta restrição sanitária é o confinamento domiciliar obrigatório e a delimitação da livre circulação das pessoas. Já o elemento objetivo é a proteção da saúde coletiva na tentativa frear a propagação do coronavírus e atenuar o volume de pacientes nos sistemas público e privado de saúde.

O toque de recolher é um ato administrativo do Executivo que, embora vigente em determinado período, tem consequências significativas para as pessoas abrangidas pelo decreto. Uma vez que a restrição sanitária do toque de recolher é limitada a uma ordem para não sair às ruas e destinada a um grupo de pessoas (pre)determinadas.

Neste contexto, os entes federados têm legitimidade para decretar medidas sanitárias restritivas dado que a Constituição estipula a cooperação federativa. O federalismo cooperativo foi reafirmado pelo STF no julgamento de inconstitucionalidade da Medida Provisória 926/2020 convertida na Lei n. 14.035/2020 (BRASIL, 2020a) relativo à autonomia dos entes federados para adotar medidas sanitárias de barrar o avanço do novo coronavírus. A autonomia dos entes federados para cuidar da saúde consta expressamente no artigo 23, inciso II, da Constituição (BRASIL, 1988).

O federalismo cooperativo pretende a “[...] duplicação da máquina administrativa do Estado dar autonomia (liberdade) às partes componentes da federação.” (REVERBEL, 2012, p. 249). Propõe distribuir o poder político entre as diferentes partes da federação garantindo que não haja um governo central todo poderoso. No federalismo, a divisão de poder fortalece a democracia representativa ao proteger a liberdade e promover a tomada de decisões locais sobre questões de importância regional.

O federalismo cooperativo na emergência de saúde pública é importante para alcançar os resultados necessários no enfrentamento da covid-19 diante de situações cotidianas vivenciadas pelos governadores e prefeitos na gestão sanitária. Os estados podem experimentar e aprender uns com os outros adotando práticas bem-sucedidas alcançadas em um estado, bem como permite a adaptação de normas para atender às circunstâncias de cada estado em particular.

Todavia, os entes federados têm posições diferenciadas em relação à disseminação do coronavírus justificando, assim, leis e políticas diversas, a exemplo da posição do governante que fecha suas fronteiras para pessoas de outras regiões. Verificou-se conflitos entre o governo federal, governos dos estados e governos municipais sobre responsabilidades pela gestão da pandemia desde a detecção da covid-19 no país por contendas político-partidárias e lacunas jurídicas do pacto federativo (RODRIGUES; AZEVEDO, 2020).

Pode-se dizer que se todos os estados aplicassem as mesmas regras e políticas certamente não haveria esperança de avanços na política pública de saúde. O federalismo cooperativo abre espaço para fazer algo diferente e melhor.

### **3 A CONFORMIDADE JURÍDICA DA LEI N. 13.979/2020 AOS DIREITOS HUMANOS**

No Brasil, o toque de recolher pandêmico encontra-se imposto por governadores e prefeitos com decretos autônomos publicados no Diário Oficial. A publicização deste ordenamento jurídico permite que sejam tomadas decisões antecipadamente pelo cidadão a fim de mitigar as restrições aos direitos e liberdades fundamentais das pessoas.

A base jurídica do toque de recolher é a lei n. 13.979/2020 (BRASIL, 2020b), artigo 3º, cuja autoridade competente decide as ações necessárias para proteger a coletividade. Entende-se como “ações necessárias” para conter a covid-19:

I - isolamento; II - quarentena; III - determinação de realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais, coleta de amostras clínicas, vacinação e outras medidas profiláticas ou tratamentos médicos específicos; III-A – uso obrigatório de máscaras de proteção individual; IV - estudo ou investigação epidemiológica; V - exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver; VI – restrição excepcional e temporária, por rodovias, portos ou aeroportos, de entrada e saída do País; e a locomoção interestadual e intermunicipal; VII - requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; e VIII – autorização excepcional e temporária para a importação e distribuição de quaisquer materiais, medicamentos, equipamentos e insumos da área de saúde sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa considerados essenciais para auxiliar no combate à pandemia do coronavírus, desde que: a) registrados por pelo menos 1 (uma) das seguintes autoridades sanitárias estrangeiras e autorizados à distribuição comercial em seus respectivos países: 1. Food and Drug Administration (FDA); 2. European Medicines Agency (EMA); 3. Pharmaceuticals and Medical Devices Agency (PMDA); 4. National Medical Products Administration (NMPA) (BRASIL, 2020b).

No Estado Democrático de Direito, a liberdade é a regra; a restrição é a exceção. Os poderes que limitam ou impedem o direito de locomoção devem estar definidos em lei, em caso de conflito aparente de princípios, o STF observa os requisitos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Corradetti e Pollicino (2021) discorrem sobre a complicada distinção dos limites da lei ao permitir que os Poderes extrapolem as suas competências é um precedente muito perigoso. De igual modo, Mattos, Santin e Cachichi (2020) assinalam que a restrição de atividades econômicas para contenção da pandemia não pode ser feita por intermédio de decretos executivos que têm função meramente regulamentar. Sendo assim, os valores democráticos embutidos na questão demandam a observância da razoabilidade e de proporcionalidade pelo Tribunal Constitucional.

A autoridade competente dispõe da discricionariedade limitada à lei em sentido formal, notadamente em se tratando de abordagem policial que indaga cidadão dos motivos da sua saída da residência seguida de autuação criminal por esta conduta. Os poderes da Administração devem ser regulamentados um a um podendo escolher o modo mais adequado de acordo com a situação. Purull (2021) relata os efeitos dos estados de exceção aplicados na pandemia, da retirada da segurança social e o abandono dos setores mais vulneráveis, enquadrados em um desenho de modelos de governança baseados na racionalidade de mercado, dão conta de uma cidade cuja fratura social é fundada por um estado de exceção permanente, produzindo um tipo de cidade que encontra sua principal legitimidade no estado de exceção.

O toque de recolher é uma medida que proíbe totalmente as pessoas de abandonarem suas

residências durante a emergência de saúde pública da pandemia de covid-19. Assim, o conceito constitucional de liberdade não contempla um suposto direito fundamental de colocar em risco a saúde das outras pessoas e a liberdade pressupõe responsabilidade, caso contrário seu exercício para além dos seus limites, configura abuso de direito. Em igual posição de fundamentalidade está o direito igualmente fundamental à saúde.

Entre os motivos para detenção está a força normativa de um decreto de governo estadual ou municipal respaldada no poder de polícia sanitário da lei n. 13.979/2020 (BRASIL, 2020b). Esse é o caso do decreto n. 41.874/2021 (BRASÍLIA, 2021), ora revogado, que – em razão do período agudo da pandemia da covid-19 – o governador proibiu a circulação de pessoas no Distrito Federal das 22 horas às 05 horas entre os dias 8 a 22 de março de 2021, prorrogáveis, sob pena de detenção e condução coercitiva à delegacia para procedimento inquisitivo. Vejamos:

Art. 1º Fica decretado toque de recolher das 22h às 05h em todo o território do Distrito Federal.

[...]

Art. 6º **O deslocamento urbano realizado, por qualquer meio, em desconformidade com as regras do presente Decreto autorizará o encaminhamento imediato do autor do fato à autoridade policial competente para as providências cabíveis**, sem prejuízo da imposição de multa individual no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), a ser cominada pela Força-Tarefa criada pelo Decreto nº 41.849, de 27 de fevereiro de 2021, mediante registro motivado, no auto de infração, do horário do deslocamento irregular, da identidade do infrator e do local em que for abordado (BRASÍLIA, 2021, grifo nosso).

Este decreto distrital e demais decretos estaduais e municipais têm desafiado à justiça. Enquanto a matéria constitucional é julgada no STF, magistrados e promotores estaduais tem divergidos da medida. É o caso da liberdade provisória de um comerciante preso por descumprir regra sanitária do governo de São Paulo ao obrigar o fechamento de comércio dito não-essencial na região de Ribeirão Preto. O juízo da Comarca entende que o decreto estadual respaldando a prisão é inconstitucional por ferir o livre exercício do trabalho e da livre circulação (ARANHA, 2021).

Dentro dessa visão, o Ministério Público de Santa Catarina acredita na inconstitucionalidade do formato do decreto de toque de recolher, assim como o Ministério Público de Minas Gerais tem recomendado às polícias civil e militar em Uberlândia a não abordarem ou deterem pessoas para condução à delegacia por descumprimento do toque de recolher pandêmico no período noturno (DRECHSEL, 2021; IGOR, 2020).

Vieira Júnior e Cardoso (2021, p. 269) pontuam ilegítimas as restrições determinadas pela administração sanitária como “[...] manifesta inconstitucionalidade formal dos atos normativos que as veiculam, também se revelam materialmente viciadas, a partir de uma análise pautada pelo postulado da proporcionalidade.” O governo, ao prolongar o estado de emergência de saúde pública quase indefinidamente, fica com poderes sem precedentes afetando os direitos e liberdades constitucionalmente garantidos.

Existem casos perturbadores em que os governos estaduais e municipais parecem usar a

covid-19 para violar os direitos humanos, restringir ainda mais as liberdades fundamentais e o espaço cívico e assolapar o Estado de Direito. Portanto, as sanções por violações das medidas sanitárias devem ser proporcionais e não impostas de forma arbitrária ou discriminatória (DELGADO; KÖLLING, 2022).

A autoridade policial tem se apoiado no artigo 268 (BRASIL, 1940) ao interpretar extensivamente como norma penal em branco para enquadrar cidadão que descumpra decreto de toque de recolher pandêmico de governador ou prefeito impedindo a livre circulação. Considera-se norma penal em branco a hipótese em que o complemento normativo provém de fonte diversa para daí surtir efeito do preceito primário da conduta definida pelo tipo penal.

As atuais disposições normativas do toque de recolher são de natureza sanitária e administrativa que se apoiam em ordenamento penal promulgada em 1940, em muitos aspectos, incompatível com as condições atuais. Entre as medidas listadas na lei n. 13.979/2020 (BRASIL, 2020b) para o enfrentamento da emergência de saúde pública da pandemia da covid-19 não consta o toque de recolher.

Já o isolamento de pessoas doentes ou com suspeita de contaminação da covid-19 deve ser regulamentado por tempo limitado na sua residência ou em locais com condições sanitárias e científicas encontra-se descrito no artigo 2.º, inciso I, da lei n. 13.979/2020 (BRASIL, 2020b). As medidas de isolamento, quarentena e toque de recolher são medidas diferentes. A infringência do isolamento e da quarentena podem acarretar a detenção de pessoa por infração de medida sanitária preventiva prevista no artigo 268 do código penal (BRASIL, 1940) independentemente que a União tenha decretado estado de sítio nos termos da Constituição Federal.

Sobre as restrições em tempos de pandemia, Gonçalves; Macedo Neto e Ribeiro (2020, p. 2595) discorrem a situação diante da dicotomia entre o garantismo penal de Luigi Ferrajoli e o princípio da supremacia do interesse coletivo sobre o privado. Para a Amnesty International (2020, p. 15), organização internacional de luta pelos direitos humanos, aponta que os governos devem implementar medidas de mitigação e evitar medidas de toque de recolher para lidar com covid-19 que podem ter um efeito desproporcional sobre grupos e indivíduos marginalizados, como residentes de assentamentos informais e pessoas que não têm onde morar.

É arbitrário custódia policial ou detenção em massa de cidadãos que descumprem decreto de toque de recolher por não se apoiar em lei discutida e aprovado no Congresso Nacional. É essencial que as autoridades em todo o mundo priorizem as melhores práticas de saúde pública e não medidas coercitivas que se revelam contraproducentes.

A detenção por descumprir toque de recolher na pandemia desafia análise de constitucionalidade da medida pelo STF, pois a Constituição em seu artigo 5º, inciso XXXIX (BRASIL, 1988), assegura “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Assim sendo, os variados decretos estaduais e municipais do toque de recolher pandêmico foram desproporcionais que – no afã de um contínuo monitoramento e vigilância – violaram a essência dos direitos humanos por prender cidadãos em flagrante por suposto cometimento de delito de infração de medida sanitária preventiva, incitação ao crime e desobediência à ordem

legal de funcionário público.

#### 4 EFEITOS JURÍDICOS E O CONTROLE JUDICIAL DO TOQUE DE RECOLHER SOBRE OS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS NA PANDEMIA

O toque de recolher na pandemia da covid-19 afeta direitos e liberdades fundamentais como o direito de locomoção, a liberdade e segurança pessoal, o direito ao trabalho, o direito à educação e o direito ao respeito da vida privada. Em linhas gerais, o toque de recolher deve ser avaliado de acordo com a situação concreta que pode atingir a essência dos direitos e liberdades fundamentais suprimindo a livre circulação.

Existe controvérsia a respeito da justificativa interventiva erigida pelo governante de proteger a saúde da população. Medidas administrativas que cerceie a circulação de pessoas, como o toque de recolher noturno, é um fenômeno de colisão de direitos fundamentais em sentido amplo: “[...] O dever do estado de proteger os direitos de seus cidadãos obriga-o a produzir uma medida tão alta quanto possível deste bem. Isso, porém, não é possível sem intervir na liberdade daqueles que prejudicam ou ameaçam a segurança pública.” (ALEXY, 2015, p. 60).

Não se pode dizer que o toque de recolher afeta todos os direitos e liberdades fundamentais na mesma intensidade. A autoridade pública que a decreta deve estipular o horário, a duração, o âmbito, as exceções desta restrição objetivando conter a velocidade de disseminação da covid-19. As medidas administrativas de aplicação da lei sanitária devem ser proporcionais à gravidade do perigo epidêmico a ser evitado. Portanto, a adoção de medidas mais severas do que o necessário para prevenir o risco não devem ser aplicadas.

O decreto de toque de recolher com a intenção de prevenir doenças epidêmicas aplicados por um período indefinido e ininterruptamente ferem a essência das liberdades públicas. Nesse sentido, Chaves Júnior e Pádua (2021, p. 698-699) se posicionam sobre a liberdade de locomoção em tempos de pandemia:

[...] é adequada a restrição à liberdade sem base na Constituição Federal? Após checagem da validade da intervenção e da restrição desse direito fundamental, observaram-se reprovadas as medidas de lockdown e restrição de vias terrestres, pois desproporcionais. A rigidez constitucional e o constitucionalismo contemporâneo determinam, impõem e obrigam o afastamento do mantra sobre a “inexistência de direitos absolutos”, e este texto usa a proporcionalidade justamente para proteger, e não para flexibilizar direitos.

No Brasil, as exceções a livre locomoção por doença epidêmica não estão claras e previsíveis no ordenamento jurídico como a que se encontra disposta no artigo 5º, item 1, alínea ‘e’ da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (2021):

ARTIGO 5º Direito à liberdade e à segurança 1. Toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança. Ninguém pode ser privado da sua liberdade, salvo nos

casos seguintes e de acordo com o procedimento legal: [...] e) Se se tratar da detenção legal de uma pessoa susceptível de propagar uma doença contagiosa, de um alienado mental, de um alcoólico, de um toxicómano ou de um vagabundo;”

Esta norma expressa literalmente o direito à liberdade e a saúde de todos podendo a liberdade ser restringida por lei para não propagar ou prevenir doenças infecciosas. Cavalcante Filho e Barza (2020, p. 200) aponta respostas à disseminação da covid-19 frente ao controle estatal da mobilidade humana no Mercosul e na União Europeia:

No caso europeu, apesar das amarras do direito comunitário, os Estados-membros têm atuação tolerada pelas instâncias supranacionais, com desafio de preservar liberdades comunitárias. No MERCOSUL, a ordem regional autoriza maior intervenção dos Estados, com desafio de prosseguir em uma efetiva livre circulação.

A lei de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional não previu o toque de recolher para combater perigo epidêmico de covid-19. Por esta razão, a constitucionalidade dos decretos estaduais anticoronavírus foram objeto de duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) ajuizadas pelo presidente da República, Jair Messias Bolsonaro ao STF.

A ADI 6764 MC/DF (BRASIL, 2021a) pedia a suspensão dos decretos dos governadores da Bahia, do Rio Grande do Sul e do Distrito Federal e a ADI 6855 MC/RN (BRASIL, 2021b) dos decretos dos governadores do Rio Grande do Norte, do Pernambuco e do Paraná no tocante ao fechamento de atividades ditas não-essenciais, o toque de recolher noturno e restrição de venda de bebidas alcoólicas como medidas adicionais na luta da pandemia da covid-19. Ao restringir a circulação e deter pessoas não envolvidas em atividade criminosa depende de lei aprovado pelo Congresso culminou mitigada pelo STF com base nos princípios da prevenção e da precaução decorrente de jurisprudências reiteradas sobre o assunto afastando, assim, os pedidos do chefe de Executivo quanto a inconstitucionalidade dos decretos estaduais por violação dos princípios da legalidade e da proporcionalidade.

O modelo de controle de constitucionalidade pode ser examinado incidentalmente pelo juízo estadual com recurso ao STF entre as partes ou examinada diretamente pelo STF quando interposta pelo rol taxativo de pessoas disposta na Constituição Federal, artigo 103, incisos I a IX (BRASIL, 1988). O juiz ao decidir aplica a lei aprovada pelo parlamento, contudo, a norma é incapaz de prever todas as situações cotidianas devido ao seu caráter coletivo, impessoal e abstrato.

A ADI n. 6764 requer a interpretação conforme a Constituição de dispositivos da Lei de Liberdade Econômica (BRASIL, 2019) e da Lei de Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (BRASIL, 2020b). Diante disso indaga-se: qual a validade de um decreto de toque de recolher de conteúdo autônomo e normativo – que fere a regra constitucional de elaboração de normas – fundamentado na finalidade legítima de controle sanitário? A resposta encontra-se na essencialidade dos direitos e liberdades fundamentais.

Do ponto de vista finalístico, o decreto é socialmente benéfico no seu teor e descontinua-lo

pode resultar em danos irreparáveis à saúde coletiva. Sobre o repertório da covid-19, as decisões do STF têm atuado no limite, quiçá, fogem de sua jurisprudência habitual de ouvir, de provocar e de acatar pedidos da Procuradoria Geral da República, instituição que defende dos interesses individuais indisponíveis, difusos, coletivos e sociais, nos termos dos artigos 127 e 129, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Foi o caso relatado pelo jornal Folha de São Paulo que ouviu experts ao tema quanto as decisões heterodoxas do STF de se opor ao posicionamento político do chefe do Executivo com a formação de um tipo de “jurisprudência de exceção”:

Especialistas reconhecem a necessidade de o Supremo adotar medidas duras contra o bolsonarismo, mas dizem que tergiversar com o devido processo legal, independentemente da finalidade que se busque, pode levar à criação de precedentes perigosos que, no futuro, venham a ser usados de maneira arbitrária pelo Judiciário em geral. Além das decisões judiciais, a corte também iniciou um movimento fora dos autos para barrar bandeiras do presidente (TEIXEIRA, 2021).

A pandemia da covid-19 não isenta os governantes de sua obrigação de equilibrar cuidadosamente os interesses em jogo e de usar os poderes da/de polícia para cumprir suas obrigações relacionadas aos direitos humanos. Nos casos em que a manutenção da ordem e o uso da força tenham dado origem a violações dos direitos humanos, o poder público deve iniciar prontamente investigações completas, eficazes e independentes e garantir que todos os responsáveis prestem contas de suas ações em julgamentos justos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Doenças pandêmicas ameaçam a saúde global devendo o Estado tomar ações preventivas e corretivas para eliminar o perigo que mudam o estilo de vida individual e interferem nos direitos e liberdades fundamentais. Em prol da proteção da saúde pública, os governadores e prefeitos brasileiros editaram decretos de toques de recolher como medida sanitária preventiva/reactiva para limitar a propagação do novo coronavírus.

O toque de recolher na pandemia da covid-19 cerceia o direito de ir, vir e ficar com o objetivo de salvaguardar o direito à vida. Governadores e prefeitos têm se respaldado no julgamento do STF sobre a responsabilização civil e administrativa dos agentes públicos no período pandêmico. O STF decidiu que, em matéria de direito à vida, à saúde e ao meio ambiente, devem observar os princípios constitucionais da precaução e da prevenção sob pena de responderem por eventuais violações a direitos.

Mesmo que admita o retardamento da circulação do vírus, a aceitabilidade social dos confinamentos mais ou menos rigorosos pode ser corroída – sobretudo no toque de recolher e na restrição de festas privadas. Qualquer que seja a edição de um decreto de toque de recolher para fins legítimo do governo de retardar a circulação do vírus deve necessariamente decorrer de lei em

sentido estrito.

Os efeitos da pandemia continuarão por muito tempo na sociedade, portanto, é imprescindível editar os regramentos que facilitem a gestão desse processo. Neste ínterim uma boa política de informação e sensibilização quanto a gravidade da doença no sentido das pessoas não se aglomerarem associado a uma fiscalização autuante já permitem prevenir calamidades de saúde pública.

A pandemia colocou à prova o modelo federativo de cooperação diante da crise sanitária que colocou os governadores e prefeitos como os protagonistas da política pública de saúde. Necessário fortalecer o federalismo cooperativo, uma vez que uma decisão isolada de um ente federado não tem a capacidade de lidar por conta própria com a crise sanitária.

A crise de saúde global causada pela pandemia apresenta desafios extraordinários que exigem medidas igualmente extraordinárias. Pensado para evitar aglomerações, o toque de recolher deve ser apropriado (atingir o objetivo de conter o vírus), ser necessário (não existe outra maneira que atinja os objetivos) e ser proporcional (a restrição da liberdade apreciada com os resultados obtidos no enfrentamento do vírus).

Futuras pesquisas devem ocorrer pelo diálogo epistêmico entre desenvolver o estudo de “teste de proporcionalidade” de Robert Alexy (2015) e o marco do “federalismo cooperativo”. A pesquisa de outros trabalhos nessa área pode contribuir para o aprofundamento dos estudos sobre o toque de recolher como medida para combater o aumento de casos da covid-19.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

AMNESTY INTERNATIONAL. **COVID-19 Crackdowns: police abuse and the global pandemic**. London: Amnesty International, 2020. Disponível em: <https://www.amnesty.org/en/documents/act30/3443/2020/en/> Acesso em: 23 mar. 2021.

ARANHA, Marina. Justiça determina soltura de comerciante preso em Ribeirão Preto. **Revide**, Ribeirão Preto, 17 mar 2021. Disponível em: <https://www.revide.com.br/noticias/coronavirus/justica-determina-soltura-de-comerciante-presos-em-ribeirao-preto/>. Acesso em: 18 mar. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Responsabilidade civil e administrativa de agentes públicos e atos relacionados com a pandemia de Covid-19. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, 2020. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v279.2020.82015>

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 2 mar. 2021.

BRASIL. **Lei n. 14.035, de 11 de agosto de 2020**. Altera a Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro

de 2020, para dispor sobre procedimentos para a aquisição ou contratação de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, ago. 2020a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/114035.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/114035.htm). Acesso em: 2 mar. 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.** Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, fev. 2020b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm). Acesso em: 2 mar. 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019.** Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, set. 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm). Acesso em: 19 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, dez. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm). Acesso em: 10 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto Legislativo n. 6, de 2020.** Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem n. 93, de 18 de março de 2020. Brasília, DF: Presidência da República, mar. 2020c. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/portaria/DLG6-2020.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm). Acesso em: 2 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto Legislativo n. 395, de 2009.** Aprova o texto revisado do Regulamento Sanitário Internacional, acordado na 58ª Assembléia Geral da Organização Mundial de Saúde, em 23 de maio de 2009. Brasília, DF: Presidência da República, jul. 2009. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2009/decretolegislativo-395-9-julho-2009-589324-publicacaooriginal-114307-pl.html>. Acesso em: 8 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6764. Número Único: 0050244-09-2021.1.00.0000. Origem: DF – Distrito Federal. Relator: ainda não distribuído por sorteio. Assunto: Direito Administrativo e outras matérias de direito público. Controle de Constitucionalidade. Questões de alta complexidade, grande impacto e repercussão/ COVID-19. Relator: Min. Marco Aurélio. **Diário da Justiça Eletrônico**, Poder Judiciário, Brasília, DF, 18 mar 2021a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6136024> Acesso em: 19 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6855. Número Único: 2.200-2/2001. Origem: RN – Rio Grande do Norte. Relator: Ministro Roberto Barroso. Assunto: Direito Administrativo e outras matérias de direito público. Controle de Constitucionalidade. Questões de alta complexidade, grande impacto e repercussão/ COVID-19. **Diário da Justiça Eletrônico**, Poder Judiciário, Brasília, DF, 28 jun 2021b. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2021/06/Barroso-Governadores-Bolsonaro-23-jun-2021.pdf> Acesso em: 15 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Saúde – Crise – Coronavírus – Medida Provisória – Providências – Legitimação Concorrente. Surgem atendidos os requisitos de urgência e necessidade, no que medida provisória dispõe sobre providências no campo da saúde pública nacional, sem prejuízo da legitimação concorrente dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.341-DF. Partido Democrático Trabalhista e Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. **Diário da Justiça Eletrônico**, Poder Judiciário, Brasília, DF, 24 mar 2020d. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf> Acesso em: 2 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar nas Ações Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428, 6431. Número Único: 0050244-09-2021.1.00.0000. Origem: DF – Distrito Federal. Assunto: Direito Administrativo e outras matérias de direito público. Controle de Constitucionalidade. Questões de alta complexidade, grande impacto e repercussão/ COVID-19. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. **Diário da Justiça Eletrônico**, Poder Judiciário, Brasília, DF, 24 mar 2020e. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443888&ori=1>. Acesso em: 22 mar. 2021

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Centro de Operações de Emergências em Saúde Pública COE-nCoV. **Boletim Epidemiológico 01**. Infecção Humana pelo Novo Coronavírus (2019-nCoV). Jan. 2020f. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/boletins-epidemiologicos/boletim-epidemiologico-covid-19-no-01.pdf> Acesso em: 16 mar. 2021.

BRASÍLIA. Sistema Integrado de Normas Jurídicas do DF. **Decreto n. 41.874, de 8 de março de 2021**. Institui toque de recolher das 22h às 05h, em todo Distrito Federal, no período agudo da pandemia de COVID-19. **Diário Oficial do Distrito Federal**, Brasília, ano L, edição extra n. 20-A, 8 mar. 2021. Disponível em: [http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/32db98d486df4cada6096c70d4909774/exec\\_dec\\_41874\\_2021.html](http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/32db98d486df4cada6096c70d4909774/exec_dec_41874_2021.html). Acesso em: 9 mar. 2021.

CAVALCANTE FILHO, João Mauricio Malta; BARZA, Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro. Os limites normativos da mobilidade humana em processos de integração regional: os efeitos da pandemia de COVID-19 e as restrições à circulação de pessoas na União Europeia e no Mercosul. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 65, n. 2, p. 177-205, 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v65i2.74155>

CHAVES JÚNIOR, Airto; PÁDUA, Thiago Aguiar de. Liberdade (<=>) em discricionariedade?! Restrições ao direito de liberdade no contexto pandêmico. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 25, n. 3, 2020. DOI: <https://doi.org/10.14210/nej.v25n3.p674-703>

CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. **Council of Europe**, Secretaria do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, agosto 2021. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_por.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf)

CORRADETTI, Claudio; POLLICINO, Oreste. The “War” Against Covid-19: State of Exception, State of Siege, or (Constitutional) Emergency Powers?: The Italian Case in Comparative Perspective. **German Law Journal**, v. 22, n. 6, p. 1060-1071, 2021. DOI: <https://doi.org/10.1017/glj.2021.48>

DELGADO, Joedson de Souza; KÖLLING, Gabrielle Jacobi. Saúde pública e direitos humanos em tempos de covid-19. **Interfaces Científicas - Humanas e Sociais**, Tiradentes, v. 9, n. 3, p. 202-214, 2022. DOI: <https://doi.org/10.17564/2316-3801.2022v9n3p202-214>

DRECHSEL, Denise. MP salienta ilegalidade de eventuais ações policiais repressivas na pandemia. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 26 fev. 2021. Vida e Cidadania. Disponível em: <https://cutt.ly/bxYWmx3> Acesso em: 24 mar. 2021.

GONÇALVES, Rubén Miranda Gonçalves; MACEDO NETO, Naor Ribeiro de; RIBEIRO, Sarah Gonçalves. A supremacia do interesse público no combate a COVID-19 e as controvérsias na aplicação da teoria do garantismo penal de Ferrajoli. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 4, p. 2579-2599, 2020. DOI: <https://doi.org/10.12957/rdc.2020.57120>

HENAO-KAFFURE, Liliana. El concepto de pandemia: debate e implicaciones a propósito de la pandemia de influenza de 2009. **Revista Gerencia y Políticas de Salud**, Bogotá, v. 9, n. 19, p. 53-68, 2010. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/545/54519045005.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2021.

IGOR, Renato. Ministério Público diz que Toque de Recolher para enfrentar coronavírus é inconstitucional. **NSC Total**, Florianópolis, 24 mar. 2020. Saúde. Disponível em: <https://www.nscototal.com.br/colunistas/renato-igor/ministerio-publico-diz-que-toque-de-recolher-para-enfrentar-coronavirus-e> Acesso em: 18 mar. 2021.

MATTOS, Diogo Castor de; SANTIN, Valter Foletto; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas. Limitação da liberdade pelo estado para controle da pandemia covid-19. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA, 8., 2020, Ribeirão Preto. **Anais [...]**. Ribeirão Preto: Unaerp, 2020. p. 91-215. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/cbpc/article/view/2259/1600> Acesso em: 21 jun. 2021.

NIU, Yan; XU, Fujie. Deciphering the power of isolation in controlling COVID-19 outbreaks. **Lancet Glob Health**, UK, v. 8, n. 4, p. e452-e453, 2020. Disponível em: [https://doi.org/10.1016/S2214-109X\(20\)30085-1](https://doi.org/10.1016/S2214-109X(20)30085-1). Acesso em: 2 mar. 2021.

OPAS - ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE (Brasil). **OMS afirma que COVID-19 é agora caracterizada como pandemia**. Brasília, DF: OPAS, 11 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3uGu6OU> Acesso em: 2 mar. 2021.

PASSOS, João Décio. **A pandemia do coronavírus: onde estamos? para onde vamos?** Paulinas, 2020.

PEDUZZI, Pedro. Aeronaves da FAB decolam com destino à China para buscar brasileiros. **Agência Brasil**, Brasília, 5 mar 2020. Disponível em: <https://cutt.ly/elMqmKl>. Acesso em: 2 mar. 2021.

PURULL, Gonzalo Carrasco. Apagando ciudades: toque de queda, emergencia sanitaria y las tácticas de los nuevos autoritarismos. **Astrágalo: Cultura de la Arquitectura y la Ciudad**, Sevilla, n. 28, v. 1, p. 171-194, 2021. DOI: <https://dx.doi.org/10.12795/astragalo.2021.i28.08>

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O Federalismo numa visão tridimensional do Direito**.

Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

RODRIGUES, Juliana Nunes; AZEVEDO, Daniel Abreu de. Pandemia do Coronavírus e (des) coordenação federativa: evidências de um conflito político-territorial. **Espaço e Economia**, [s. l.], v. 18, 2020. DOI: <https://doi.org/10.4000/espacoeconomia.12282>

SANTOS, Fernanda Marinela Sousa. Conflitos de competência na execução das políticas públicas de saúde em tempos de COVID-19. **Revista de Direito Sanitário da Comissão da Saúde**, Brasília, n. 1, p. 147-160, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2TTN18x>. Acesso em: 22 mar. 2021.

SJÖDIN, Henrik; WILDER-SMITH, Annelies; OSMAN, Sarah; FAROOQ, Zia; ROCKLÖV, Joacim. Only strict quarantine measures can curb the coronavirus disease (COVID-19) outbreak in Italy, 2020. **EuroSurveillance**, Swedwn, v. 25, n. 13, 2020. DOI: <https://doi.org/10.2807/1560-7917.ES.2020.25.13.2000280>

TEIXEIRA, Matheus. Supremo atropela PGR e adota medidas controversas para enfrentar bolsonarismo. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 11 jul. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/07/supremo-atropela-pgr-e-adota-medidas-controversas-para-enfrentar-bolsonarismo.shtml>. Acesso em: 14 jul. 2021.

VIEIRA JÚNIOR, Nilzir Soares; CARDOSO, Henrique Ribeiro. Toque de recolher e a questão das restrições a direitos fundamentais em tempos de pandemia. **Prim@Facie**, João Pessoa, v. 20, n. 43, p. 250-283, 2021. DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n43.54193>

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Dengue**: guidelines for diagnosis, treatment, prevention and control. Geneva: World Health Organization; 2009.

**Como citar:** DELGADO, Joedson de Souza; BASSO, Ana Paula. Toque de recolher para conter a pandemia da covid-19: uma análise jurídica dos decretos. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 18, n. 1, p. 108-126, mai. 2023. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v18n1p. 108. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 12/08/2021

Aceito em: 05/10/2022

**LIMITES E POSSIBILIDADES DO DIREITO ADMINISTRATIVO MUNICIPAL NO CONTEXTO DA COVID-19: ANÁLISE DO MUNICÍPIO DE VIÇOSA-MG**

LIMITS AND POSSIBILITIES OF MUNICIPAL ADMINISTRATIVE LAW IN THE CONTEXT OF COVID-19: ANALYSIS OF THE MUNICIPALITY OF VIÇOSA-MG

**Davi Augusto Santana de Lelis\***  
**Mariana Suelen Martins Pimenta\*\***

\*Mestre em Direitos Sociais no PDoutor em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Professor de Direito Administrativo e Direito Econômico da Universidade Federal de Viçosa.  
E-mail: davilelis@gmail.com

\*\*Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Viçosa. Bolsista PIBIC 2020-2021  
E-mail: mariana.pimenta@ufv.br

**Como citar:** LELIS, Davi Augusto Santana de; PIMENTA, Mariana Suelen Martins. Limites e possibilidades do Direito Administrativo municipal no contexto da COVID-19: análise do município de Viçosa-MG. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 18, n. 1, p. 127-150, mai.2023 DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v18n1p. 127. ISSN: 1980-511X

**Resumo:** Este trabalho tem o objetivo de analisar as medidas adotadas pela Prefeitura Municipal de Viçosa/MG frente à pandemia do COVID-19 sob uma ótica jurídica, a ver se estas foram constitucionais ou não. Assim, foi feita a catalogação dos decretos e informativos diários de casos confirmados e de mortes no Município, interpretando como as imposições administrativas influenciavam na inclinação da curva de contaminação. Como o tema ainda estava recente sob esta perspectiva legal, a pesquisa se instituiu de forma quantitativa, qualitativa e exploratória, observando, como dito, os dados numéricos e os comportamentos da Administração Pública e suas influências, como a população e os setores econômicos. Concluiu-se, deste modo, como apresentado pelos gráficos ao decorrer da pesquisa, que o poder de polícia administrativo foi eficaz para conter o avanço dos reflexos negativos da pandemia no Município e garantir a concretização do direito à vida e à saúde. Isto porque, quando presentes intervenções mais restritivas, a média de contaminação diminuía ou se mantinha, ao passo que, à medida que houve deliberações mais flexíveis, a curva se acentuou, drasticamente, demonstrando como o uso deste poder, sendo de forma mais intensa ou menos intensa, influenciou nos rumos traçados pelo Município.

**Palavras-chave:** direito administrativo; COVID-19; poder de polícia.

**Abstract:** This paper aims to analyze the measure adopted by the municipality of Viçosa-MG against the COVID-19 under a legal perspective, to see if they were constitutional or not. Thus, the cataloging of decrees and daily information on confirmed cases and deaths in the city was carried out, interpreting how administrative impositions influenced the slope of the contamination curve. As the topic was still recent from this legal perspective, the research was instituted in a quantitative, qualitative and exploratory way, observing, as mentioned, the numerical data and the behavior of the Public Administration and influences, such as the population and economic sectors. Thus, it was concluded, as shown by graphs during the research, that the administrative police power was effective in containing the advance of the negative effects of the pandemic in the municipality and guaranteeing the realization of the right to life and health. This is because, when more, more restrictive interventions are present, the contamination average decreased or remained, while, as there were more flexible deliberations, the curve sharpened, drastically, demonstrating how the use of this power, being more intense or less intense, influenced the paths traced by the municipality.

**Keywords:** administrative law; COVID-19; police power.

## INTRODUÇÃO

No dia 31 de dezembro de 2019, após autoridades chinesas informarem casos de uma misteriosa pneumonia na cidade de Wuhan, China, a OMS emitiu o primeiro alerta sobre a pandemia da COVID-19 (QUAL..., 2020). Desde então, por todos os países, o número de caso cresceu exponencialmente, impactando a vida e a economia.

O município de Viçosa, em Minas Gerais, teve seu primeiro alerta em 23 de abril de 2020, sendo informados três casos positivos. Após isso, o município conseguiu conter, por algum tempo, os baixos níveis de contágio, devido principalmente às medidas preventivas que foram tomadas desde o início de março de 2020. As medidas preventivas incluíam barreiras sanitárias nas rodovias/estradas urbanas e rurais que tinham acesso ao município, rodízio de CPF, suspensão das aulas, entre outras. O primeiro óbito ocorreu somente em 15 de agosto de 2020, sendo que, em julho de 2020, Viçosa estava entre os quatro municípios do Brasil com mais de 50 mil habitantes que não havia mortes decorrentes do COVID-19 (VIÇOSA, [2020p]).

A falta de liderança nacional no embate à contaminação fez com que governadores dos Estados, do Distrito Federal e prefeitos dos Municípios tivessem protagonismo frente à pandemia. Assim, sem um federalismo ativo e solidário, foram instituídos diretrizes e planos descentralizados, tomando como base o contexto local, com suas características e adversidades, para minimizar os efeitos da crise da COVID-19 (FIGUEIRA; BARROS; NEBOT, 2019, p. 2).

No contexto de diretrizes e planos de combate à COVID-19, institutos importantes do Direito Administrativo se tornaram peças-chaves para a promoção do interesse público. A Administração utilizou-se do poder regulamentar para normatização e organização social. Como meio de concretização do interesse público, este poder possibilitou maior racionalidade efetiva na esfera municipal, já que, através dele, tem-se uma melhor viabilização das leis, sob uma ótica própria do local a ser vinculado. Não somente, o poder de polícia serviu aos agentes públicos para manter a superioridade dos interesses coletivos sobre os individuais, concretizando dispositivos constitucionais com restrição a certos direitos e mantendo a boa ordem da coisa pública (BINENBOJM, 2016, p. 22). Como Meirelles (1972, p. 290-291) induz, “onde houver interesse relevante da comunidade ou da Nação, deve haver, correlatamente, igual poder de polícia para a proteção desse interesse público. É a regra sem exceção.”

Por mais que o município de Viçosa-MG estivesse sendo referência para o enfrentamento da pandemia, a Administração Pública Municipal acabou sofrendo pressão de outros setores da sociedade para flexibilizar medidas administrativas e, assim, dar maior liberdade a empresários e população. Com isso, travou-se um embate entre o poder de polícia, defendendo o interesse público e direito à vida, contra as garantias de mercado, objetivando bens materiais e o lucro, essencialmente. A partir do embate de interesses, os índices de casos positivos e mortes cresceram.

Este trabalho objetiva analisar as medidas administrativas do município de Viçosa-MG, no combate à pandemia da COVID-19, antes de disponibilidade de vacina, verificando: (i) a legalidade e a constitucionalidade das medidas de enfrentamento adotadas e; (ii) a amplitude dos limites e

possibilidades previstas, levando em conta todas as adversidades que um município enfrenta, como falta de recurso e pressões de demais setores sociais, e como isto pode influenciar no número de casos. Para materializar esses objetivos catalogamos o rol de ações municipais e minudenciamos o tratamento jurídico dispensado à disputa de interesses entre Administração Pública e agentes privados por meio de uma análise dogmática do Direito Administrativo em uma esfera prática do combate ao COVID-19.

Os materiais utilizados para a elaboração desta pesquisa foram, em primeiro lugar, os decretos publicados pela Prefeitura Municipal durante o ano de 2020, combinados com a expedição diária de informativos que indicavam o número de casos descartados, positivos, curados e ativos, além do número de óbitos. Caracteriza-se, portanto, uma pesquisa de abordagem quantitativa, analisando a relação das medidas instituídas pelos decretos e o nível da taxa de contaminação. Além disso, a pesquisa tem traços qualitativos, refletindo sobre comportamentos sociais, políticos e econômicos que permearam o contexto da pandemia no âmbito municipal e como também influenciaram nos caminhos seguidos pela Administração. Em segundo lugar, foi feita leitura, interpretação e análise de manuais, artigos e demais livros de Direito Administrativo. Por fim, acessamos e participamos de perfis de comunicação social da Prefeitura Municipal de Viçosa, como Telegram, Facebook e Instagram com vistas a coleta de notícias e informações.

Após a apresentação dos fundamentos jurídicos das medidas administrativas de combate à pandemia da COVID-19, o texto está dividido em três períodos de análise, sendo eles: o primeiro, do início da quarentena até a adesão ao Programa Minas Consciente; o segundo, da adesão ao Minas Consciente até o período das eleições municipais, e o terceiro, das eleições municipais de 2020 até 31 de dezembro de 2020. Nestes dois últimos períodos, o município obteve número elevado de notificações diárias, número de contaminados e de mortes. Espera-se, portanto, analisar se, nestes períodos, os poderes administrativos utilizados pelos agentes públicos municipais, conjuntamente com as medidas adotadas pelos demais entes federativos, foram capazes de diminuir, conter ou aumentar o número de contaminados e de mortes.

## **1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS DAS MEDIDAS DE COMBATE À PANDEMIA DA COVID-19**

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) estabelece, no art. 30, a competência concorrente entre os entes federativos, União, Estados, Municípios e Distrito Federal, para, em inciso I, legislar sobre assuntos de interesse local e, em inciso VII, prestar, com suporte técnico e financeiro da União, serviços de atendimento à saúde da população. Inclusive, esta matéria foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em 2020, no início da pandemia, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 6.341 (BRASIL, 2020e), declarando, por unanimidade, a inconstitucionalidade da Medida Provisória n. 926 de 2020 (BRASIL, 2020c), editada pelo presidente Jair Bolsonaro; por entender que a norma violava a autonomia constitucional dos entes

federativos – Estados, Municípios e Distrito Federal -, tendo sido editada com a finalidade de atingir politicamente governadores estaduais opositores ao governo federal<sup>1</sup> (PINHEIRO, 2020).

Assim, os poderes e competências para se combater a pandemia da COVID-19, no âmbito municipal, decorrem da própria Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) e seu arranjo federal. Arranjo no qual, o agente público de qualquer ente federativo deve, obrigatoriamente, utilizar o melhor poder e as melhores prerrogativas para materializar o interesse público.

Sobre a expressão interesse público é importante que se dê densidade teórica e fundamento jurídico para a expressão. Para Mello (2005, p. 61), “o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”. Porém, se baseando apenas nesta ideia, leva-se a crer que o interesse público pode ser variável, a despeito da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), mudando-o de acordo com as circunstâncias e maiorias momentâneas, o que deve ser evitado.

Por isso, é equivocado pensar que o interesse público será o da maioria, pois não há maiorias fixas em tempo e espaço. Não será, também, o da sociedade, já que essa também não é homogênea. O interesse público também não se confunde com o interesse dos agentes públicos, posto que esses são instrumentos pelos quais deve-se concretizar o interesse público. A expressão também não comporta, de maneira exclusiva e desponderada, os interesses individuais. Feitas todas as exclusões, Lelis (2019, p. 119) indica que o fundamento jurídico dos interesses públicos está nos direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais, enumerados pela Constituição Federal. No contexto desta pesquisa, os interesses públicos seriam o cumprimento da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), com vistas a se proteger e materializar o direito à vida e à saúde.

Destarte, como dito por Ohlweiler (2018, p. 97), o Direito Administrativo possui considerável potencialidade para enfrentar questões de vulnerabilidade, tendo como instrumento eficaz o poder de polícia. Este poder, inclusive, é um dos melhores exemplos para visualizar o princípio da supremacia do interesse público na prática, já que, para Carvalho Filho (2019, p. 170), “resulta exatamente do inafastável confronto entre os interesses público e privado, e nele há a necessidade de impor, às vezes, restrições aos direitos dos indivíduos”.

Conceitua-se, então, poder de polícia como aquele pelo qual a Administração intervém no exercício das atividades individuais que podem levar perigo ao interesse público, evitando que sejam produzidos, ampliados ou generalizados os danos sociais que a lei quer prevenir (CAETANO, 1997, p. 339). Carvalho Filho (2016, p. 171) divide o conceito em dois sentidos: um amplo, sendo toda e qualquer ação restritiva do Estado em relação aos direitos individuais, e um estrito, como uma atividade administrativa, a prerrogativa conferida aos agentes da Administração de restringir e condicionar a liberdade e a propriedade. Este poder é legítimo e constitucional para esta finalidade, visto que “[...] o fato de haver diversos direitos fundamentais com suporte fático amplo pressupõe restrições que visem a garantir a máxima extensão de todos esses direitos no caso

---

<sup>1</sup> Sobre a postura do governo federal durante a pandemia, inclusive com um discurso negacionista e incentivador de comportamentos que potencializavam o contágio, conferir Ajzenman, Cavalcanti e Da Mata (2020), onde se demonstra que o discurso do líder é capaz de influenciar comportamentos sociais.

concreto” (SCHIRATO; SCHIRATO, 2020, p. 4). Neste âmbito, destaca-se uma das características marcantes deste poder, que é a autoexecutoriedade, onde a Administração pode implementar seus atos sem a necessidade de manifestação prévia do Judiciário (OLIVEIRA, 2020, p. 284-287), não sendo, contudo, arbitrariedade e devendo os atos sempre serem justificados e motivados.

Uma de suas formas de exteriorização é por meio do poder regulamentar, constituindo um dos poderes que o agente público possui para cumprir e concretizar o interesse público, ou seja, os preceitos, garantias e princípios constitucionais. Assim como Carvalho Filho (2019, p. 144) coloca, ao editar as leis, o Poder Legislativo nem sempre viabiliza a melhor maneira para que elas sejam executadas. Cabe, portanto, à Administração, criar a complementação essencial para a efetiva aplicação das leis. Essa é a base do poder regulamentar.

Assim, a principal função deste poder é permitir a efetividade das leis. Ele possui natureza derivada, visto que não é originária da Constituição Federal, e sim da existência de uma lei, fazendo com que o poder regulamentar seja limitado pela legislação à qual irá complementar. Isto significa que os decretos, um dos principais materiais de estudo da pesquisa, não podem, jamais, inovar no ordenamento jurídico; isto é, apenas estabelecem uma melhor efetividade do que já está disposto na lei à qual se relaciona. Desta forma, o poder de polícia, juntamente com o poder regulamentar, terão papéis fundamentais para compreendermos a relação do direito administrativo com os rumos trilhados pelo Município diante da pandemia.

## 2 PERÍODOS DE ANÁLISE DA ATUAÇÃO MUNICIPAL

### 2.1 PRIMEIRO PERÍODO: DO INÍCIO DA PANDEMIA À ADESÃO AO MINAS CONSCIENTE

O primeiro decreto publicado pelo município de Viçosa-MG, objetivando o combate à pandemia da COVID-19, foi o Decreto Municipal n. 5.429, de 14 de março de 2020 (VIÇOSA, 2020b). O município estabeleceu estado de alerta local em razão da situação de emergência em saúde pública determinado pelo Estado, pelo do Decreto Estadual n. 113, de 12 de março de 2020 (MINAS GERAIS, 2020a), e pelo Ministério da Saúde. Percebe-se, aqui, uma demonstração clara do caráter subsidiário do decreto municipal, regulamentando, de acordo com as exigências locais, neste caso, o que foi previsto em decreto estadual. Vale ressaltar, ainda, o conceito de “estado de alerta” que, segundo o Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo novo Coronavírus COVID-19 seria “[...] uma situação em que o risco de introdução do SARS-COV-2 no Brasil seja elevado e não apresente casos suspeitos” (BRASIL, 2020d, p. 5).

O estado de alerta foi alterado para estado de emergência em saúde pública no dia posterior, 15 de março de 2020, através do Decreto Municipal 5.430 de 2020 (VIÇOSA, 2020c), sendo que, já nesta classificação, seria a confirmação de transmissão local do primeiro caso de COVID-19, no território nacional, ou declaração de Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII) pela Organização Mundial de Saúde, OMS (OMS, 2020). Neste decreto, o de número 5.430

de 2020 (VIÇOSA, 2020c), inclusive, a Administração Municipal deixou clara a situação de caos que poderia se tornar o Sistema Único de Saúde (SUS), já que nem o município de Viçosa, nem qualquer outro de mesmo porte<sup>2</sup>, teriam condições de assistir todos os contaminados. Assim, foram suspensas as aulas em estabelecimentos públicos e privados de ensino no município, incluindo a Universidade Federal de Viçosa (UFV). Esperava-se, com essas medidas, diminuir o fluxo de pessoas e impedir a contaminação local.

Estas medidas e as que viriam privilegiariam, como já dito, o interesse público, concretizando, assim, o direito à vida e à saúde. Esta ideia ficou evidenciada no preâmbulo do Decreto Municipal 5.432, de 16 de março de 2020 (VIÇOSA, 2020d), tendo como uma das considerações a Lei Federal n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 (BRASIL, 2020b), que definiu rol exemplificativo de medidas a serem tomadas com vistas ao enfrentamento da situação de emergência de saúde pública, executando-se, sempre, o interesse público. Neste decreto municipal, o de número 5.432 de 2020 (VIÇOSA, 2020d), também foi citado o poder de polícia sanitária conferido à Secretaria Municipal de Saúde para “limitar ou disciplinar direito, interesse ou liberdade, [...] em razão do interesse público concernente à segurança e à ordem, [...], resguardando, em última análise, os interesses da coletividade” (VIÇOSA, 2020d).

Com isso, importante decreto foi publicado em 21 de março de 2020, estabelecendo medidas que fariam com que Viçosa permanecesse por muito tempo sem casos confirmados e, após a primeira confirmação, conseguisse manter baixos níveis de contágio. Através do Decreto Municipal 5.439 de 2020 (VIÇOSA, 2020e), ficou determinada a instituição de barreiras sanitárias em diversos locais, incluindo estradas rurais. Esta medida foi adotada por um grande número de municípios da região de Viçosa e também do Brasil, em uma tentativa de evitar a contaminação entre municípios e também servindo de desestímulo às pessoas saírem de casa, garantindo o isolamento social.

Apesar de, com esta medida, ter um maior controle de entradas e saídas de veículos e pessoas das cidades, Ferreira (2020) considerou que as barreiras sanitárias não foram tão eficientes como desejavam. O procedimento das barreiras instaladas em Viçosa consistia em preencher um formulário, com documentos de identificação, endereço, cidade de origem, idade, dados médicos e uma justificativa, que seria avaliada pelas comissões, dando respostas entre 12 horas a 96 horas depois, a depender do dia de envio da permissão. Porém, com o passar do tempo, acabou se tornando um procedimento fácil de obter a resposta positiva e não servindo mais de contenção do trânsito de pessoas. Para o autor, por mais rígidas que sejam as barreiras sanitárias, estas permitem certa permeabilidade em que as pessoas conseguem atravessar e ter o contato com os demais cidadãos e, assim, seria difícil gerar impactos significativos na curva de contaminação com as barreiras implantadas de formas desorganizadas e sem um objetivo consolidado, como foi visto pelo Brasil

---

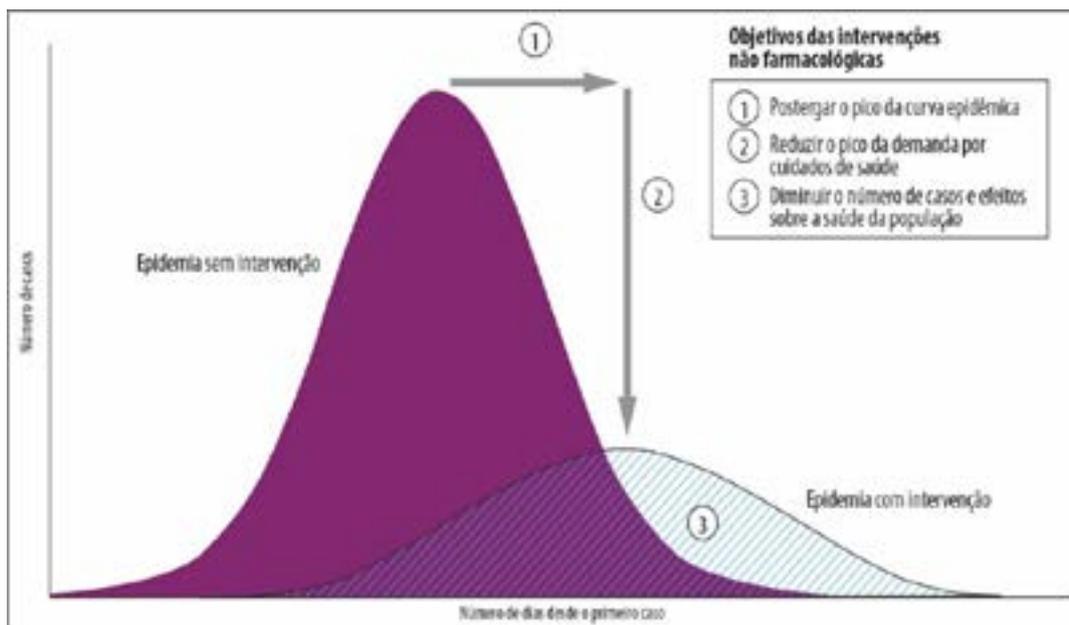
2 O município de Viçosa, localizado na Zona da Mata do Estado de Minas Gerais, de acordo com dados do IBGE (c2021), tem uma população estimada de 79.910 pessoas. O nível de escolaridade local é 99%, sendo que o município abriga uma universidade federal, a Universidade Federal de Viçosa, e três universidades privadas. A economia local tem, no setor de serviços, o principal motor econômico. A quantidade e diversidade de estudantes, provenientes de diversas partes do país e do mundo é que ajudam a manter a cidade econômica, cultural e socialmente ativa. O índice de desenvolvimento humano (IDHM) é de 0,775 e o PIB per capita do município é de R\$ 20.832,20. Em 2009 o município tinha 32 estabelecimentos de saúde pública. 57,8% das receitas de saúde são oriundas ou do Estado ou da União. Em 2017 o município realizou um total de R\$207.830,85 em saúde.

(FERREIRA, 2020, p. 1). O autor cita que a cidade, com as medidas implantadas, incluindo as barreiras, conseguiu atrasar o contágio do vírus, fazendo com que os hospitais e unidades de saúde se preparassem para o enfrentamento à pandemia (FERREIRA, 2020, p. 9). Contudo, para ele, não gerou tanto impacto, que só seria atingindo com o devido distanciamento e o isolamento social.

O que podemos dizer, na situação em que o país vivenciava, é que atrasar o contágio foi um aspecto positivo, já que, de certo modo, leitos de hospitais, medicamentos e demais suprimentos necessários poderiam ser melhor alocados e assim, vidas poupadas. O município de Viçosa, como já citado, demorou, em relação às cidades à sua volta, a ter o primeiro caso positivo e, após isso, a ter casos de internação. Assim, seu sistema de saúde pôde, desta maneira, ser utilizado pelos contaminados de outras cidades, já que possui hospital referência na região com infraestrutura considerável para situações como a que estava vivendo.

Retardar o contágio ou tentar evitá-lo foi importante, já que, com isso, foi possível manter o comércio essencial aberto ao longo do tempo, com as devidas restrições, e também ajudou a manter os casos em níveis baixos e controláveis. Vale dizer que medidas como as barreiras sanitárias, fechamento de comércio não-essencial, quarentena e isolamento social são chamadas de intervenções não farmacológicas, sendo estratégias que diminuem a transmissão entre humanos e produzem efeitos de alcance individual, ambiental e comunitário (GARCIA; DUARTE, 2020). Deste modo, como Garcia e Duarte (2020, p. 1) colocam em seu editorial, a figura a seguir, adaptada de Centers for Disease Control and Prevention (CDC), 2007, intervenções deste tipo produzem efeitos consideráveis para reduzir o pico da demanda e potencializar os cuidados com a saúde (CORONAVÍRUS..., 2020):

**Figura 1** – Curva epidêmica hipotética mostrando o curso normal da epidemia e o achatamento da curva esperado com a adoção de intervenções não farmacológicas



**Fonte:** Garcia e Duarte (2020).

Além dessas medidas, no município de Viçosa-MG, ficou suspensa a circulação de transporte coletivo municipal e também de táxis e veículos utilizados para transporte via aplicativo, colocando, no art. 3º, I e II do Decreto Municipal 5.439 de 2020 (VIÇOSA, 2020e), que o único objetivo destas medidas era de resguardar o interesse coletivo na prevenção do contágio e no combate à propagação do vírus. Por este mesmo Decreto Municipal, 5.439 de 2020 (VIÇOSA, 2020e), ficou determinado, no art. 5º, I a XIV, o fechamento do comércio, ressalvados aqueles estabelecimentos essenciais, como consultórios médicos, hospitais, laboratórios, farmácias, supermercados e derivados, postos de combustíveis, correios, instituições bancárias, estabelecimentos funerários e restaurantes, lanchonetes, distribuidores de gêneros alimentícios, lojas de materiais de construção funcionando sob o regime de *delivery*. Além disso, pelo Decreto Municipal 5.446 de 2020 (VIÇOSA, 2020f), publicado em 01 de abril de 2020, foi acrescentado ao Decreto 5.439 (VIÇOSA, 2020e), o art. 5º-A, estabelecendo sanções àqueles que descumprissem as medidas elencadas no instrumento, sendo elas a cassação de alvarás, fechamento sumário de estabelecimento e imposição de multa, sem prejuízo de outras penalidades previstas em lei, trazendo à tona, mais uma vez, o poder de polícia para garantir o cumprimento das medidas impostas pela Administração Pública.

A reabertura do comércio não-essencial foi determinada a partir do Decreto Municipal 5.450 de 16 de abril de 2020 (VIÇOSA, 2020g), onde o funcionamento dos estabelecimentos seguiria as normas determinadas pela municipalidade.

Este contexto leva também a outra discussão: quais seriam os critérios utilizados para considerar um determinado serviço como essencial? As atividades essenciais seriam aquelas cuja atividade envolva a área da saúde, segurança e serviços públicos essenciais à manutenção da saúde e qualidade de vida das pessoas (SCHAEFER; RESENDE; EPITÁCIO, 2020, p. 1430). O Decreto Federal 10.282, de 20 de março de 2020 (BRASIL, 2020a), regulamentando a Lei 13.979 de 2020 (BRASIL, 2020b), ampliando a noção de serviços essenciais à manutenção da saúde e qualidade de vida das pessoas, elencou no art. 3º, §1º, quais seriam os serviços considerados essenciais, conceituando-os como aqueles indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, que, se não atendidos, colocam perigo a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.

Com o tempo, por fatores de cunho econômico e político, a lista de serviços essenciais foi ganhando acréscimos<sup>3</sup>, nem sempre destinados a conformar na realidade a ideia de atividade de saúde, segurança e serviços públicos essenciais à manutenção da saúde e qualidade de vida das pessoas (BRASIL, 2020b).

No município de Viçosa, entre as medidas que permitiriam a volta gradual dos serviços essenciais e não essenciais foi o mecanismo de rodízio de CPF, facilitando o controle de eventuais filas e ida em massa de pessoas ao comércio. Consistia em uma divisão durante os dias da semana de acordo com o dígito final do documento do cidadão, autorizado a se locomover no comércio local duas vezes durante a semana. Dentre as medidas já citadas, aqui também podemos ver

---

<sup>3</sup> Para além da essencialidade de saúde, segurança e manutenção das condições básicas de qualidade de vida o artigo 3º, §1º do Decreto 10.282 de 2020 (BRASIL, 2020a) prevê como serviços essenciais: academias de esportes, salões de beleza e barbearia, atividades industriais de construção civil e atividade de locação de veículos.

restrição ao direito de locomoção, instituído no art. 5º, XV, da Constituição de 1988: “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens” que, apesar de ser direito fundamental, não é absoluto e, neste caso em questão, a pandemia da COVID-19 enseja que o direito à saúde e à vida seja protegido (LIMA; ARAÚJO; SOTTILI, 2020, p. 11).

Para reforçar este âmbito de restrição, principalmente, do direito à liberdade de locomoção, por meio do Decreto Municipal 5.458 de 2020 (VIÇOSA, 2020h), publicado em 20 de abril de 2020, a situação de emergência em saúde pública foi convertida em situação de calamidade pública, sendo que esta diz respeito a uma situação anormal, seja por desastres naturais ou provocados, causando danos graves à sociedade e ameaça a vida dessa população (BLUME, 2016) e que a capacidade de ação e resposta do poder público municipal ou estadual se torna grandemente comprometida.

O município estava se destacando entre os demais da região pela eficiência das medidas adotadas, até que, em 22 de abril de 2020, três casos de COVID 19 foram confirmados. O número foi alterado novamente em 06 de maio de 2020, quando os casos positivos passaram a ser de oito, e, em 19 de maio de 2020, mudando para treze casos, quando a taxa passou a aumentar em um lapso de tempo mais recorrente.

Durante esse tempo, pouca coisa foi modificada na dinâmica administrativa do município. A volta gradual dos serviços de transporte público, inclusive, foi retomada, pelo Decreto 5.464 de 2020 (VIÇOSA, 2020i), publicado em 06 de maio de 2020, elencando as medidas de proteção que deveriam ser seguidas. A suspensão do transporte coletivo intermunicipal e interestadual permaneceu, com o Decreto 5.472 de 2020 (VIÇOSA, 2020j) pelo Decreto 5.464 de 2020 (VIÇOSA, 2020i), publicado em 20 de maio de 2020, onde, em art. 1º, parágrafo único, assegurou o cumprimento de decisões judiciais que haviam sido prolatadas versando sobre este tema.

O transporte intermunicipal só foi reativado com o Decreto 5.523 de 2020 (VIÇOSA, 2020l), publicado em 31 de julho de 2020, após demandas judiciais. Por meio de mandado de segurança impetrado pela Viação Pássaro Verde LTDA (Processo de número 5001250-43.2020.8.13.0713, 2ª Vara Cível da Comarca de Viçosa-MG) (MINAS GERAIS, 2020b), no dia 03 de abril de 2020, a impetrante indicou abuso de poder do Prefeito Municipal de Viçosa em limitar sua atividade de transporte coletivo de passageiros, instituído no Decreto Municipal 5.349 de 2020 (VIÇOSA, 2019). Em defesa, o município argumentou que as medidas tomadas foram pensadas observando a situação de emergência em saúde pública que o país enfrentava, em consonância com as orientações da OMS e que atentou à previsão legal (inciso VI do art. 3º da Lei 13.979 de 2020 (BRASIL, 2020b), uma vez que a competência para tratar da matéria é concorrente entre a União, os Estados e os Municípios. Além disso, o município indicou que eventual deferimento do mandado de segurança poderia trazer consequências devastadoras à saúde pública municipal e que o mesmo não seria capaz de monitorar e fiscalizar se a prestação de serviço seria feita observando as medidas sanitárias.

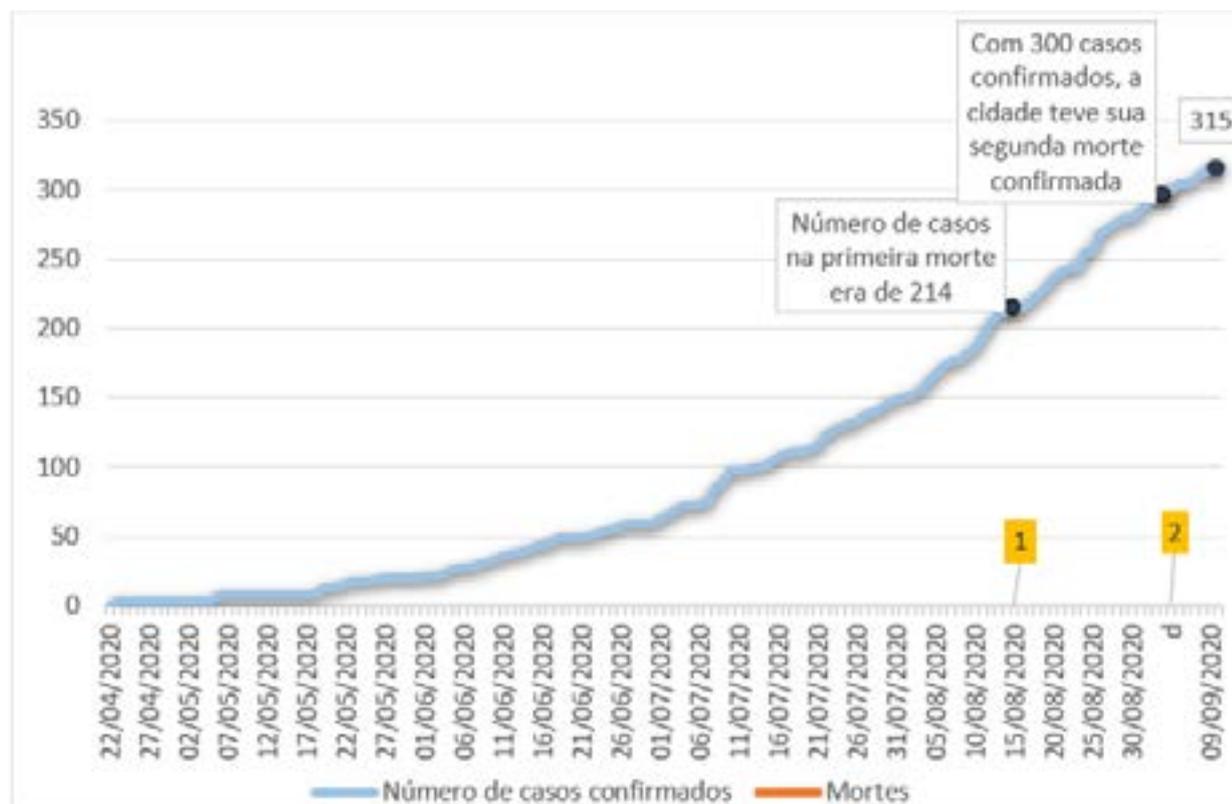
A liminar requerida para o retorno das atividades foi deferida parcialmente pela Juíza de Direito Daniele Viana da Silva Vieira Lopes. Sua decisão foi fundamentada, principalmente, no fato

de que, por mais que a Lei Federal 13.979 de 2020 (BRASIL, 2020b), art. 3º, VI, tenha instituído que as autoridades teriam competência para restringir a locomoção interestadual e intermunicipal, as medidas deveriam ser tomadas seguindo orientações da ANVISA, sendo que esta delegou a função ao Estado-membro por meio da Resolução – RDC nº 353, de 23 de março de 2020. Portanto, o Comitê Extraordinário COVID-19 do Estado de Minas Gerais, por meio da Deliberação nº 8, art. 3º, II, estatuiu que o transporte coletivo intermunicipal de passageiros, público ou privado, poderia funcionar, desde que sem exceder a metade da capacidade de passageiros sentados.

Diante disso, sobre a competência concorrente, a Juíza indicou que o município de Viçosa só teria, neste caso, e com estas situações, competência suplementar para legislar, já que o Estado de Minas Gerais não havia proibido o transporte intermunicipal, apenas o limitou. A decisão foi mantida em segunda instância pelo Desembargador Nelson Missias de Morais (1.0000.20.056168-6/000) e teve o processo extinto sem resolução do mérito em 01 de março de 2021 por perda do objeto, já que o Decreto 5.523 de 2020 (VIÇOSA, 2020l) autorizou o funcionamento do transporte intermunicipal.

O município de Viçosa teve sua primeira morte confirmada em 15 de agosto de 2020, quando atingia a marca de 214 casos. Apesar do retorno gradual das atividades comerciais, a cidade conseguiu retardar a ocorrência de mortes, tendo em vista os municípios da região, sendo que Ponte Nova/MG noticiou sua primeira morte em 18 de junho de 2020 (CIDADE..., 2020), Ouro Preto/MG, em 18 de maio de 2020, informado através dos boletins expedidos pela Prefeitura Municipal de Ouro Preto, e Ubá-MG, em 22 de maio de 2020 (ALBERT, 2020).

Cerca de 20 dias depois, em 04 de setembro de 2020, conforme mostra a Figura 2 abaixo, o município teve sua segunda morte confirmada, quando foi atingido o número de 300 casos confirmados. Estes dados são importantes, já que, no dia 10 de setembro de 2020, por meio do Decreto Municipal 5.540 de 2020 (VIÇOSA, 2020m), a Administração Pública aderiu ao Plano Minas Consciente, tendo, a partir daí, medidas mais flexíveis e uma maior alavancada na curva de casos confirmados.

**Figura 2** – Casos confirmados e mortes notificadas até a adesão do Plano Minas Consciente

**Fonte:** Elaborado pelos próprios autores

## 2.2 SEGUNDO PERÍODO: DA ADESÃO DO MINAS CONSCIENTE ÀS ELEIÇÕES MUNICIPAIS

O Município, por meio do Decreto Municipal 5.540 de 2020 (VIÇOSA, 2020m), publicado no dia 10 de setembro de 2020, aderiu às diretrizes estaduais do Plano “Minas Consciente – Retomando a economia do jeito certo”. O nome diz por si qual era seu objetivo: a economia. Ficando, em segundo plano, a saúde e a vida. Segundo o Portal do Estado de Minas Gerais ([2021]), a proposta, criada pelo Governo de Minas Gerais, juntamente com as secretarias de Desenvolvimento Econômico (Sede) e de Saúde (SES-MG), objetivava a retomada gradual do comércio, serviços e outros setores, por meio de um sistema de critérios e protocolos sanitários. A partir disso, o município ficou vinculado aos comandos do Estado com o Plano, que implementaria suas medidas de acordo com as “ondas” elencadas pela proposta.

Assim, com o Decreto Municipal 5.540 de 2020 (VIÇOSA, 2020m), foi revogado o funcionamento das barreiras sanitárias, que estavam estruturadas há quase seis meses (art. 7º), o mecanismo de rodízio de CPF nos atendimentos presenciais do comércio local (art. 8º) e, segundo art. 9º, ficou revogada qualquer normatização municipal que conflitar ou for incompatível com as determinações e protocolos do Programa Minas Consciente. A partir disso, houve uma acentuada flexibilização das medidas preventivas que o Município vinha utilizando. Segundo o Portal de Comunicação da Prefeitura de Viçosa (2020o) o município iniciou na onda verde, sendo retomado

alguns estabelecimentos como cinemas, feiras, casas de festas, bares com entretenimento etc. Foram apresentados, também, dados quanto às barreiras sanitárias, esclarecendo que foram analisadas mais de 145 mil solicitações com um índice de 85,5% de aprovação dos pedidos.

Neste contexto, em julho de 2020, o Órgão Especial do TJMG, através dos autos da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1.0000.20.459246-3/000 (MINAS GERAIS, 2020c), deferiu liminar requerida pelo Ministério Público de Minas Gerais que obrigava os prefeitos municipais a aderirem o Plano Minas Consciente ou a cumprir integralmente a Deliberação nº17 do Comitê Extraordinário COVID 19 de Minas Gerais. A matéria chegou ao STF, por meio da Reclamação 42.591 (BRASIL, 2020f), proposta pelo Município de Coronel Fabriciano, e da Reclamação 42.637 (BRASIL, 2020g), do Município de Poço Fundo.

O Município de Coronel Fabriciano defendeu que o deferimento da medida colocaria “os Prefeitos a meros ‘carimbadores’ de decisões do Governador do Estado, como se os municípios entes federativos não fossem”. Requereu, deste modo, que todos os efeitos da liminar deferida pelo TJMG fossem cassados. O Município de Poço Fundo, defendendo ainda mais o caráter concorrente das competências para atuar perante o enfrentamento da pandemia, relatou que a definição por decreto pelo Executivo Federal, sem a observância da autonomia dos entes locais, feriria o princípio da separação dos poderes. Não poderia, deste modo, impedir que o Executivo local não legislasse sobre o âmbito municipal, já que a adesão ao Minas Consciente faria com que todos os Municípios do Estado tivessem obrigados a tomar medidas que não correspondessem à sua situação atual.

O Ministro Alexandre de Moraes, em setembro de 2020, declarou inconstitucional o deferimento da liminar apresentada no TJMG, assistindo razão aos Municípios reclamantes. O Ministro relatou que o deferimento da medida cautelar em questão ia na contramão do federalismo cooperativo. A República Federativa do Brasil, como instituído em art. 1º da Constituição Federal, é formada pela união indissolúvel entre seus entes federativos e, como estipulado pelo art. 3º, do mesmo diploma, juntos devem atuar em prol do desenvolvimento nacional. O federalismo, assim, expressa a ideia de que a organização política deve se basear na solidariedade e na cooperação, e não na compulsão (FURTADO, 1984, p. 45). No caso da pandemia da COVID-19, quanto às políticas de saúde, os entes federativos, por determinação constitucional, possuem competência comum, onde o caráter cooperativo se torna vetor interpretativo importante (MARRAFON, 2018). Assim, há uma relação horizontal entre os entes, não podendo os Municípios serem colocados em posições desfavoráveis, violando o princípio da predominância do interesse local, tese esta que foi indicada na ADI 6341 MC.

Mesmo com esta decisão, o Município permaneceu vinculado ao Plano, chegando até às eleições de primeiro turno, no dia 15 de novembro de 2020, ao número de 633 casos. Totalizou, deste modo, pouco mais que o dobro em relação aos números de casos confirmados do dia da publicação do Decreto Municipal que aderiu o Plano Estadual (Figura 3) e também o dobro do número de mortos, conforme gráfico a seguir. Como Lelis (2020, p. 172) indica, “na via neoliberal, o discurso que se dirige à pandemia contém uma cisão forte entre a economia e o social”. Assim,

para o autor, a preocupação, sob esta ótica neoliberal, é de que o aumento do número de casos e mortes afeta não somente o processo produtivo capitalista, isto é, a economia não pode parar. Esta, realmente, não parou, mas custou a contaminação de mais de 1.300 pessoas, entre a Adesão do Plano até 31 de dezembro de 2020:

**Figura 3** – Número de casos confirmados e de mortes entre a adesão do Minas Consciente e as eleições municipais



**Fonte:** Elaborado pelos próprios autores.

### 2.3 TERCEIRO PERÍODO: DAS ELEIÇÕES MUNICIPAIS 2020 ATÉ O ÚLTIMO DIA DA LEGISLATURA

Diante deste contexto, o Prefeito Municipal decretou determinadas medidas na tentativa de conter as aglomerações que vinham acontecendo. Por meio do Decreto Municipal 5.577 de 2020 (VIÇOSA, 2020n), publicado em 25 de novembro de 2020, foi ordenado que bares e restaurantes funcionassem até às 21h em todos os dias da semana (art. 1º). Além disso, ficou proibida a colocação de mesas e cadeiras em vias públicas, sendo mais uma forma de manter o isolamento social (art. 2º).

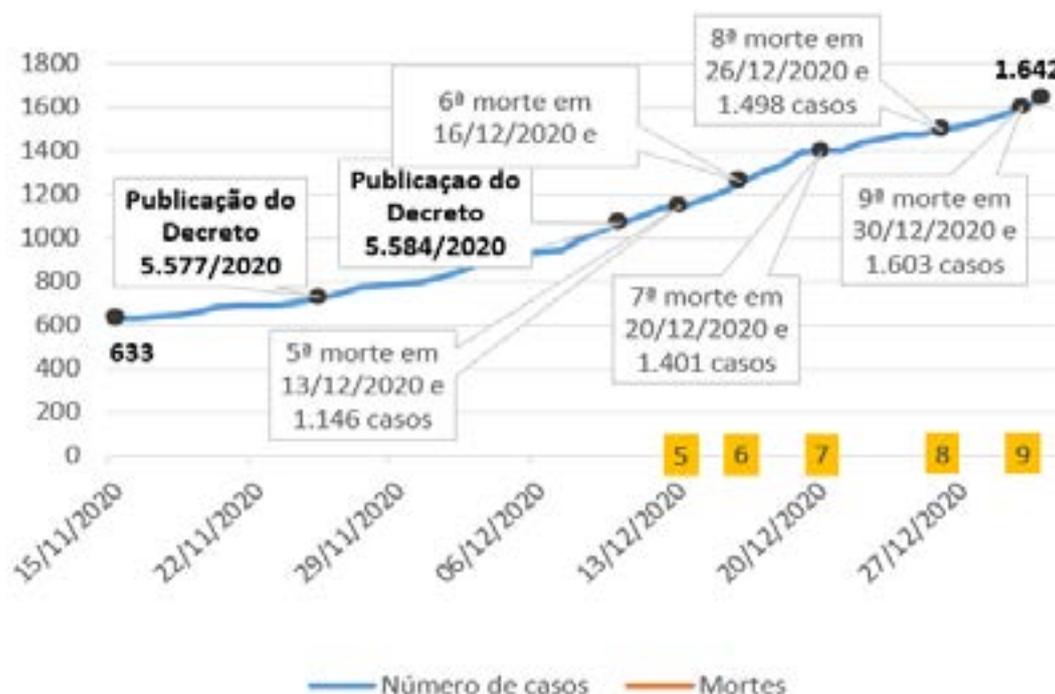
A situação foi piorando gradativamente, quando foi publicado Decreto Municipal 5.584 de 2020 (VIÇOSA, 2020o), no dia 03 de dezembro de 2020, integrando o Município na onda vermelha do Plano Minas Consciente, indicando a região como em situação crítica (MINAS GERAIS, 2020a). No preâmbulo do instrumento, o Prefeito deu destaque ao fato de ter ocorrido, um dia antes, 02 de dezembro de 2020, confirmação diária de 70 novos casos, fundamentando a escolha de vinculação às medidas mais restritivas deste modo. Contudo, com a publicação do Decreto Municipal 5.584 de 2020 (VIÇOSA, 2020o), em 10 de dezembro de 2020, sob deliberação do Estado de Minas Gerais, os comércios que teriam autorização para funcionar somente se o

Município estivesse na onda amarela, foram permitidos a abrir, mesmo estando na onda vermelha. Isso, principalmente, devido à proximidade das festas de fim de ano, quando o comércio tem sua alta de vendas. Ademais, em art. 2º do Decreto Municipal 5.584 de 2020 (VIÇOSA, 2020o), os bares e restaurantes foram também autorizados a fecharem mais tarde do que o permitido no decreto anterior, podendo funcionar até às 23h.

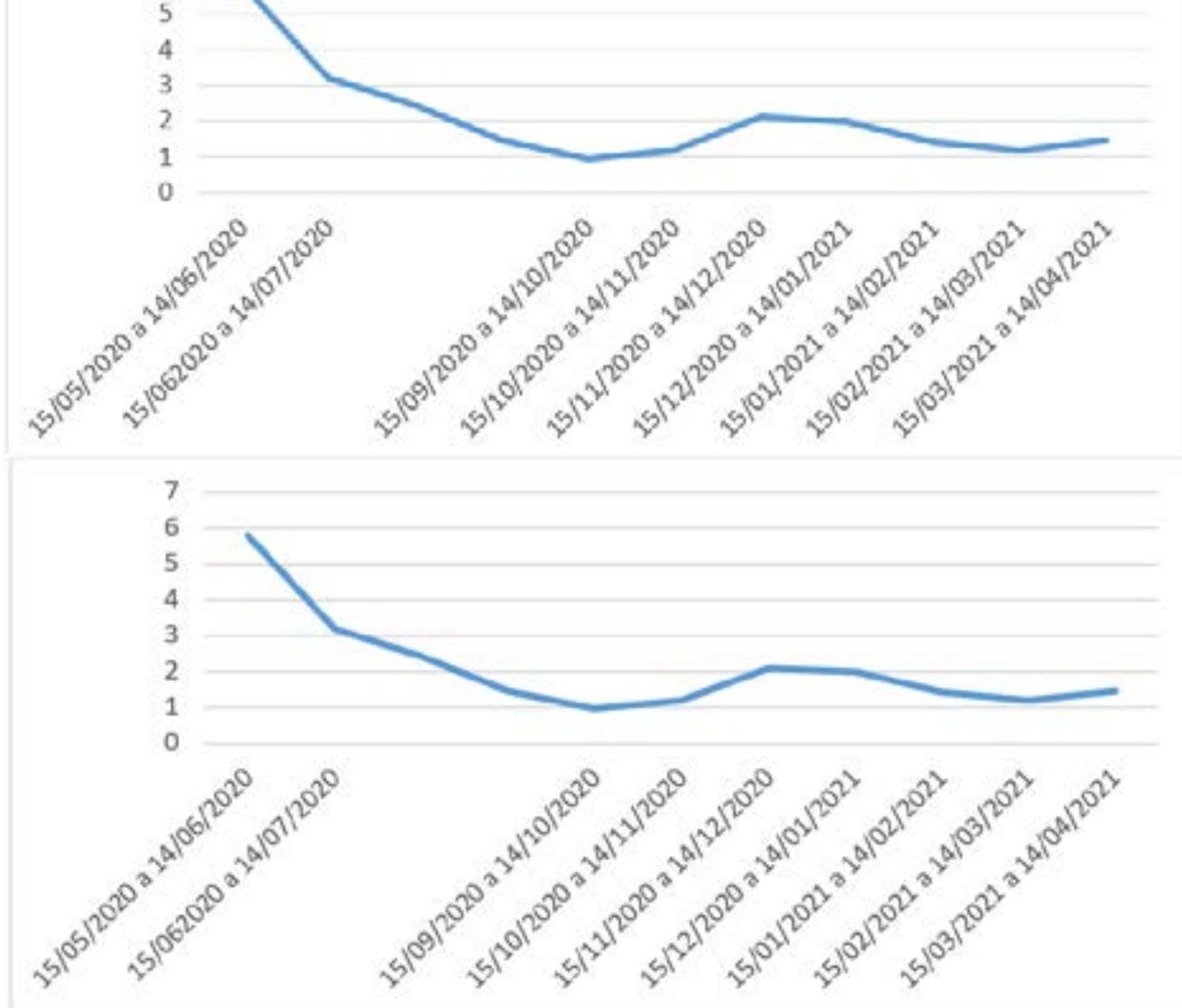
Como pode ser analisado no gráfico abaixo (Figura 4), em um período de 45 dias, os casos aumentaram em mais de 1.000 confirmações. No dia 15 de novembro, dia das eleições municipais, havia 633 casos confirmados, chegando a 1.642 em 31 de dezembro. Com relação ao número de mortes, no período das eleições, o aumento, no município de Viçosa, também foi significativo. Do início da pandemia até 12 de novembro de 2020, passados, portanto, 8 meses, o município havia confirmado apenas 4 mortes. Do dia 13 de novembro de 2020 ao dia 31 de dezembro de 2020, mais 5 mortes foram confirmadas. Esse aumento foi, grandemente, reflexo do contínuo relaxamento das restrições e o aumento do fluxo de pessoas no município de Viçosa-MG, durante as campanhas eleitorais para o pleito municipal, já que não estavam vigentes os mecanismos de CPF e barreiras sanitárias.

A despeito do que tenha acontecido no restante do Estado de Minas Gerais e do Brasil, escopos de análise que fogem ao objeto de estudo do presente trabalho, ao menos no município de Viçosa, como indica o gráfico abaixo, o aumento de casos durante o período das eleições municipais de 2020 até o último dia da legislatura, 31 de dezembro de 2020, justificariam, por parte da Administração municipal, a adoção de novas restrições administrativas com vistas a combater a pandemia de COVID-19.

**Figura 4** – Casos confirmados entre as eleições municipais de 2020 e 31 de dezembro de 2020



**Fonte:** Elaborado pelos próprios autores.



**Fonte:** Elaborado pelos próprios autores.

O mesmo pode ser considerado em relação às mortes. A partir de agosto, quando surge a primeira notificação, a média da variação começa a aumentar expressivamente em meados 15 de novembro, como pode ser visto abaixo. No período do dia 15 do mês seguinte, em dezembro, a taxa média atinge o valor de 3,02, período também concomitante ao aumento da média de contaminação, como visto acima. Isto porque, considerando as informações médicas sobre o COVID-19, estudo publicado pelo portal Diário do Nordeste, de acordo com os dados fornecidos pelo SUS, até dezembro de 2020, o período entre a contaminação e a morte de pacientes, no Ceará, era de 18 dias (VIANA, 2021). Em linha parecida, notícia publicada pela CNN Brasil apresentou que, em São Paulo, até dezembro de 2020, a média neste mesmo período era de 14,1 dias (GALZO, 2021). Assim, pode-se averiguar o pico de contaminação e mortes neste período, quando, também em Viçosa, houve reflexo semelhante.

---

4 Agradeço à professora Lorena Vieira Costa, do Departamento de Economia Rural da Universidade Federal de Viçosa, pela colaboração no cálculo das médias de contaminação e morte.

**Figura 6** – Evolução da média da variação diária do número de mortes

**Fonte:** Elaborado pelos próprios autores.

A flexibilização das medidas administrativas, como ocorrido em Viçosa, apresenta dados suficientes para se afirmar que a postura da Administração Pública é importante fator na contenção e controle da Pandemia. Quando se flexibilizaram as medidas de poder de polícia, a média de contágio aumentou, chegando, em outubro de 2020 à uma média diária de 2,363. Assertiva comprovada pela concentração do aumento de casos, passando de 633 em 15 de novembro de 2020 para 1642 em 31 de dezembro de 2020 e pelo aumento das mortes, 4 de março a novembro e 9 entre novembro e 31 de dezembro de 2020, quando a relativização estava em seu ápice, abaixando gradativamente, por certo tempo, após novembro quando a cidade voltou a endurecer, de certa forma, suas medidas administrativas.

Em todo os períodos analisados tem-se, portanto, aumentos significativos de casos e mortes quando as medidas administrativas foram menos contundentes e, quando as medidas administrativas foram mais aplicadas, teve-se, no Município, senão a diminuição dos casos e mortes, ao menos o controle possível do contágio e das mortes.

## CONCLUSÕES

Podemos afirmar que o Direito Administrativo tem papel fundamental de regular uma situação de calamidade pública como também de decidir os próximos passos, já que um decreto influenciará não somente o município, mas também as cidades das redondezas, como, por exemplo, quem necessita, de alguma forma, de suas atribuições e serviços. Como Ohlweiler (2018, p. 97) destaca, o Direito Administrativo consegue, pelas suas prerrogativas, exercer suas competências de modo a proteger a população, reduzir os possíveis danos causados, como também conseguir

retirá-la da situação de exposição. Tais ideias devem estar bem consolidadas, já que, é possível dizer, nos três lapsos temporais analisados, que a Administração Pública cumpriu este papel.

A primeira conclusão que podemos observar é que o relaxamento das medidas significou, no município de Viçosa, um aumento do número de casos confirmados e, conseqüentemente, do surgimento e crescimento das notificações de mortes.

Prova disso, citamos, novamente, que a cidade, em julho de 2020, era uma das quatro com mais de 50 mil habitantes que ainda não possuía mortos. Nesta época, as barreiras sanitárias e o rodízio de CPF estavam em pleno vapor de funcionamento, sendo seguidos à risca pela população, pelos fiscais do Município e também pelos comerciantes. Contudo, com o tempo, a Administração municipal aderiu ao “Plano Minas Consciente – Retomando a economia do jeito certo”, em setembro de 2020.

Em pouco tempo, de 10 de setembro (adesão ao Plano) a 31 de dezembro, o Município teve um aumento relevante de mais de 1.300 casos notificados. Citando, novamente, Ohlweiler (2018, p. 102), do mesmo jeito que o direito administrativo tem o papel de tratar das vulnerabilidades, prevenindo e remediando-as, ele mesmo pode fazer com que novas vulnerabilidades surjam. Como exemplo, ao passo que um decreto determina o funcionamento do comércio, promoverá o maior trânsito de pessoas, ocorrendo, conseqüentemente, aumento no número de contaminação, já que o vírus irá se propagar. Assim, quando os atos da Administração fogem do seu curso principal, o atendimento ao interesse público, concretizando objetivos que estão fora desta enseada, poderá aprofundar ainda mais os processos de fragilização da comunidade (OHLWEILER, 2018, p. 105).

Retomando, novamente, a discussão sobre o que seria interesse público, quais das abordagens foram seguidas em cada uma das três análises: aquela que o caracteriza como o interesse da maioria, quando colocados como cidadãos, ou aquela que o relaciona à promoção de direitos fundamentais? É nítido perceber que, no início da quarentena, a Administração estava agindo segundo determina a proteção do interesse público da vida e da saúde; e, no terceiro período, já tendo aderido ao Plano Minas Consciente, à ideia de economia e interesses individuais. No início da quarentena, os habitantes estavam bem mais cautelosos e cumpriam com o estabelecido pelos decretos, principalmente quanto às medidas sanitárias. Com o tempo, a indiferença tomou conta e o número de aglomerações começou a surgir.

Reitera-se, deste modo, que tal análise deve ser pensada tendo em vista tanto o interesse público, da Administração, como os interesses individuais, que foram fundamentais, também, para definir quais rumos o Município tomaria, se continuaria gestor da crise ou se aderiria ao Plano Minas Consciente. Entre as duas possibilidades, prevaleceu a última. Neste contexto, vale citar Downbor (2017), quando reflete sobre o poder local e, como este é influenciado pela participação comunitária e o pelo planejamento descentralizado, acaba constituindo um mecanismo de ordenamento político, econômico e mesmo de poder, o que acabou ocorrendo de um certo momento em diante no Município. Isso pode ser explicado, como já foi explanado, também pela falta de uma liderança nacional no sentido correto da prevenção de contaminação, fazendo com que o poder local tomasse o comando do que seria ou não estabelecido.

E foi sob este discurso que vimos, não apenas no Município de Viçosa, mas em grande parte do País, os tristes números alavancarem sem parar. Ressalta-se que não são apenas números, são vidas, famílias, pais, filhos, netos, avós, ou seja, são pessoas, que se tornaram desculpas para, novamente, o processo produtivo não se interromper. O que também não produziu nenhum fator positivo, já que, neste contexto, o Brasil teve taxa de desemprego e de fome expressivamente alteradas, para pior.

Portanto, o que pode ser dito é que o Direito Administrativo teve grande importância sobre como, neste caso em estudo, o Município de Viçosa seguiria frente a uma pandemia de reflexos únicos e que produziu respingos em diversos setores da sociedade. Os limites e possibilidades do Direito Administrativo municipal frente ao COVID-19 estão dentro do campo onde a Constituição será concretizada, isto é, onde, dentro de uma pandemia desta expansão, o direito à vida e à saúde serão preservados. Infelizmente, preocuparam mais com a ordem econômica do que com a social do diploma e o resultado foi, em 23 de abril de 2021, um ano após a primeira contaminação, um número de 5.731 casos confirmados e 67 mortes no município.

## REFERÊNCIAS

AJZENMAN, Nicolás; CAVALCANTI, Tiago; DA MATA, Daniel. More than words: leaders' speech and risky behavior during pandemic. *SSRN*, Rochester, p. 1-45, 2020.

ALBERT, Fellype. Prefeitura confirma primeira morte por Covid-19 em Ubá. **G1**, [S. l.], 22 maio 2020. Zona da Mata. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/zona-da-mata/noticia/2020/05/22/prefeitura-confirma-primeira-morte-por-covid-19-em-uba.ghtml>. Acesso em: 2 maio 2021.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BLUME, Bruno André. Entenda o que é estado de calamidade. **Politize!**, Florianópolis, 28 jun. 2016. Economia Poder Executivo. Disponível em: <https://www.politize.com.br/estado-de-calamidade-publica/>. Acesso em: 13 abr. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 126, n. 191-A, p. 1-32, 5 out. 1988.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020. Regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 158, n. 55-G, p. 1, 20 mar. 2020a.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 158, n. 27, p. 1, 7 fev. 2020b.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 158, n. 55-G, p. 1, 20 mar. 2020c.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Plano de contingência nacional para infecção humana pelo novo Coronavírus COVID-19**. Brasília: Ministério da Saúde, 2020d. Disponível em: <https://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2020/fevereiro/13/plano-contingencia-coronavirus-COVID19.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.341 Distrito Federal**. Saúde – crise – coronavírus – medida provisória – providências – legitimação concorrente. surgem atendidos os requisitos de urgência e necessidade, no que medida provisória dispõe sobre providências no campo da saúde pública nacional, sem prejuízo da legitimação concorrente dos estados, do distrito federal e dos municípios. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio, de 24 de março de 2020e.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 42.591 Minas Gerais**. Trata-se de reclamação, com pedido de medida liminar, proposta contra decisão proferida pelo órgão especial do tribunal de justiça do estado de minas gerais, nos autos da ação declaratória de constitucionalidade nº 1.0000.20.459246 3/000, que teria violado o que decidido por esta corte na ADI 6.341 MC (redator p/ o acórdão min. Edson Fachin, tribunal pleno, julgamento em 15/4/2020). Reclamante: Município de Coronel Fabriciano. Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 9 set. 2020f.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 42.637 Minas Gerais**. Trata-se de Reclamação, com pedido de medida liminar, proposta contra decisão proferida pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, nos autos da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1.0000.20.459246 3/000, que teria violado o que decidido por esta CORTE na ADI 6.341 MC (Redator p/ o Acórdão Min. EDSON FACHIN, Pleno, julgamento em 15/4/2020). Reclamante: Município de Poço Fundo. Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 9 set. 2020g.

CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 33. Ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CIDADE da Zona da Mata de Minas registra a primeira morte pelo novo coronavírus. Belo Horizonte: ITATIAIA, 2020. Disponível em: <https://www.itatiaia.com.br/noticia/cidade-da-zona-da-mata-de-minas-registra-a-primeira-morte-por-covid-19>. Acesso em: 02 maio 2021.

CORONAVÍRUS: por que é fundamental ‘achatar a curva’ da transmissão no Brasil. [São Paulo]: BBC News Brasil, 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-51850382>. Acesso em: 16 abr. 2021.

DOWBOR, Ladislau. **O que é poder local**. São Paulo: Brasiliense, 2017.

FERREIRA, Silvio C. Sobre a eficiência de barreiras sanitárias restritivas para conter o avanço da COVID-19: Uma modelagem matemática simples. **SciELO Preprints**, São Paulo, p. 1-11, 2020. Disponível em: <https://preprints.scielo.org/index.php/scielo/preprint/view/691/version/718>. Acesso em: 31 mar. 2021.

FIGUEIRA, Marcelo Lobato; BARROS, Jones Nogueira; NEBOT, Carmem Pineda. Brasil em tempos de pandemia: o poder do poder local. **Revista de Ciências Humanas**, Viçosa, v. 19, n. 2, p. 1-18, 2019.

FURTADO, Celso. **Cultura e desenvolvimento em época de crise**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.

GALZO, Wesley. Tempo médio até morte por Covid-19 em UTIs de SP caiu 4 dias no último trimestre. **CNN Brasil**, São Paulo, 24 mar. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2021/03/24/tempo-medio-ate-morte-por-covid-19-em-utis-de-sp-caiu-4-dias-no-ultimo-trimestre>. Acesso em: 13 ago. 2021.

GARCIA, Leila Posenato; DUARTE, Elisete. Intervenções não farmacológicas para o enfrentamento à epidemia da COVID-19 no Brasil. **Epidemiologia e Serviços de Saúde**, Brasília, v. 29, n. 2, p. 1-4, 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5123/s1679-49742020000200009>. Acesso em: 11 abr. 2021.

IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **[Conheça cidades e estados do Brasil]** *Viçosa*. [S. l.]: IBGE, c2021. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/mg/vicosa/panorama>. Acesso em: 13 set. 2021.

LELIS, Davi Augusto Santana de. Direitos sem Dinheiro: do Novo Regime Fiscal à COVID-19. **Ciências Sociais Unisinos**, São Leopoldo, Vol. 56, N. 2, p.164-176, mai/ago, 2020.

LELIS, Davi Augusto Santana de. **Ensaio sobre a atuação estatal**: a política pública capaz da alteridade e uma análise do PRONAF como política pública da ética primeira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

LIMA, Amanda Carolina Ferreira de; ARAÚJO, Fabiane da Silva; SOTTILI, Luciana Adélia. Colisão de direitos fundamentais durante a pandemia causada pela COVID-19. **Revista Eletrônica da ESA/RO**, Porto Velho, v. 3, n. 3, p. 1-18, 2020.

MARRAFON, Marco Aurélio. **Federalismo cooperativo exige reciprocidade entre entes federativos**. São Paulo: ConJur, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-09/constituicao-poder-federalismo-cooperativo-exige-reciprocidade-entre-entes-federativos>. Acesso em: 16 jun. 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. Poder de polícia e segurança nacional. **Revista dos Tribunais**, v. 61,

n. 445, p. 290-291, 1972.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

MINAS GERAIS. **Decreto nº especial 113, de 12 de março de 2020**. Declara situação de emergência em Saúde Pública no Estado em razão de surto de doença respiratória - 1.5.1.1.0 - Coronavírus e dispõe sobre as medidas para seu enfrentamento, previstas na Lei Federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Minas Gerais Diário do Executivo: Belo Horizonte, col. 2, p. 1, 13 mar. 2020a.

MINAS GERAIS. **Minas Consciente**: retomando a economia do jeito certo. Belo Horizonte: Governo do Estado de Minas Gerais, 2020b. Disponível em: <https://www.mg.gov.br/minasconsciente>. Acesso em: 5 maio 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. **Guia básico para os jurisdicionados em situação de emergência ou em estado de calamidade pública**. Belo Horizonte: TCEMG, [2021]. Disponível em: <https://www.tce.mg.gov.br/MunicipioEmergencia/roteiros.shtml>. Acesso em: 13 abr. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (2º. Turma). Processo n. 5001250-43.2020.8.13.0713. Mandado de Segurança. Viação União X Município de Viçosa. 2020b.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Ação de Constitucionalidade nº 1.0000.20.459246-3/000**. medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade – lei estadual nº 13.317/1999 e deliberação nº 17/2020 do estado de minas gerais – pandemia de covid-19 – validade e eficácia das disposições restritivas estaduais – necessidade de observância pelos municípios – medida cautelar deferida. Relatora: Des. Márcia Milanez, 9 de julho de 2020c.

OHLWEILER, Leonel Pires. A vulnerabilidade no direito administrativo: perspectivas da dimensão social no exercício do poder de polícia. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 34, n. 2: 89-111, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020.

OMS - ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Coronavírus (COVID-19) Situation dashboard**. Disponível em: <https://covid19.who.int/>, acesso em 23 de setembro de 2020.

PINHEIRO, Regina. **STF reconhece competência de estados e municípios em regras de isolamento**. Brasília: Radio Senado, 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/stf-reconhece-competencia-concorrente-de-estados-df-municipios-e-uniao-no-combate-a-covid-19>. Acesso em: 27 out. 2020.

QUAL é a origem do novo coronavírus?. **G1**, [S. l.], 27 fev. 2020. Bem Estar Coronavírus. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/02/27/qual-e-a-origem-do-novo-coronavirus.ghtml>. Acesso em: 21 out. 2020.

SCHAEFER, Bruno Marques; RESENDE, Roberta Carnelos; EPITÁCIO, Sara de Sousa

Fernandes; ALEIXO, Mariah Torres. Ações governamentais contra o novo coronavírus: evidências dos estados brasileiros. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 54, n. 5, p. 1429-1445, 2020. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-76122020000501429&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122020000501429&lng=en&nrm=iso). Acesso em :11 abr. 2021.

SCHIRATO, Vitor Rhein; SCHIRATO, Sérgio Rhein. Poder de polícia em tempos de pandemia: proporcionalidade nas restrições impostas ao direito de ir e vir? Uma abordagem interdisciplinar. **Revista dos Tribunais Online**, [São Paulo], v. 4, n. 14, p. 1887-207??, 2020.

VIANA, Theyse. **Tempo médio entre início de sintomas e morte por Covid no Ceará é 10 dias maior na segunda onda**. [S. l.]: Diário do Nordeste, 2021. Disponível em: <https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/metro/tempo-medio-entre-inicio-de-sintomas-e-morte-por-covid-no-ceara-e-10-dias-maior-na-segunda-onda-1.3097493>. Acesso em: 13 ago. 2021.

VIÇOSA. **Confirma 3 casos de Covid-19**. Viçosa: Prefeitura de Viçosa, 2020a. Disponível em: <https://www.vicosamg.gov.br/detalhe-da-materia/info/vicosaconfirma3casosdecovid1982226> Acesso em: 21 out. 2020a.

VIÇOSA. **Decreto nº 5.349, de 14 de agosto de 2019**. Disciplina o uso do Sistema Viário Urbano municipal para exploração de serviço de transporte individual privado remunerado de passageiros, intermediado por aplicativos ou outras plataformas de comunicação em rede e da outras providências. Viçosa: Prefeitura de Viçosa, 2019.

VIÇOSA. **Decreto nº 5.429, de 14 de março de 2020**. Estabelece estado de “alerta” local em razão Decreto de Situação de Emergência em saúde Pública determinado pelo Estado e pelo Ministério da saúde outras providências. Viçosa: Prefeitura de Viçosa, 2020b.

VIÇOSA. **Decreto nº 5.430, de 15 de março de 2020**. Estabelece providências complementares ao estado de “alerta” local, publicado na data de 14 de março de 2020, em razão Decreto de Situação de Emergência em Saúde Pública determinado pelo Estado e pelo Ministério da Saúde outras providências. Viçosa: Prefeitura de Viçosa, 2020c.

VIÇOSA. **Decreto nº 5.432, de 16 de março de 2020**. Estabelece medidas complementares ao Decreto Municipal n. 5.340, de 15 de março de 2020, e dá outras providências. Viçosa: Prefeitura de Viçosa, 2020d.

VIÇOSA. **Decreto nº 5.439, de 20 de março de 2020**. Dispões sobre novas providencias complementares à situação de emergência em saúde pública no Município de Viçosa e dá outras providencias. Viçosa: Prefeitura de Viçosa, 2020e.

VIÇOSA. **Decreto nº 5.446, de 1 de abril de 2020**. Altera redação do Decreto n. 5.439, de 20 de março de 2020, e dá outras providencias. Viçosa: Prefeitura de Viçosa, 2020f.

VIÇOSA. **Decreto nº 5.450, de 16 de abril de 2020**. Estabelece normatização técnica e sanitária destinada aos estabelecimentos comerciais, bancários e Administração Pública Municipal durante o período de emergência em saúde pública decorrente do novo coronavírus (COVID-19) e dá outras providências. Viçosa: Prefeitura de Viçosa, 2020g.

VIÇOSA. **Decreto nº 5.458, de 20 de abril 2020**. Dispõe sobre providências complementares

ao enfrentamento da pandemia de COVID-19 e dá outras providências. Viçosa: Prefeitura de Viçosa, 2020h.

VIÇOSA. **Decreto nº 5.464, de 6 de maio de 2020.** Estabelece normatização técnica e sanitária destinada ao funcionamento do serviço de transporte coletivo municipal durante a pandemia do novo coronavírus (COVID-19) e dá outras providências. Viçosa: Prefeitura de Viçosa, 2020i.

VIÇOSA. **Decreto nº 5.472, de 20 de maio de 2020.** Prorroga a vigência das barreiras sanitárias instituídas pelo Decreto Municipal n. 5.439, de 20 de março de 202, altera dispositivo do Decreto Municipal n. 5.450 de 16 de abril de 2020 e dá outras providências. Viçosa: Prefeitura de Viçosa, 2020j.

VIÇOSA. **Decreto nº 5.523, de 31 de julho de 2020.** Estabelece normatização técnica e sanitária destinada a regulamentar o funcionamento do serviço de transporte intermunicipal de passageiros no Município de Viçosa e dá outras providências. Viçosa: Prefeitura de Viçosa, 2020k.

VIÇOSA. **Decreto nº 5.523, de 31 de julho de 2020.** Estabelece normatização técnica e sanitária destinada a regulamentar o funcionamento do serviço de transporte intermunicipal de passageiros no município de Viçosa e dá outras providências. Viçosa: Prefeitura de Viçosa, 2020l.

VIÇOSA. **Decreto nº 5.540, de 10 de setembro de 2020.** Dispõe sobre a adesão do Município de Viçosa ao Plano Minas Consciente e dá outras providências. Viçosa: Prefeitura de Viçosa, 2020m.

VIÇOSA. **Decreto nº 5.577, de 25 de novembro de 2020.** Estabelece medidas de prevenção ao contágio pela COVID-19 diante do agravamento do quarto epidemiológico local e dá outras providências. Viçosa: Prefeitura de Viçosa, 2020n.

VIÇOSA. **Decreto nº 5.584, de 3 de dezembro de 2020.** Estabelece providências de enfrentamento à COVID-19 à vista do enquadramento da Macrorregião de Saúde Leste-Sul, da qual o Município de Viçosa é integrante, na onda vermelha do Plano Minas Consciente. Viçosa: Prefeitura de Viçosa, 2020o.

VIÇOSA. Sistema Autônomo de Água e Esgoto. **Viçosa é a única cidade mineira com mais de 50 mil habitantes sem óbito por Covid-19.** Viçosa: SAAE, [2020p]. Disponível em: <http://www.saaevicosamg.gov.br/noticias/item/315-vicosamg-e-a-unica-cidade-mineira-com-mais-de-50-mil-habitantes-sem-obito-por-covid-19> Acesso em: 21 out. 2020.

VIÇOSA. **Viçosa adere ao programa estadual Minas Consciente.** Viçosa: Prefeitura de Viçosa, 2020q. Disponível em: <https://www.vicosamg.gov.br/detalhe-da-materia/info/vicosamg-adere-ao-programa-estadual-minas-consciente/82483> Acesso em 02 mar. 2021.

**Como citar:** LELIS, Davi Augusto Santana de; PIMENTA, Mariana Suelen Martins. Limites e possibilidades do Direito Administrativo municipal no contexto da COVID-19: análise do município de Viçosa-MG. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 18, n. 1, p. 127-150, mai.2023 DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v18n1p. 127. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 26/11/2021

Aceito em: 20/10/2022

## A FAZENDA PÚBLICA NA ARBITRAGEM: PECULIARIDADES E PROBLEMÁTICAS PROCESSUAIS

### THE PUBLIC POWER IN ARBITRATION: PECULIARITIES AND PROCEDURAL PROBLEMS

Sérgio Torres Teixeira\*  
Alberto Jonathas Maia\*\*

\* Magistrado desde 1991, atualmente atuando como desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região (Pernambuco). Possui graduação em direito (1990) e pós-graduação (especialização) em Direito Público (1992) e em Direito do Trabalho (1993) pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Concluiu o seu mestrado em direito (1997) e doutorado em direito (2004) pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Atualmente é professor adjunto da FDR/UFPE e da UNICAP, lecionando nos cursos de graduação, pós-graduação lato sensu, mestrado e doutorado, e é professor da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMAPE e professor, coordenador científico e Diretor da Escola Superior da Magistratura do Trabalho - ESMATRA. Desde 2013 atua como professor e coordenador do Curso de Direito da Faculdade Marista. Ocupa a cadeira n. 33 da Academia Nacional de Direito do Trabalho e a cadeira n. 02 da Academia Pernambucana de Direito do Trabalho, sendo igualmente membro do Instituto Ítalo-Brasileiro de Direito do Trabalho e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Exerce pesquisas em vários campos do direito, especialmente no âmbito do processo civil e do direito e processo do trabalho, atuando principalmente nos seguintes temas: acesso à justiça, efetividade do processo, antecipação de tutela, Justiça do Trabalho, hermenêutica processual, tutela reintegratória, discriminação laboral e assédio moral.

E-mail: sergiotteixeira@uol.com.br

\*\*Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Professor da graduação e pós-graduação da Universidade Católica de Pernambuco. Membro da Lista de árbitros da CAMES e da CMAA ACIF. Fundador do Grupo Marco Maciel de Mediação e Arbitragem (GMMA) da Universidade Católica de Pernambuco. Colaborador do Grupo de Estudos em Direito Administrativo CNPq/UNICAP. Membro da Comissão de Jovens Arbitralistas (CJA-CBMA).  
E-mail: alberto.maia@unicap.br

**Como citar:** TEIXEIRA, Sérgio Torres; MAIA, Alberto Jonathas. A Fazenda Pública na arbitragem: peculiaridades e problemáticas processuais. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 18, n. 1, p. 151-168, mai. 2023. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v18n1p.151. ISSN: 1980-511X

**Resumo:** O presente artigo visa abordar aspectos relevantes processuais envolvendo a fazenda pública no processo arbitral. Tem-se observado uma maior utilização da arbitragem envolvendo entes públicos, o que causa demanda cautelada diante de suas peculiaridades e prerrogativas. Trata-se de abordagem que parte da análise geral dos objetos de estudos em questão, quais sejam: Fazenda Pública, direito constitucional, direito processual civil, direito público e arbitragem. Metodologicamente o estudo tem referencial teórico e hipotético, utilizando posicionamento doutrinários jurisprudenciais e a legislação em vigor. Como fruto da análise, tem-se a conclusão de que muitas das prerrogativas processuais da Fazenda Pública não são aplicáveis no processo arbitral que participe em virtude da inaplicabilidade imperativa do regime processual de direito público na arbitragem.

**Palavras-chave:** fazenda pública; arbitragem; processo; prerrogativas processuais.

**Abstract:** This article aims to address relevant procedural aspects involving the public treasury in the arbitration process. There has been a greater use of arbitration involving public entities, which requires caution in view of its peculiarities and prerogatives. It is an approach that starts from the general analysis of the objects of study in question, namely: Public Treasury, constitutional law, civil procedural law, public law and arbitration. Methodologically, the study has a theoretical and hypothetical framework, using jurisprudential doctrinal positions and current legislation. As a result of the analysis, it is concluded that many of the procedural prerogatives of the Public Treasury

are not applicable in the arbitration process that participates due to the imperative inapplicability of the procedural regime of public law in arbitration.

**Keywords:** public power; arbitration; process; procedural prerogatives.

## INTRODUÇÃO

A utilização da arbitragem pela Fazenda Pública tem se tornado cada vez mais frequente no contencioso público. Propõe-se aqui, apresentar as bases para uma melhor compreensão da participação da Fazenda Pública no processo arbitral.

O processo de arbitragem não encontra seu fundamento e orientação no Código de Processo Civil brasileiro. Conquanto trate-se de norma fundamental para resolução de conflitos civis, poderemos verificar que os fundamentos processuais da Arbitragem se encontram na Constituição Federal (BRASIL, 1988) e Lei 9.307/98 (BRASIL, 1998). Dessa forma, observaremos que há perfeita compatibilidade entre o princípio do devido processo legal com a flexibilidade procedimental da arbitragem.

Dando seguimento ao estudo, analisaremos a aplicabilidade ou não das principais prerrogativas processuais da Fazenda pública na arbitragem tais como: prazos em dobro, vedação a tutelas provisórias, suspensão de liminar e remessa necessária.

Ao fim – e reforçando a proposta do estudo – apresentaremos a aplicabilidade ou inaplicabilidade de cada prerrogativa, abrindo um debate necessário ao aperfeiçoamento do sistema diante do aumento da participação da Fazenda Pública nos processos arbitrais

## 1 O GARANTISMO DO PROCESSO ARBITRAL

O processo é instituição de garantia, uma instituição a serviço dos jurisdicionados e não um instrumento a serviço do poder jurisdicional afinal, é tratado no título sobre direitos e garantias fundamentais. Além disso, as linhas mestras da estrutura do processo são traçadas pela Constituição e seja arbitral ou judicial nela é que devem buscar orientação (COSTA, 2021, p. 21).

O viés garantista do procedimento arbitral constitui sua própria essência, pois como dito requer a compreensão de que através dele serão aplicadas, diretamente ou indiretamente, as garantias estabelecidas pela Constituição. Conforme explica Selma Lemes (1992, p. 447), “não basta constatar que através do processo arbitral se garantirá a resolução do conflito, é preciso conectar a atividade de garantia que se desenvolve mediante a atividade do árbitro com o sistema das garantias processuais”. Aliás, a própria Suprema Corte entendeu, em controle difuso de constitucionalidade que a convenção de arbitragem não significa renúncia das partes ao direito fundamental da tutela jurisdicional (SE-AgR 5206 EP) (BRASIL, 2001). Ao contrário: através desse pacto processual garante-se às partes o direito à acesso a justiça.

O processo arbitral ou judicial é sistema interacional, opera-se na interação entre partes e órgão jurisdicional. Não se trata de mera relação jurídica, no processo os sujeitos do devem possuir as garantias estabelecidas na norma constitucional, mais ainda: “a constituição institui o processo; a lei infraconstitucional os procedimentos contraditorializados”. (COSTA, 2021, p. 24). Dessa forma, embora o termo usado na Lei de Arbitragem seja “procedimento arbitral”, na arbitragem há uma autêntica relação jurídica processual e, conseqüentemente, um processo arbitral.

Os atos praticados pelos sujeitos processuais coordenam-se em um procedimento, e cada um os integrantes dessa relação jurídica possui de garantias, deveres, poderes, faculdades, direitos e ônus, exercidos por meio do contraditório. De fato, há processo na arbitragem porque ao término de um procedimento a controvérsia é resolvida através de decisão jurisdicional que tem em seu conteúdo uma norma concreta, produzida por um terceiro imparcial. Nessa relação jurídica processual as partes dialogam entre si e com o árbitro para, ao fim, obter tutela jurisdicional corporificada em uma sentença tal como ocorreria no Judiciário.

Assim, entendemos que o processo arbitral é garantia e a jurisdição privada do árbitro é poder, e este só será legitimamente exercido quando observar as regras de garantia estabelecidas na Constituição (BRASIL, 1988) que inspiram e orientam também a Lei de Arbitragem (BRASIL, 1996). Essa mesma Lei, em notável alusão à Constituição (Art. 5, inc. LIV) (BRASIL, 1988) garante às partes envolvidas o devido processo, o contraditório (direito das partes, não do árbitro), a ampla defesa, a imparcialidade, liberdade e ao tratamento igualitário. Com efeito, o devido processo arbitral é, nesses termos, garantia individual contrajurisdicional à serviço das partes e presente na fase pré-processual (art. 3 e 7º), processual (art. 21 §2º) e pós-processual (art. 33, VIII) arbitragem (BRASIL, 1996).

## 2 APLICAÇÕES ESPECÍFICAS

### 2.1 AS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS

A Fazenda Pública possui um trato diferenciado nos processos judiciais. Há, o que a doutrina costumou indicar como prerrogativas processuais muitos deles inseridos no nojo do Código de Processo Civil (CPC) (BRASIL, 2015).

São exemplos dessas prerrogativas: i) prazos diferenciados (CPC, art. 183) (BRASIL, 2015); ii) remessa necessária (CPC, art. 496) (BRASIL, 2015); iii) enrijecimento para concessão de tutelas de urgência (Lei 8.437/92) (BRASIL, 1992); iv) pedido de suspensão de liminar; v); processo diferenciado de execução (CF, art. 100) (BRASIL, 1988); vi) isenção de despesas processuais (CPC, art. 27) (BRASIL, 2015); dentre outras.

Trata-se de direitos processuais garantidos para estabelecer certa igualdade diante da realidade jurídico-material na qual a Fazenda se insere, assim, “não se pode ignorar o fato de que a Administração Pública é detentora de um regime próprio, contando dentre outras características, com a supremacia do interesse público e a presunção de legitimidade de seus atos” (VIANA, 2003, p. 157). Ademais, “quando Fazenda Pública está em juízo, ela está defendendo o erário. Na realidade, aquele conjunto de receitas públicas que pode fazer face às despesas não é de responsabilidade do governando do momento” (MORAES, 2003, p. 69).

Tais prerrogativas processuais são justificáveis já que existe uma maior “necessidade de tempo para a atuação da Fazenda Pública dado o enorme tamanho de sua estrutura e os princípios constitucionais da Administração, que a vinculam” (RODRIGUES, 2016, p. 30). Com efeito, a

Administração Pública, quando é parte em ação judicial, possui determinadas prerrogativas e, por tal motivo, “sujeita-se a restrições próprias do regime jurídico administrativo, que desigualam a situação das partes nas relações processuais, sem que ocorra infringência ao princípio da isonomia, tendo em vista a natureza pública dos interesses que tutela” (DI PIETRO, 2017, p. 769).

De fato, os representantes da Fazenda podem necessitar de tempo para colher informações, comunicar-se com outros órgãos e setores de apoio para adquirir subsídios e elaborar suas manifestações de forma adequada. Nesse sentido, destaca-se que como o poder público vivencia circunstâncias peculiares, merece posicionamento processual diferenciado, com isso se reequilibrando o jogo de forças com agentes e entidades privadas. Da mesma forma alerta-se que a estrutura fazendária é muito mais complexa e burocrática se comparada a organismos particulares e “as dificuldades operacionais administrativas, em consideração à imensidão de dados que envolvem, acabam sensibilizando a necessidade de especial atenção à realidade” (PEREIRA, 2003, p. 102-103).

Tal, situação é também reforçada pela doutrina:

Essas prerrogativas não são conferidas ao Estado de forma aleatória. É evidente que a complexidade das ações a cargo do Poder Público, a quantidade de litígios em que se envolve e a imensidão das estruturas estatais não podem permitir situação de inteira igualdade entre o Estado e o particular no processo. São particularidades que, de resto, se incluem em praticamente todos os ordenamentos jurídicos. Alguns sustentam, no entanto, que as prerrogativas processuais ofendem os princípios da igualdade, da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana. Assim não nos parece, entretanto. Ostentando situações jurídicas diversas, não podem Estado e particular sujeitar-se às mesmas regras, porque, aí sim, estaria vulnerada a isonomia. Da mesma forma, não se afigura razoável tal resistência contra o ente público, que, bem ou mal, representa os interesses da coletividade. É certo que o Estado deve buscar maior eficiência na sua atividade, mas o fato de ser rodeado de ineficiências não tem o condão de afastar as particularidades processuais (CARVALHO FILHO, 2017, p. 1192).

A questão fulcral neste tópico é averiguar: as prerrogativas processuais da Fazenda Pública se aplicam ao processo arbitral? Entendemos que sim, mas apenas em determinadas circunstâncias. A esse respeito, aponta-se que atualmente “prevalece a ideia de que a maioria das prerrogativas processuais aplicáveis à Administração Pública em juízo não se aplicam ao processo arbitral” (SICA, 2016, p. 284). Realmente, o princípio constitucional do devido processo legal não conduz a aplicação automática dos ritos e regras do CPC na arbitragem.

Diferentemente do processo judicial, o arbitral sua aplicação não é obrigatória e exclusivamente regida pelas leis processuais do país sede da arbitragem (DINAMARCO, 2013, p. 47). As disposições do CPC só se aplicam na arbitragem se a Lei de Arbitragem (BRASIL, 1998) expressamente determinar, se as partes assim anuírem ou, na ausência de consenso, por decisão do árbitro (vide os art. 14, 21, 33 §1º, 36). O direito a tais prerrogativas não é absoluto, não se pode inseri-las no procedimento arbitral de maneira forçada e sem a expressa disposição legal.

A lei de arbitragem (BRASIL, 1998), não sem cautela, estabelece a órbita em que vai se

inserir a discussão objeto da arbitragem – direitos patrimoniais disponíveis –. As matérias em debate não poderão, em regra, envolver matérias sensíveis, e materialmente inegociáveis. Interesses coletivos relativos a políticas públicas ou direitos sociais não tem espaço na arbitragem. Observe-se que no âmbito dos juizados especiais onde se discutem matérias seríssimas, como questões previdenciárias, não há prazo em dobro para a prática de qualquer ato processual pelas pessoas jurídicas de direito público, inclusive para interposição de recursos (Lei 12.153/09, art. 7º) (BRASIL, 2009). Isso nos leva a crer que o ambiente processual é o que justificará a incidência ou desta ou daquela prerrogativa e em se tratando de arbitragem, qualquer prerrogativa que não advenha da própria Constituição não terá aplicabilidade obrigatória na arbitragem.

## **2.2 A APLICABILIDADE AS VEDAÇÕES LEGAIS ÀS TUTELAS PROVISÓRIAS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA**

A lei 9.307/98 (BRASIL, 1998) foi categórica em entabular que a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito. Assim sendo, aplicam-se, integralmente as limitações legais no que se refere às medidas de urgência em face da fazenda pública (SICA, 2016, p. 284-285).

A princípio, a afirmação acima pode trazer descontentamento, mas, quando observamos as vedações, constatamos que todas elas terão um potencial enfraquecido pela sua própria natureza e pela dinâmica que a arbitragem possui. É que as matérias que são objeto de vedação, em sua maioria, dizem respeito a direitos indisponíveis. Logo, sequer podem ser objeto de conflito em um processo arbitral.

De fato, não poderia cogitar, por exemplo, um conflito de arbitragem relativo a aumento ou extensão de vantagens/vencimento de servidores públicos. Esse tipo de matéria não se insere no contexto de arbitragem tanto interna quanto internacional. É conflito típico do Poder Judiciário com a participação das entidades legitimadas, sem prejuízo de que sejam aplicadas outras formas de solucioná-los utilizando-se do modelo multiportas como conciliação e mediação.

Como dito no início, a problemática que envolve a arbitragem, a Fazenda Pública e as suas respectivas medidas de urgência ainda encontra pouca análise doutrinária. Descarta-se, desde logo, qualquer afirmação simplista que diga, sem compromisso dogmático algum, que não se aplicam as leis impeditivas de medidas de urgência na arbitragem por falta de compatibilidade entre os sistemas arbitral e fazendário.

Não se pode, dentro da normatividade, advogar a possibilidade de algo – notadamente que diga respeito a coisa pública – sem designar seu fundamento normativo. Afinal, qual fundamento legal para essa ou aquela afirmação?

Dessa forma “a peculiaridade da concessão de tutela de urgência em face da Fazenda Pública, em ações individuais e coletivas, reside em suas restrições, tanto em razão do interesse público, como em razão da organização orçamentária anual” (MENDES; SILVA, 2015, p. 217). A presença da Fazenda em determinada demanda impõe uma análise cuidadosa das questões em jogo. Dito de

outro modo: autorizações ou impedimentos procedimentais ou substanciais dependem de expressa previsão legal – fonte do direito público.

Por essas breves linhas, almeja-se, a partir do que se concebe por tutelas provisórias contra Fazenda Pública, demonstrar que as ditas leis impeditivas, ou vedações legais, devem ser observadas com sobriedade e, ao mesmo tempo, sem tanto receio pelos interessados na arbitragem.

Os sujeitos internacionais e os *players* do mercado devem ser orientados que o ambiente jurídico brasileiro é plenamente fértil e seguro para arbitragem no que se refere às medidas de urgência e que suas eventuais vedações terão impacto mínimo (ou nenhum) em conflitos com entes públicos.

Como se observará, quase que a totalidade das vedações legais sequer resvalam as matérias das quais a arbitragem pode enfrentar. O caso concreto indicará a necessidade da tutela provisória. As hipóteses de vedação, como não poderiam deixar de ser, são pontuais, não havendo que se cogitar um impedimento absoluto.

Deve-se ter atenção, mas não receios excessivos. A legislação é bastante intrincada e detém um forte viés político na tentativa de proteção dos “interesses do Estado”. Aponta-se ainda que “todas essas restrições sempre estiveram ligadas a determinada conjuntura econômica. Tinham, até certo ponto, um fundo ideológico” (DIDIER JUNIOR, 2016, p. 647). De fato, desses diplomas erigiu um microsistema legal restritivo para as liminares em face da Fazenda Pública, proibindo a concessão das decisões de tutela provisória em um rol específico de temas (RIBEIRO, 2008, p. 64).

Nesse estudo, não adentraremos no antigo debate doutrinário acerca da possibilidade ou não de se conceder tutela provisória contra a Fazenda Pública. Concordamos com a ideia de que “parece não haver mais discussão sobre a possibilidade de tutela provisória em face do Poder Público, até mesmo porque existe lei que a disciplina. Se a lei veio regulá-la é porque é possível. Só não o será nas hipóteses nela mesma previstas” (DIDIER JUNIOR, 2016, p. 648).

De qualquer forma, concentremos nossas atenções para as disposições contidas nas leis 8.473/92 (BRASIL, 1992) e 9.494/97 (BRASIL, 1997).

De acordo com esse conjunto de leis, não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal (Lei nº 8.437/92, art. 1º) (BRASIL, 1992). Mais ainda, não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza (Lei 9.494/97, art. 1º) (BRASIL, 1997).

Ambos os dispositivos encontram reforço no art. 1.059 do Código de Processo Civil.

Existe outra vedação. Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação (Lei 8.437/92, §3º do art. 1º) (BRASIL, 1992). A legislação não permite decisão cautelar de cunho satisfativo. O objetivo desse tipo de pedido provisório é tão somente assegurar

o resultado da ação principal. Dessa forma, a tutela de urgência deverá demonstrar que a medida é vital para acautelar o possível direito de quem a requer, ante a iminência de dano irreversível ou de difícil reparação.

Pela interpretação dos dispositivos, é possível inferir que as vedações legais pertinentes à tutela cautelar contra a Fazenda Pública são aplicáveis à tutela antecipada e, principalmente, que todas formam um rol de hipóteses taxativas.

Se o objeto litigioso não diz respeito aos temas ali elencados, não há impedimento legal para concessão, modificação ou revogação de tutelas de urgência na arbitragem já que, tal como um magistrado, o árbitro tem o poder geral de cautela. Sim, a arbitragem é jurisdição, o árbitro tem os poderes para avaliar, instruir e julgar as questões antecedentes, incidentais e de mérito do conflito existente entre as partes. O poder geral de cautela e o poder de antecipar os efeitos tutela satisfativa é intrínseco aos próprios poderes jurisdicionais confiados pelo árbitro. Apenas o poder de forçar o cumprimento é reservado ao Judiciário (SILVA, 2003, p. 135).

Pois bem, por mais que as vedações, em si, sejam históricas e sistematicamente formas de proteção do Estado contra eventuais gastos não previstos no orçamento, sobretudo no que dizia respeito à concessão de vantagens pecuniárias, à reclassificação ou à concessão de aumentos vencimentos de servidores públicos, é inegável que elas também podem a vir de encontro com eventuais interesses de particulares e agentes econômicos privados.

Informar ao particular que, numa possível demanda contra o Estado, poderão existir vedações a medidas urgentes pode trazer à tona um possível desequilíbrio de forças. É imprescindível, portanto, reforçar que a tutela provisória contra a Fazenda é apenas uma possibilidade. Conforme se destaca, “não há, em princípio, maiores restrições à concessão da tutela provisória para obrigação de fazer, não fazer e entrega de coisa em face do Poder Público, até mesmo porque não há a exigência constitucional do precatório” (DIDIER JUNIOR, 2016, p. 633).

As vedações que visam proteções a determinados interesses do Estado foram, a propósito, objeto de questionamento perante o Supremo Tribunal Federal, com especial destaque para a ADI 1.576 e a ADC 4. Na oportunidade, entendeu-se que são admissíveis e constitucionalmente amparadas as leis restritivas, fundamentadas pelo interesse público, ao poder geral de cautela do juiz (CUNHA, 2017, p. 340).

No julgamento da declaratória, asseverou-se que, desde que fique garantido o direito a ação principal, nada impede o legislador, por interesse público, vedar, em casos específicos, a concessão de tutelas provisórias. É que, em determinadas demandas, a tutela antecipada ensejava uma ordem judicial para despesas imediatas à Fazenda Pública sem qualquer previsão orçamentária. O prejuízo poderia ser incalculável e os valores aportados poderiam, em tese, não ser mais estornados ao Tesouro Estatal em caso de improcedência do pedido principal. Os efeitos práticos dessa decisão, antecedente ou incidental, fez com que o “provisório” se tornasse “definitivo”.

Além, disso, o efeito financeiro de uma tutela provisória nas situações previstas na lei questionada poderia ensejar desordem nas contas públicas, ao arrepio, não só das disposições da legislação infraconstitucional acima mencionada, como, principalmente, do disposto constitucional

contido no art. 100 que impõe a execução do julgado via precatório.

A questão diz respeito aos interesses financeiros do Estado. Pretende-se, na prática, preservar o orçamento público previamente estabelecido por Lei. Se a medida guerreada disser respeito a uma obrigação de fazer ou não fazer, não haverá impedimento algum para que o árbitro decida e, se necessário, requisite que o Judiciário empregue esforços para efetivar a decisão em desfavor da Fazenda Pública.

Acerca das vedações aqui tratadas, a doutrina tem manifestações dignas de destaque.

Conforme se explica “embora tenha reconhecido a constitucionalidade das restrições e vedações à concessão da tutela antecipada contra o Poder Público, o STF vem conferindo interpretação restritiva ao referido dispositivo” e, com efeito, reduz “seu âmbito de abrangência para negar reclamações constitucionais em algumas hipóteses em que lhe parece cabível a medida antecipatória, mesmo para determinar o pagamento de soma em dinheiro” (CUNHA, 2017, p. 308).

As limitações legais não são uma cautela desmedida e possuem uma razão de ser compatível com a realidade financeira da União, dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios, e promove um equilíbrio do ponto de vista material, já que a medida de antecipação dos efeitos do provimento final pela cognição sumária que possam gerar prejuízos à Fazenda tem impactos diretos no orçamento e nos recursos voltados à execução de políticas públicas.

Existem situações que exigem, inevitavelmente, uma tutela provisória. Com efeito, tal como o juiz, o árbitro não pode deixar de concedê-la, ademais, “essas leis circunscrevem-se a enrijecer o pressuposto do *periculum in mora*, e não impedir a concessão da tutela de urgência. Atribui-se a elas, assim, uma força que elas não têm” (COSTA, 2011a, p. 42, grifo do autor).

Há mais. As matérias em que mais se concentram medidas de urgência contra a Fazenda Pública são as relativas à i) saúde (fornecimento de medicamentos, custeio de cirurgias complexas e tratamentos específicos em países estrangeiros etc.); ii) concurso público; iii) questões tributárias; iv) licitações (obras de infraestrutura); e v) meio ambiente. Como se observa, algumas dessas matérias sequer tangenciam à arbitrabilidade objetiva exigida para apreciação do juízo arbitral e outras não se encaixam nas hipóteses legais de vedação (COSTA, 2011b, p. 91-114).

É plenamente possível a concessão de tutela provisória no âmbito de litígios contratuais decorrentes da atividade empresarial e privada do Administração Pública. A doutrina indica que uma das matérias que justificam a concessão da liminar, no âmbito de contratos de construção, é justamente a ordem de continuidade dos serviços ou meios que possibilitem o seu correto andamento (CARRETEIRO, 2017, p. 62). A esse respeito, sob o ponto de vista da Fazenda Pública pode-se cogitar que ocorram pronunciamentos judiciais que, sob o fundamento da continuidade do serviço público, concedam medidas de urgência com o fim de evitar comprometimento da execução dos serviços.

Do que se poderá extrair da análise legislativa, doutrinária e também da prática vivenciada nos tribunais judiciais, é possível apontar que as vedações são bastante restritas e eventual impacto em processos de arbitragem será mínimo, já que os temas ali elencados não poderiam ser objeto

de litígio arbitral, não havendo que se falar em mera falta de compatibilidade entre o sistema e sim de ausência de suporte fático para que ocorra a incidência da norma. Já se ressaltou, inclusive, que, para o mercado arbitral, tais medidas “não constituirão impeditivos absolutos à concessão de liminares acautelatórias contra o Poder Público no âmbito do processo arbitral nem na forma preparatória, nem na forma incidental” (AMARAL, 2012, p. 121).

É necessário aclarar que, diante de um pedido de tutela de urgência em face da Fazenda Pública, o árbitro deve observar a solução mais justa e adequada ao caso concreto para que o direito seja preservado. Além disso, o julgador privado deve estar atento à eventual vedação legal imposta por lei. Se não for o caso, preenchidos os pressupostos, é possível a concessão de tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, em caráter antecedente ou incidental no processo de arbitragem.

Em suma, as hipóteses são taxativas, as proibições não são de caráter absoluto, a sua maioria não preenche o critério de arbitrabilidade objetiva exigida e não vedam genericamente a concessão de medidas provisórias, apenas enrijecem os seus pressupostos e têm impacto mínimo em processos arbitrais (COSTA, 2011a, p. 42).

### 2.3 A INAPLICABILIDADE DO PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR

O pedido de suspensão tem como escopo sustar o implemento de medida de urgência sustando seus efeitos com o que se desobriga a Fazenda Pública ao cumprimento de tal medida. Orienta-se que “o pedido de suspensão cabe em todas as hipóteses em que se concede tutela provisória contra a Fazenda Pública ou quando a sentença produz efeitos imediatos, por ser impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo automático”. No pedido de suspensão não se examina o mérito da controvérsia principal, “aquilatando-se, apenas, a ocorrência de lesão a interesses públicos relevantes” (CUNHA, 2017, p. 605).

É uma prerrogativa processual com escopo de proteger o interesse público enquanto não se decide, definitivamente, se assiste razão ao particular ou à Fazenda Pública.

A legislação prevê três situações para justificar o pedido de suspensão: i) manifesto interesse público; ii) flagrante ilegitimidade; iii) grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública (Lei 8.437/1992, art. 4º *caput*) (BRASIL, 1992).

Quanto à natureza, há amplo debate doutrinário que, por razões metodológicas, resumiremos em três correntes.

Uma primeira corrente entende que o pedido de suspensão é sucedâneo recursal, ou seja, não é recurso, mas faz suas vezes (ASSIS, 2016, p. 804; PEREIRA, 2003, p. 302).

Outra corrente entende que o pedido de suspensão é ato postulatório, uma ação cautelar específica “destinada a retirar da decisão sua executividade; serve, simplesmente, para suspender a decisão, mantendo-a, em sua existência, incólume. No pedido de suspensão, há uma pretensão específica à cautela pela Fazenda Pública”. Argumenta-se que tal medida contém pedido e causa de pedir e dirige-se a tutelar interesse difuso. Além disso, para essa corrente, o pedido de suspensão

não poderia ser considerado recurso já que não está no rol taxativo do art. 998 do CPC (BRASIL, 2015) e não contém efeito substitutivo do art. 1.008 do CPC (BRASIL, 2015), concluindo-se que não é possível “conferir natureza recursal, por não haver a reforma, a desconstituição nem a anulação da decisão; está se mantém íntegra, subtraindo-se tão somente os seus efeitos, sobrestando seu cumprimento” (CUNHA, 2017, p. 610).

Uma terceira corrente doutrinária indica que o pedido de suspensão é incidente processual “que se manifesta por intermédio de uma questão incidente por sua vez provocada por uma defesa impeditiva arguida por parte da Fazenda Pública” (RODRIGUES, 2017, p. 97).

Delineados os aspectos gerais do instituto analisaremos se é possível que a Fazenda Pública maneje pedido de suspensão de decisão arbitral no Judiciário competente no intuito de sustar os efeitos de decisão arbitral.

Primeiramente, deve-se levar em consideração que a decisão acerca da concessão de tutela de urgência proferida pelo árbitro em face da Fazenda Pública ou particulares não é recorrível e não pode ser objeto de análise pelo Poder Judiciário em razão do efeito negativo da convenção de arbitragem. Esse provimento urgente pode ser reconsiderado, modificado ou revogado, porém, apenas pelo próprio órgão jurisdicional que as concedeu e não pelo Poder Judiciário (Lei 9,307/98, art. 22-B) (BRASIL, 1998).

Em segundo lugar, cabe lembrar que, se o conflito procede de contrato que envolva direito patrimonial disponível, dificilmente envolverá questões de natureza indisponível. De toda forma, se for o caso, será objeto de escrutínio, primeiramente, pelo próprio árbitro e, em momento posterior, e apenas se for o caso, pelo magistrado, seguindo a sistemática da própria Lei de Arbitragem (VALENÇA FILHO, 2015, p. 118).

Os temas que justificam o manejo do pedido de suspensão são a grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas ou o interesse público (primário). Essas questões passam ao largo da arbitragem, que só é utilizada em conflitos referentes a direitos patrimoniais disponíveis.

A possibilidade de uma decisão dessa natureza ser proferida é mínima, para não dizer risível.

Diante disso, em nosso entender, dois são os óbices que tornariam o pedido de suspensão inviável e inequivocamente incabível no procedimento arbitral. Vejamos.

O primeiro diz respeito à própria arbitrabilidade da matéria. O interesse público a que se refere o legislador são os de natureza primária, que não são, em regra, objeto de análise pelos árbitros. As relações negociais conflituosas decorrentes da atividade privada do Estado que poderiam ensejar a utilização da arbitragem dificilmente podem afetar a ordem, a saúde, a segurança e a economia pública.

O segundo diz respeito à competência do árbitro ou tribunal arbitral para avaliar todas as questões que se concentram no conflito e dele decorrem. Esse provimento, exercido por órgão judicial competente, é atividade tipicamente jurisdicional e, sendo incidente processual, sucedâneo recursal ou ação cautelar autônoma, é acessório ao processo principal que tramita e pertence ao juízo arbitral. Assim, não é possível uma intervenção judicial dessa natureza. Cogitar tal manobra ou decisão judicial por ela induzida provocaria uma anômala coexistência de jurisdições sob uma

mesma demanda.

Esse expediente processual só existe e só é manejado porque há uma demanda em curso do qual é dependente e no qual o árbitro detém competência exclusiva sobre todas as questões envolvidas. O único provimento jurisdicional que pode ser ofertado nesses casos é o do árbitro e de nenhum outro órgão jurisdicional.

Como se não bastasse, caberia às Cortes Judiciais locais analisarem tal pedido e até com possível participação do Ministério Público. Isso tudo geraria uma indesejável e inaceitável interferência no processo arbitral.

Além disso, não é admissível o manejo de pedido de suspensão pela Fazenda Pública em decorrência de concessão de medida de urgência proferida por árbitro já que isso permitiria que as cortes judiciais realizassem um reexame e até revisão dos pressupostos de concessão ou mesmo de lesão ao interesse público de tal medida (*error in iudicando*), o que é absolutamente vedado em razão do efeito negativo da convenção de arbitragem (ASSIS, 2016, p. 804).

Tal movimento processual poderia configurar comportamento processual contraditório. Não existem “atalhos procedimentais” nem espaço para prerrogativas da Fazenda Pública quando uma demanda tramita na arbitragem. O pedido de suspensão é instrumento à disposição exclusivamente do Poder Público e vedada aos particulares. Utilizar-se desse expediente configuraria verdadeira desigualdade e típica situação de medida anti-arbitragem, o que é proibido no direito brasileiro (TALAMINI, 2016a, p. 148).

É bem verdade que um conflito envolvendo a Fazenda Pública ensejará reflexões e cautelas na atividade dos árbitros, mas, o direito brasileiro oferece um sólido sistema de bloqueio contra as injustificadas intervenções judiciais no processo arbitral (VALENÇA FILHO, 2015, p. 96).

Diante disso, entendemos que não é cabível o manejo de pedido de suspensão de tutela de urgência no Poder Judiciário que vise sustar a eficácia de decisão provisória arbitral em desfavor da Fazenda Pública.

## 2.4 A INAPLICABILIDADE DE PRAZO EM DOBRO

A Fazenda Pública não pode invocar ou impor prazos em dobro no procedimento arbitral com fundamento no art. 183 do CPC (SICA, 2016, p. 285).

É possível, no entanto, atender às necessidades fazendárias e de seus procuradores de forma muito mais adequada do que o processo judicial. É verdade que o CPC estipula genericamente a duplicidade de prazos, mas será que isso é suficiente para atender o interesse público?

Na arbitragem, essa questão pode ser aperfeiçoada. É possível estabelecer que, ao invés igualdade de prazos, a Fazenda Pública tenha períodos mais dilatados ou mesmo possibilidade de prorrogação das datas limites mediante justificativa prévia. Cada ato processual pode ter um prazo determinado e não necessariamente uniformizado ( $x$  dias para manifestações,  $x$  dias para produção de provas,  $x$  dias para apresentação de memoriais etc).

Não há espaço para imposição de tal prerrogativa da Fazenda no ambiente arbitral. Tudo

deve ser estabelecido em condições de igualdade e ponderação. Se os procuradores necessitarem de mais tempo para produção de determinada prova, ou pratica de qualquer outro ato, isso deverá ser estipulado no termo de arbitragem, sem que se configure sobreposição de ente público em prejuízo do particular. Tal questão, é inclusive, reforçada no seguinte sentido:

os litigantes têm autonomia para invocar suas prerrogativas processuais e exercê-las, mas possuem também possibilidade de abdicar delas, podendo renunciar as garantias processuais mínimas estabelecidas em seu favor em razão da principiologia do direito processual civil. E podem fazê-lo não apenas por negócios unilaterais, mas por convenções. De outro lado, os litigantes podem também desenhar regras do procedimento, adaptando-o as necessidades que desejam obter em termos de tutela jurisdicional e se submetendo voluntariamente ao regulamento da convenção ao invés do regramento legal. Como lembra Leonardo Cunha, a autonomia privada significa autodeterminação, autorregulação e autovinculação, podendo as partes de criar fontes normativas e definir a produção de certos efeitos sobre situações jurídicas. Esta alternativa se coloca para os litigantes em razão da autonomia que possuem de definir os contornos do próprio procedimento, que contemporaneamente não se justifica em conceitos privatistas, mas nessa nova perspectiva que reposiciona as partes como protagonistas na condução do procedimento e artífices de suas formalidades, inclusive pela celebração de negócios processuais. (CABRAL, 2016, p. 143)

Dito de outra forma: não pode o órgão fazendário invocar prazo em dobro estabelecido no art. 183 do CPC no ambiente jurisdicional privado regulado pela Lei de Arbitragem e os regimentos institucionais O CPC só se aplica na arbitragem quando a lei autoriza nesse sentido. Porém, será possível requerer uma maior periodicidade para prática de determinado ato processual. Na prática, se ficar estabelecido o prazo de 10 dias úteis para apresentação de memoriais, esse prazo não será automaticamente dobrado com relação à Fazenda. O que é pode ficar acertado é prazo de 10 dias para o particular e 20 dias (ou 15 dias, ou 30 dias) para a Fazenda, ou qualquer outra forma, mas tal estipulação é decorrente de uma convergência e não imposição.

No que se refere à intimação pessoal prevista no §1º do art. 183, não enseja maiores problemas. Caberá à Fazenda Pública indicar no termo de arbitragem o procurador ou advogado responsável para receber as notificações relativas ao procedimento de arbitragem, garantindo sempre a ciência expressa e inequívoca da prática dos atos procedimentais.

As regras procedimentais elaboradas pelas partes e árbitros, ou mesmos as estabelecidas por órgãos institucionais, é que regularão o procedimento de arbitragem, não há incidência do CPC nesse procedimento. Essa constatação leva, inclusive, a doutrina a apontar que “a Lei de Arbitragem sobrepõe-se ao Código de Processo Civil, mas só se aplica naquilo quem não haja sido disciplinado pelas próprias partes, diretamente ou mediante remissão ao regulamento de alguma instituição arbitral” (DINAMARCO, 2013, p. 46-47).

Parece-nos válido repisar que o processo arbitral não se fundamenta no Código de Processo Civil e sim na Constituição. O CPC cuida de procedimento judicial tal como a Lei de Arbitragem cuida do procedimento arbitral. Portanto, não se confundem.

Assim como já dito, dentro dos limites da coerência e razoabilidade, sem sobrelevar a Fazenda por ser ente público e nem lhe exigindo o dinamismo de um ator privado, antes de se instaurar o procedimento arbitral, será possível prescrever regras procedimentais específicas para os diferentes atos processuais, aderente às necessidades de cada contendente, sem isso enseje qualquer violação ao princípio da igualdade das partes.

## 2.5 A INAPLICABILIDADE DA REMESSA NECESSÁRIA

O instituto da remessa necessária conforme notícia histórica de Assis (2016, p. 785) remonta ao século XIV na época das ordenações afonsinas. O CPC dispõe que está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público (art. 496).

Quanto à natureza jurídica, a doutrina ainda não parece ter chegado a algum consenso. Araken de Assis (2016, p. 789), em embasada tese, aponta que a remessa oficial faz as vezes de um recurso funcionando como uma espécie de apelação *ex-officio*. Outra corrente lhe empresta natureza jurídica de condição suspensiva de eficácia da sentença (PEREIRA, 2006, p. 189; NERY JUNIOR, 2004, p. 354).

Há quem diga também que a remessa necessária é “um recurso de ofício, interposto, geralmente, na própria sentença. Essa linha de entendimento explica que a remessa necessária “é uma ordem para que os autos sejam remetidos à instância superior de segundo grau. O juiz provoca a remessa, a fim de que o tribunal promova o reexame pelo tribunal. Tanto a remessa como o reexame são necessários” (Ver: DIDIER JUNIOR, 2016, p. 400; MIRANDA, 1997, p. 164).

A remessa necessária aplica-se apenas às sentenças. Não é cabível, portanto, em decisões interlocutórias e aos acórdãos, mesmo aqueles decorrentes de órgãos de competência originária (TALAMINI, 2016b, p. 129).

Explica-se ainda que “apenas haverá coisa julgada se houver a reapreciação da decisão pelo tribunal ao qual está vinculado o juiz que a proferiu. Enquanto não for procedida a reanálise da sentença, esta não transita em julgado, não produzindo coisa julgada” (DIDIER JUNIOR, 2016, p. 405).

A remessa necessária se presta a reanalisar o mérito do que foi decidido pelo juiz singular. Nesse sentido, a súmula n. 325 do Superior Tribunal de Justiça enuncia que a remessa necessária devolve ao Tribunal o reexame de *todas* as parcelas da condenação suportadas pela Fazenda Pública, inclusive dos honorários de advogado. Ressalva-se, a toda evidência o agravamento da condenação imposta a Fazenda em razão do proibitivo do *reformatio in pejus*.

Superada essa breve análise, vamos direto ao ponto: é cabível remessa necessária da sentença arbitral condenatória em desfavor da Fazenda Pública? A resposta, para nós, é negativa, e vamos explicar.

Acerca do tema, Fredie Didier Junior e Leonardo da Cunha (2016, p. 409) explicam que,

“por se tratar de processo convencional, e não haver divisão entre instâncias, a sentença arbitral proferida contra o Poder Público não se submete à remessa necessária”. Os autores apontam ainda que “nem haveria para onde ela ser remetida”.

No que se refere à remessa necessária da sentença arbitral, “sua inaplicabilidade é manifesta, seja porque não há previsão na Lei de Arbitragem, seja porque o CPC não se aplica sequer subsidiariamente ao processo arbitral”. Além disso, não existe imperativo legal ao regime processual aplicável as demandas envolvendo a Fazenda Pública no sentido de que todas as decisões a ela contrárias seja necessariamente revistas em grau jurisdicional superior (SICA, 2016, p. 285).

No processo judicial, o primeiro e o segundo grau de jurisdição pode apreciar o mérito da demanda. É possível que, em decorrência do efeito devolutivo, a matéria seja reavaliada. Como ressalta Helio Pereira Vale (2003, p. 138), na esfera judiciária “é insuficiente a decisão prolatada pelo juízo de primeiro grau, sendo imprescindível o novo julgamento da causa pela instância superior”.

Na arbitragem, contudo, não há duplo grau de jurisdição, ao convencionar pelo uso da via privada abdica-se, via de regra, de tal garantia. Todo o mérito é apreciado em única instância e exclusivamente pelos árbitros. É processo jurisdicional desenvolvido em única instância. Não há órgão superior para reexaminar a decisão, seja para mantê-la ou reforma-la. Não há, da mesma forma, possibilidade ou imposição legal de reanálise de mérito da sentença arbitral por órgãos judiciários; a impossibilidade de aplicação dessa remessa da sentença arbitral não decorre apenas de sua irrecurribilidade, mas também pela restrição da análise do conflito ser restrita à arbitragem, consequência do efeito positivo da convenção de arbitragem.

Concluída a arbitragem, os árbitros não remeterão o procedimento para qualquer outro órgão jurisdicional. Diante disso, não é possível que a Fazenda Pública invoque tal prerrogativa para apoiar a eventual pretensão de reexaminar a decisão do árbitro, no âmbito judiciário, por meio da remessa oficial.

## CONCLUSÃO

O processo arbitral encontra seu primeiro fundamento no texto constitucional onde assegura o direito da liberdade e ao mesmo tempo o dever de respeito ao devido processo legal.

A concepção das prerrogativas processuais deve se adequar e corresponder à nova realidade dos métodos de solução de disputas. Será o ambiente processual que justificará a incidência ou não de tais prerrogativa. Além disso, é possível conceber um modelo procedimental arbitral que atenda as possibilidades do órgão fazendário garantindo que se defenda os interesses do Estado de forma muito mais ampla.

Não obstante a isso, confirmou-se que o CPC só tem influência na arbitragem nos momentos em que a própria Lei determina.

No que concerne as prerrogativas processuais concluímos pontualmente que as vedações às

tutelas provisórias contra a Fazenda Pública devem ser observadas pelo árbitro, se for o caso, mas provavelmente terão um impacto mínimo nos procedimentos arbitrais já que a sua maioria não preenche o critério de arbitrabilidade objetiva exigida e não se veda genericamente a concessão de medidas provisórias, apenas se enrijece os seus pressupostos.

Além disso, é inaplicável o pedido de suspensão de liminar já que isso permitir que as cortes judiciais realizassem um reexame dos pressupostos de concessão o que é absolutamente vedado em razão do efeito negativo da convenção de arbitragem.

É inaplicável o prazo em dobro, sem prejuízo de adaptação temporal para a prática dos atos processuais em razão das peculiaridades e sobretudo, necessidades da Fazenda Pública.

Como também é inaplicável o regime de remessa necessária à sentença arbitral pela sua natureza irrecorrível e pela restrição da análise do conflito ser restrita à arbitragem em decorrência do efeito positivo da convenção de arbitragem.

A discussão não se esgota aqui, tampouco tivemos a pretensão encerrar o debate. Pelo contrário, a doutrina, árbitros e os tribunais judiciais quando se debruçarem sobre casos concretos poderão dar a sua resposta para cada tema tratado aqui, oportunidade em que tornaremos a discutir a questão de forma mais casuística.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Paulo Osternack. **Arbitragem e administração pública**: aspectos processuais, medidas de urgência, e instrumentos de controle. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

ASSIS. Araken. **Manual dos recursos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. Congresso Nacional. Constituição de 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 126, n. 191-A, p. 1-32, 05 out. 1988.

BRASIL. Ministério da Justiça. Lei n. 12.153, de 22 de dezembro de 2009. Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 23 dez. 2009.

BRASIL. Ministério da Justiça. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 152, n. 51, p. 1, 17 mar. 2015.

BRASIL. Ministério da Justiça. Lei n. 8.437, de 30 de junho de 1992. Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 8357, 01 jul. 1992.

BRASIL. Ministério da Justiça. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1998. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1897, 24 set. 1996.

BRASIL. Ministério da Justiça. Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 20158, 11 set. 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206, Reino da Espanha**. Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis - a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida que, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação [...]. Agravante: MBV Commercial and Export Management Establishment. Agravado: RESIL Industria e Comercio LTDA. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 12 dez. 2001.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

CARRETEIRO. Mateus Aimoré. **Tutelas de urgência e processo arbitral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. São Paulo, Atlas, 2017.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. As leis “impeditivas” de liminar realmente impedem?. **Revista do Tribunal Regional Federal da 3. Região**, São Paulo, v. 107, p. 39-47, 2011a.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **O Direito-vivo das liminares**. São Paulo: Saraiva, 2011b.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Processo e Garantia**. Londrina: Thoth, 2021.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. v. 2.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. 13. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. v. 3.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem. **Princípios jurídicos fundamentais. direito brasileiro e comparado**. Revista Dos Tribunais n. 686. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Restrições à tutela de urgência em face da Fazenda Pública em demandas individuais e coletivas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 242, p. 213-223, 2015.

MIRANDA. Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. t. 5.

MORAES, José Roberto. As prerrogativas e o interesse da Fazenda Pública. *In*: SUNDFELD,

Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). **Direito processual público: a fazenda pública em juízo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p.66-78.

NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual da fazenda pública em juízo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual da Fazenda Pública em juízo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. *In*: BETO, Olavo de Oliveira; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (org.). **Princípios processuais civis na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 47-77

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Suspensão de segurança: sustação de eficácia da decisão judicial proferida contra o poder público**. 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

RODRIGUES, Marco Antonio Dos Santos. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2016.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Arbitragem e fazenda pública. *In*: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (org.). **Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 273–288

SILVA, Ovídio Batista da. **Curso de Processo Civil**. 6. ed. Revista dos Tribunais, 2003.

TALAMINI, Eduardo. Competência-competência e as medidas antiarbitrais pretendidas pela Administração Pública. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 50, p. 127-154, 2016a.

TALAMINI, Eduardo. Remessa necessária (reexame necessário). **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, v. 24, p. 2-10, 2016b.

VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **A arbitragem em juízo**. 2015. 291 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do processo em face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 2003.

**Como citar:** TEIXEIRA, Sérgio Torres; MAIA, Alberto Jonathas. A Fazenda Pública na arbitragem: peculiaridades e problemáticas processuais. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 18, n. 1, p. 151-168, mai. 2023. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v18n1p. 151. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 04/11/2021

Aceito em: 17/07/2022

**DA INCONSTITUCIONALIDADE DA  
CONDENAÇÃO AO DÉCUPLO DE CUSTAS  
PROCESSUAIS A AUTORES POPULARES E  
DIRETORES DE ASSOCIAÇÕES EM AÇÕES CIVIS  
PÚBLICAS**

THE UNCONSTITUTIONALITY OF CONDEMNATION  
TO THE TEN OF PROCEDURAL COSTS TO POPULAR  
AUTHORS AND DIRECTORS OF ASSOCIATIONS IN  
PUBLIC CIVIL ACTIONS

**Mauricio Maia\***  
**Thiago Reis Augusto Rigamonti\*\***

\*Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP, Procurador Federal.  
E-mail: mauriciomaia@uol.com.br

\*\*Advogado, Doutorando em Direito Administrativo pela PUC/SP, Mestre em Direito pela UNIMEP - Universidade Metodista de Piracicaba (núcleo de pesquisa em Direitos Difusos e Coletivos), Especialista em Direito Administrativo pela PUC/SP e em Direito Tributário pela Faculdade Damásio de Jesus. Membro da Comissão de Direito Administrativo da OAB (seção do Estado de São Paulo) e da Comissão Acadêmicos de Direito da 33ª subseção da OAB/SP (Jundiaí/SP).  
E-mail: thiago.rigamonti@gmail.com

**Como citar:** MAIA, Maurício; RIGAMONTI, Thiago Reis Augusto. Da inconstitucionalidade da condenação ao décuplo de custas processuais a autores populares e diretores de associação em ações civis públicas. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 18, n. 1, p. 169-190, mai. 2023. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v18n1p. 169. ISSN: 1980-511X.

**Resumo:** A ação popular e a ação civil pública se consubstanciam nos principais instrumentos processuais para satisfação de interesses jurídicos metaindividuais, compreendidos como aqueles que extravasam a esfera jurídica do autor da ação, que o faz, então, de maneira hábil a satisfazer anseios difusos ou coletivos da sociedade. Além de instrumentos de participação popular e de instituições organizadas no exercício do poder estatal e gestão das competências públicas, caracterizam-se pela nobreza de espírito através da qual um determinado sujeito, notadamente quando desassociado da estrutura estatal, assume a responsabilidade de propositura de ação judicial buscando interesse que não é só seu, mas, ao contrário, é de uma indeterminação de indivíduos, sem possibilidade de obter singular benefício. A gratuidade destas ações é a regra e as suas hipóteses de exceção devem merecer interpretação restrita, de molde a não subverter a ordem constitucional. O presente trabalho busca avaliar a inconstitucionalidade das previsões normativas infraconstitucionais que prevejam custeio de décuplo de custas judiciais a autores populares ou diretores de associações que promovem ações civis públicas, mediante análise de doutrina e jurisprudência, sob o método dedutivo.

**Palavras-chave:** ação popular; ação civil pública; participação popular; custas processuais; inconstitucionalidade.

**Abstract:** Popular action and public civil action are embodied in the main procedural instruments for the satisfaction of meta-individual legal rights, understood as those that go beyond the legal sphere of only the plaintiff, who so does it in a skillful way to satisfy diffuse or collective desires society. In addition to instruments of popular participation and institutions organized in the exercise of state power and management of public competences, they are characterized by the nobility of spirit through which a certain subject, notably when disassociated from the state structure, takes responsibility for proposing action seeking interest that is not only yours, but, on the contrary, is an indeterminacy of individuals, with no possibility of obtaining a singular benefit. The gratuity of these actions is the rule and their exceptional cases must merit strict interpretation, so as not to subvert the constitutional order. The present work seeks to evaluate the unconstitutionality of the infraconstitutional normative that provide for the cost of ten times the legal costs to popular authors or directors of associations that promote public civil actions, through doctrinal analysis and jurisprudence, under the deductive method.

**Keywords:** popular action; public civil action; popular participation; procedural costs; unconstitutionality.

## INTRODUÇÃO

A Constituição da República (BRASIL, 1988) prevê relevantes instrumentos para participação popular e de instituições organizadas (estatais ou não) no exercício do poder estatal e na tomada de decisões que se relacionem à coisa pública, dos quais se destacam, notadamente em virtude do objeto deste trabalho, a ação popular e a ação civil pública.

A ação popular foi assegurada enquanto garantia individual fundamental a qualquer cidadão que objetive anular ato lesivo ao patrimônio público, histórico e cultural, ao meio ambiente e à moralidade administrativa, podendo fazê-lo, destaque-se, “salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência” (BRASIL, 1988).

A ação civil pública percebeu previsão de estatura constitucional “para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (art. 129, III, Constituição Federal) (BRASIL, 1988), sob legitimidade do Ministério Público (*caput* do dispositivo), outorgando, não obstante, igual legitimidade a terceiros, conforme dispuser a lei (art. 129, § 1º, CF) (BRASIL, 1988).

E a Lei Federal n.º 7.347/1985 (BRASIL, 1985) - que disciplina a ação civil pública - reconhece legitimidade para propositura da ação civil pública a associações que estejam constituídas há mais de 01 (um) ano e detenham pertinência temática (art. 5º, V) (BRASIL, 1988) (além de também atribuir legitimidade a outros atores, notadamente públicos), regrado, tal como se dá com as ações populares, por sua gratuidade como regra, ainda que na improcedência, vetando a exigibilidade de adiantamento de custas e despesas de qualquer natureza (art. 17) (BRASIL, 1988).

Não se deve ignorar que a ação popular e a ação civil pública revelam, além de serem, como dito, relevantes instrumentos de participação popular e de efetivação da democracia - que não se limita ao sufrágio periódico -, magnânimo esforço de seu polo autor, uma vez que este assume a responsabilidade - e os custos, ainda que apenas os extrajudiciais - de ação judicial que refletirá, em sendo exitosa, benefícios à toda ou à parcela da comunidade, sem sequer fruir o autor de qualquer vantagem (patrimonial ou não) singular (isto é, distinta ou maior do que a daqueles que, igualmente beneficiados, sequer assumiram qualquer responsabilidade ou ônus atinentes à ação).

A despeito, então, de o contexto normativo da Constituição revelar indviduosos comandos pelo fomento e promoção destas espécies de ações instrumentais aos direitos e interesses metaindividuais, percebe-se, do art. 13 da Lei Federal n.º 4.717/1965 (BRASIL, 1965) - que dispõe sobre a ação popular -, o que adiante será reconhecido como risco de custeio do décuplo de custas judiciais, mesma sorte do art. 17 da Lei Federal n.º 7.347/1985 (BRASIL, 1985) - no que se relaciona à ação civil pública -, o qual, aliás, o faz até às pessoas naturais dirigentes da associação, olvidando-se do regime jurídico concernente à distinção entre as personalidades jurídicas da associação e de seus associados.

Este trabalho se predispõe, portanto, a abordar a exegese levada a efeito pela doutrina e

jurisprudência acerca da gratuidade processual e suas hipóteses de exceção nas ações populares e ações civis públicas, à luz do regime Constitucional. No primeiro capítulo serão abordados os aspectos instrumentais à satisfação do interesse público e à participação democrática atinentes a ambas as ações sob análise, seguindo-se, no segundo capítulo, aos critérios jurídicos que envolvem o regime de custas judiciais das ações populares, ultimando-se, no terceiro capítulo, com a legitimidade ativa das associações e seus reflexos ao regime jurídico das custas nas ações civis públicas.

## 1 DAS AÇÕES POPULARES E AÇÕES CIVIS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTOS DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E SATISFAÇÃO DO INTERESSE COLETIVO

É importante se registrar, de início, que o regime democrático “designa a forma de governo na qual o poder político é exercido pelo povo” (BOBBIO, 1995, p. 135), daí se distinguindo das demais formas de governo intituladas, em rigor e também à luz das lições do jurista italiano, de monarquia e aristocracia, nas quais o poder é exercido, respectivamente, por um ou por poucos (BOBBIO, 1995, p. 137)<sup>1</sup>.

Consoante sistematização bem elucidada por Dalmo de Abreu Dallari (2016), a democracia se classifica conforme seja o seu exercício direto, semidireto ou representativo, de maneira a que, respectivamente, o povo decida ativa e pessoalmente sobre as questões de estado, que ora o faça diretamente e ora mediante representantes (mescla a denominar a forma semidireta) ou que o seja exclusivamente mediante a eleição de representantes aos quais incumbirá a condução do Estado.

O regime constitucional Brasileiro nos revela a adoção tanto de instrumentos de participação direta no exercício do poder estatal, quanto de representativa, uma vez que prevê, a despeito de intensamente marcado pela realização de eleições preordenadas substanciais para a gestão da coisa pública, vias de participação direta do cidadão e de instituições na definição, fiscalização e controle de tomadas de *decisões* estatais.

O constituinte tratou, inclusive, de ser expresso neste sentido, estampando, no *caput* do art. 1º, a caracterização da República Federativa do Brasil como “Estado Democrático de Direito”, tendo como um de seus fundamentos o “pluralismo político”<sup>2</sup> e estabelecendo que, na divisão do poder, todo ele “emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (art. 1º, parágrafo único, Constituição Federal) (BRASIL, 1988).

1 “O soberano pode, em primeiro lugar, incumbir do governo a todo o povo ou à maior parte dele, de tal forma que existam mais cidadãos magistrados do que particulares. Dá-se a esta forma de governo a denominação de *democracia*. Pode ficar limitado ao governo nas mãos de poucos, de forma que existam mais simples cidadãos do que magistrados, e esta forma de governo denomina-se *aristocracia*. Finalmente, pode ficar concentrado o governo nas mãos de um único magistrado, do qual recebem o poder todos os outros. Esta forma de governo é a mais comum e denomina-se *monarquia* ou governo *real*”. (ROUSSEAU, 2016, p. 77).

2 Em se considerando que a dignidade da pessoa humana - também fundamento da República Brasileira (art. 1º, III, CF) - revela a possibilidade de o ser humano se afirmar e definir seus próprios propósitos (BARROSO, 2014, p. 81-86), tendo assim balizado inúmeras exegeses jurisprudenciais no que se relaciona ao reconhecimento de que a inescusável “prerrogativa de concertas as próprias relações jurídicas é um atributo de todo sujeito livre e racional” quanto à sua vida sexual, contratual, à propriedade e autonomia de vontade em sentido amplo (COSTA NETO, 2014, p. 139-140), também este fundamento de nosso País é fonte normativa ao regime democrático.

Além do sufrágio universal pelo voto direto e secreto, foram estabelecidas as formas diretas de exercício da soberania popular, mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular legislativa (art. 14, I, II e III), isto sem se olvidar de inúmeros outros dispositivos que asseguram a participação de cidadãos ou instituições no exercício do poder estatal dentre os direitos e garantias individuais fundamentais<sup>3</sup> e noutros capítulos<sup>4</sup> da Constituição, notadamente em matéria ambiental (MIRRA, 2010, p. 101-102), a qual representa, ao lado do patrimônio público, berço conceitual<sup>5</sup> do direito difuso objeto de ações populares e ações civis públicas.

Esta observação preliminar quanto à pertinência jurídica em se otimizar a participação popular na gestão da coisa pública se mostra oportuna, à luz de nosso regime de governo que orienta toda a exegese normativa constitucional e, por consequência lógica, também a infraconstitucional, enquanto baliza interpretativa subjacente às ações populares e ações civis públicas, mormente, quanto às últimas, quando propostas por legitimados que não componham a estrutura estatal (associações, especialmente, face ao escopo deste trabalho).

Nota-se, portanto, que, versando as ações populares e civis públicas notadamente sobre influência na gestão estatal, os seus objetos atinem, maiormente, a interesses jurídicos que extravasam os de seu proponente, isto é, que são pertencentes a toda a coletividade e não apenas aos postulantes.

As ações populares representam, então e ao seu turno, instrumento conferido a qualquer cidadão<sup>6</sup> para anular atos lesivos ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado partícipe,

<sup>3</sup> Registrem-se, por exemplo, a garantia de livre manifestação do pensamento (art. 5º, IV e IX, CF), inviolabilidade da liberdade de consciência e crença (inc. VI), acesso à informação e resguardo do sigilo da fonte (incs. XIV e XXXIII), liberdade de locomoção, reunião pacífica e de associação (incs. XV, XVI e XVII), asseguramento da legitimidade de peticionar junto ao órgão público (e obter a decorrente resposta) e de obter certidões (inc. XXXIV), acesso à Jurisdição, mediante o devido processo legal, assegurados o exercício do contraditório, ampla defesa e duração razoável do processo (incs. XXXV, LIV, LV e LXXVIII), sanção frente ao descumprimento de direitos individuais e liberdades fundamentais (inc. XLI), além das garantias processuais relativas à impetração de *habeas corpus* (inc. LXVIII), mandado de segurança contra ato de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (incs. LXIX e LXX), mandado de injunção para sanar lacuna legislativa que inviabilize exercício de direitos e liberdades constitucionais ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania (inc. LXXI), *habeas data* para assegurar conhecimento sobre informações pessoais em bancos de dados públicos ou as retificar (inc. LXXII) e ação popular, com legitimidade do cidadão para impugnar atos lesivos ao patrimônio público, histórico e cultural, à moralidade administrativa ou ao meio ambiente (inc. LXXIII). (RIGAMONTI, 2020b, p. 239-240).

<sup>4</sup> Neste sentido, destacam-se os direitos participativos de sindicatos e trabalhadores (arts. 8º, VI, e 10), de usuários de serviços públicos (art. 37, § 3º), dos setores de produção, comercialização, armazenamento e transporte, bem como dos produtores e trabalhadores, no planejamento e execução da política agrícola (art. 187), a gestão democrática da seguridade social (art. 194, VII), da saúde (art. 198, III), da assistência social (art. 204, II), da cultura (art. 216, A, X), participação de entidades não governamentais nas políticas de assistência integral à criança, adolescente e ao jovem (art. 227, § 1º), na gestão do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (art. 79, parágrafo único, ADCT) e nos Fundos de Combate à Pobreza Estaduais (art. 82, ADCT). (RIGAMONTI, 2020b, p. 243).

<sup>5</sup> “À evidência, se o meio ambiente é um bem que pertence à coletividade, indisponível e insuscetível de apropriação por quem quer que seja, e se tem no Estado um simples gestor que o administra em nome e em benefício de todos, não há como afastar a participação da sociedade na sua gestão e defesa”. (MIRRA, 2010, p. 101).

<sup>6</sup> “[...] no Estado Democrático-Participativo, consagrado na Constituição de 1988, os próprios direitos políticos ganharam maior extensão e ultrapassaram o restrito campo da capacidade eleitoral ativa e passiva, do direito de votar e ser votado, para incluir a possibilidade de ampla participação popular nos assuntos de interesse comum. No Estado da democracia participativa, os direitos de participação política são direitos que agregam, à sua expressão individual tradicional, uma dimensão coletiva e social, por intermédio da abertura de canais de participação direta de indivíduos e da participação semidireta de grupos e instituições sociais secundários. Com isso, atualiza-se, igualmente, a concepção de cidadania, entendida como *cidadania social*, expressa na participação política ativa, direta e semidireta, na vida da sociedade, e não mais apenas como cidadania política, restrita ao exercício periódico do direito político de eleger e ser eleito. Cidadão, nesse sentido, à luz do art. 1º, II, da Constituição da República, é não só o indivíduo nacional capaz de eleger os seus representantes e ser eleito, como, ainda, o indivíduo, nacional ou estrangeiro, a quem se reconhece, para além da capacidade eleitoral ativa e passiva, a capacidade de participar ativa e diretamente, individualmente, em grupo ou por meio de representantes funcionais, nos assuntos do governo e da

além de à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, com escopo de não apenas decretar a invalidade do ato impugnado, mas também condenar “ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele” (MELLO, 2019, p. 1013-1014).

Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes (2012) discorrem acerca do caráter difuso dos bens jurídicos tuteláveis em ações populares:

É um instrumento de defesa dos interesses da coletividade, utilizável por qualquer de seus membros. Por ela não se amparam direitos individuais próprios, mas, sim, interesses da comunidade. O beneficiário direto e imediato desta não é o autor; é o povo, titular do direito subjetivo ao governo honesto. O cidadão a promove em nome da coletividade, no uso de uma prerrogativa cívica que a Constituição da República lhe outorga. (MEIRELLES, WALD; MENDES, 2012, p. 174).

As ações civis públicas seguem análoga sorte, uma vez que detêm como objeto a defesa do *a)* meio ambiente, *b)* consumidor, *c)* patrimônio cultural (bens e valores artísticos, estéticos, históricos, turísticos, paisagísticos, etc.), *d)* ordem econômica, *e)* ordem urbanística, *f)* qualquer outro interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo, *g)* à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e *h)* ao patrimônio público e social (art. 1º, Lei Federal n.º 7.347/1985) (BRASIL, 1985), sendo possível a este rol se acrescer a defesa coletiva das pessoas com deficiência (Lei Federal n.º 7.853/89) (MAIA, 2018, p. 200-201), dos investidores no mercado de valores mobiliários (Lei Federal n.º 7.913/89), das crianças e adolescentes (ECA, art. 210, V), dos idosos (Lei Federal n.º 10.741/03), dentre outros (MAZZILI, 2005, p. 5).

E na compreensão do que são os direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos objeto da ação civil pública, é colaborativa a conceituação professada por Hugo Nigro Mazzili (2005):

Os interesses transindividuais (de grupo, classe ou categoria de pessoas) podem ser assim classificados: *a) difusos* (quando envolvam um grupo indeterminável de lesados, reunidos por uma situação de fato comum, tendo objeto indivisível, como o meio ambiente de uma região); *b) coletivos*, em sentido estrito (quando envolvam um grupo determinável, reunido por uma relação jurídica básica comum, tendo também um objeto indivisível, como a nulidade de uma cláusula abusiva contida num contrato de adesão); *c) individuais homogêneos* (quando envolvam um grupo determinável, reunido por uma lesão de origem comum, tendo um objeto divisível, como, por exemplo, a aquisição de um produto de série com o mesmo defeito). (MAZZILI, 2005, p. 3)

José Marcos Rodrigues Vieira (2013, p. 2) bem discorre acerca dos direitos difusos e coletivos, estabelecendo-lhes as características distintivas:

Os primeiros [difusos], mais amplos e por vezes de toda a humanidade, informais, inerentes à pura condição humana e de titularidade de pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato, além de intrinsecamente conflituosos, por sociedade”. (MIRRA, 2010, p. 212)

derivados de escolhas políticas, daí, não raro, de duração contingencial. A modificação da titularidade ativa se dá pela só mutação das circunstâncias de fato, tal como quanto aos moradores de uma determinada região. Os segundos [coletivos], menos amplos e inerentes a alguma especificidade de condição humana, relativamente informais e de titularidade de pessoas determinadas, ligadas entre si ou com a parte contrária por relação jurídica base que as constitua em grupo, categoria ou classe, a impor a pertinência temática da disputa. A modificação da titularidade ativa se dá pela adesão ou exclusão da relação jurídica base.

Evidencia-se, portanto, que tanto as ações populares, quanto as ações civis públicas integram o grupo das denominadas ações coletivas (FIGUEIREDO, 1997) - objeto de profunda conquista processual mais consentânea às necessidades contemporâneas de garantia de acesso à Justiça e à duração razoável do processo -, marcadas precisamente pela proteção ou satisfação de interesses e direitos que não pertencem apenas ao autor da ação, mas também a outros sujeitos, mesmo que indeterminados, mormente porque até ao direito difuso não se pode dizer, “exatamente porque se encontra esmaecido, não seja palpável e concreto desde logo, e que a ninguém pertença” (FIGUEIREDO, 1997, p. 36).

Há, pois, interesse público<sup>7</sup> subjacente à exegese permissiva à participação popular ou de instituições civis na gestão estatal, notadamente se mediante tutela judicial coletiva, isto é, com efeitos “erga omnes”, característica marcante das decisões judiciais proferidas em ações populares e em ações civis públicas, que não têm os seus efeitos limitados às partes da ação judicial, mas estendidos a todos aqueles a quem interesse o bem jurídico em cura.<sup>8</sup>

## 2 DO REGIME DE ISENÇÃO DE CUSTAS NAS AÇÕES POPULARES, SALVO MÁ-FÉ

Originada no Direito Romano a partir das denominadas “*actiones populares*” (RIGAMONTI, 2020a, p. 23-25), no Brasil a ação popular deteve primeira previsão normativa na Constituição do Império (MACHADO, 2018, p. 450), de 1824 (promulgada logo após a proclamação da Independência brasileira), a qual previu, em seu art. 157, espécie de ação popular na hipótese de suborno, peita, peculato ou concussão por parte de membros do então Poder Judicial.

A despeito de também prevista nas Constituições de 1934 (ainda que não com este nome),

<sup>7</sup> Ao adotar a denominação “interesse público”, registre-se, em primeiro, a ele aplicar o conceito dado por Odete Medauar (2017), a título de considerá-lo não tão somente aquele exteriorizado pelo Estado, mas o que seja fruto de ponderação inclusive sobre os interesses particulares incidentes e porventura colidentes (“o interesse público torna-se resultado do conflito e da harmonização dos interesses individuais” (MEDAUAR, 2017, p. 237), bem como a exegese que exclui uma noção de supremacia “a priori” do interesse estatal, substituindo-a pela de proporcionalidade, à luz do professado por Gustavo Binenbojm (2008) no sentido de que sempre que a própria Constituição ou a lei não houver esgotado os juízos possíveis de ponderação entre interesses públicos e privados, deve a Administração promover ponderação de todos os interesses suscetíveis de valoração constitucional buscando a sua otimização e máxima realização: “O reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituído pela Constituição e a estrutura pluralista e maleável dos princípios constitucionais inviabiliza a determinação *a priori* de uma regra de supremacia absoluta dos interesses coletivos sobre os interesses individuais ou dos interesses públicos sobre os privados” (BINENBOJM, 2008, p. 31-32).

<sup>8</sup> Neste sentido: Mirra (2010, p. 467-468), Milaré (2016, p. 282-283), Mancuso (1998, p. 26-27) e Souza (2013, p. 148).

de 1946 e de 1967, é na Constituição Federal de 1988 que se depreende o maior alcance já dado ao instituto (MACHADO, 2018, p. 450), sob a influência do intuito firme da redemocratização (NIMER, 2016, p. 131; RIGAMONTI, 2020a, p. 30-31), legitimando qualquer cidadão para proteção de variados interesses difusos (patrimônio público – em que se incluem o histórico e cultural –, moralidade administrativa e meio ambiente), “ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência” (art. 5º, LXXIII, Constituição Federal).

A Constituição, na sistematização do regime democrático, buscou facilitar a propositura de ações populares, de maneira a que o seu autor não tivesse que recolher custas judiciais, salvo má-fé, e, ainda que vencido, arcar com os ônus sucumbenciais (isto é, custas judiciárias e honorários de advogado despendidos pela parte vencedora).

Não obstante a gratuidade seja, indubiosamente, aspecto facilitador da propositura de ações populares, nem assim, frise-se, estas deixam de trazer ônus ao seu proponente, mormente porque é indispensável a contratação de advogado - o que encontra críticas na doutrina (MACHADO, 2018, p. 451) - e, conforme o caso - notadamente se em matéria ambiental -, a realização de estudos, análises ou laudos prévios, via de regra não gratuitos.

Há de se considerar que, como dantes exposto, o autor popular não logrará, ainda que vencedor, benefício singularmente suscetível de fruição (econômico ou não), mas um incremento no patrimônio público (pertencente a toda a comunidade), em que se incluem o histórico e o cultural, na moralidade administrativa ou no meio ambiente, sem que àquele seja dada benesse em qualquer nível superior que a recebida pela indeterminada coletividade, que igualmente se beneficiará do êxito da pretensão exercida individualmente pelo popular.

Sem hipocrisias, ainda que sejam muitos os cidadãos honrados e ativos em sua função cívica, em um País em desenvolvimento como o Brasil - em que a esmagadora maioria da população precisa trabalhar, e muito, para satisfazer suas necessidades, sem sobras -, cogitar que a participação cívica reclame custos ainda mais elevados (como de taxas judiciárias, por exemplo) e riscos (como de sucumbência e/ou custeio do décuplo de custas), sem recíprocos benefícios singulares, revela o desestímulo intenso à propositura de ações populares.

Mesmo no cenário atual - em que há isenção de custas e eliminação de riscos sucumbenciais, salvo má-fé - a experiência mostra grande parte de ações populares promovidas por advogados (como autores, advogando, então, em causa própria), uma vez que, então, despicienda a contratação e dispêndio a título de honorários e, mais, com o regime do Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015, art. 85, § 17), pacificou-se a possibilidade de percepção de honorários sucumbenciais em causa própria.

Daí se afirmar que “a gratuidade da ação popular é condição inafastável para tornar concreta e factível a participação do cidadão na defesa do meio ambiente pela via judicial” (MIRRA, 2010, p. 541), anotação doutrinária esta absolutamente extensível aos demais bens jurídicos tuteláveis por ação popular (patrimônio público, histórico e cultural, e moralidade administrativa).

Ocorre que, quando da promulgação da Constituição de 1988, já havia a Lei Federal n.º 4.717/1965 (BRASIL, 1965), que dispõe acerca da ação popular.

E quanto às custas atinentes à ação, referido diploma normativo previu que “As partes só pagarão custas e preparo a final” (BRASIL, 1965, art. 10), o que, cediço, apenas se aplica ao polo passivo, uma vez que o polo autor, salvo má-fé, está isento de custas judiciais, conforme parte final do inc. LXXIII, do art. 5º, da Constituição Federal.

Estampou o legislador, inclusive, que, em sendo procedente a ação, deverá se dar condenação do vencido no pagamento, “ao autor, das custas e demais despesas, judiciais e extrajudiciais, diretamente relacionadas com a ação e comprovadas, bem como o dos honorários de advogado” (BRASIL, 1965, art. 12), de maneira a reparar integralmente as despesas porventura custeadas pelo autor popular para propositura da ação, mormente as extrajudiciais, já que sobre as judiciais, como dantes visto, há ordinária isenção.

Dúvida também não há de que, se se comprovar má-fé do autor popular, este poderá ser condenado ao pagamento de custas judiciais e ônus da sucumbência, o que encontra mansa guarida entre os textos do inc. LXXIII do art. 5º, da Constituição e, em parte, do art. 13 da Lei Federal n.º 4.717/1965 (BRASIL, 1965).

A questão, então, é que o art. 13 do referido diploma infraconstitucional está bastante além do texto constitucional, estampando que se a lide for considerada temerária o autor popular poderá ser condenado ao pagamento do “décuplo” das custas (não se limitando ao pagamento simples ou não multiplicado por dez).

O agir “temerário”, nesta toada, é aquele “arrojado”, “arriscado”, “imprudente”, “infundado”, “precipitado” (TEMERARIO, c2022).

Deve se considerar, neste íterim, que a caracterização da “temeridade” de um processo judicial configura subsunção da hipótese concreta a conceito jurídico caracterizável como “indeterminado”, o qual, apesar de suscetível de determinação diante do caso concreto mediante aferição dos critérios de experiência ou de valor que o conceito emane (DI PIETRO, 2012, p. 114-116), comporta, indubitavelmente, margem na exegese a ser procedida pelo intérprete (Juiz)<sup>9</sup>.

Isto pois, valendo-se das hipóteses exemplificativas da má conduta processual contidas na norma processual geral (art. 80, CPC), vê-se a caracterização da litigância de má-fé - da qual a conduta temerária é uma das hipóteses - em circunstâncias que detêm razoável margem em sua delimitação, tais como “deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei” (inc. I), opor “resistência injustificada ao andamento do processo” (interposição de recurso, que venha a ser desprovido, enquadrar-se-ia nesta hipótese?) (inc. IV), “proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo” (inc. V), “provocar incidente manifestamente infundado” (qual a margem objetiva de distinção entre o manifestamente infundado e o apenas infundado?<sup>10</sup>) (inc.

<sup>9</sup> “A expressão conceito jurídico indeterminado, embora bastante criticável, ficou consagrada na doutrina de vários países, como Alemanha, Itália, Portugal, Espanha e, mais recentemente, no Brasil, sendo empregada para designar vocábulos ou expressões que não têm um sentido preciso, objetivo, determinado, mas que são encontrados com grande frequência nas regras jurídicas dos vários ramos do direito. Fala-se em boa-fé, bem comum, conduta irrepreensível, pena adequada, interesse público, ordem pública, notório saber, notória especialização, moralidade, razoabilidade e tantos outros. [...] Dessa característica do conceito legal indeterminado resulta outra, que é sua mutabilidade, ou seja, a possibilidade de seu significado variar no tempo e no espaço”. (DI PIETRO, 2012, p. 90).

<sup>10</sup> As provocações deste parágrafo não se pretende responder, evitando-se destoar do escopo pretendido, contudo se configuram em exemplos acerca da complexidade em uma delimitação clara dos riscos assumidos pelo autor popular, notadamente em demandas complexas contra grandes corporações (de direito público e/ou privado).

VI), etc. (BRASIL, 2015)

José Miguel Garcia Medina (2018) colabora à compreensão do instituto:

Na interpretação de regra que dispõe sobre conduta que caracterize litigância de má-fé (p. ex., art. 14 do CPC/1973, correspondente ao art. 80 do CPC/2015), deve-se observar que a “busca pela tutela jurisdicional não pode se caracterizar como litigância de má-fé, já que se reveste na efetivação do direito fundamental à proteção judiciária dos direitos”. Assim, o mero erro não caracteriza litigância de má-fé. De igual modo, o fato de a parte valer-se de argumentos fracos ou im procedentes em suas manifestações processuais não pode significar, por si só, litigância de má-fé. Há, porém, litigância de má-fé se a parte reiteradamente provoca incidentes manifestamente descabidos. A manifestação da parte contra fato admitido, no processo, como incontroverso, pode consistir em *venire contra factum proprium*. Tal comportamento contraditório é censurado pelo inc. I do art. 80 do CPC/2015. Há resistência injustificada ao andamento do processo não apenas quando a parte vencida apresenta recurso manifestamente protelatório - embora a hipótese prevista no inc. VII do art. 80 do CPC/2015 possa ser considerada desdobramento, ou exemplificação da referida no inc. IV do mesmo artigo. Considerou-se protelatório, p. ex. o recurso pela parte vencedora. (MEDINA, 2018, p. 251-252)

Evidentemente que a mera im procedência da pretensão do autor popular não pressupõe temeridade, todavia, nota-se, especialmente em demandas complexas - quanto à tecnicidade ou controvérsia jurídica - e ainda que em moderada margem, certa fluidez do conceito suscetível de culminar em regra sancionatória ao autor popular.

Quer-se dizer e em termos diretos que é possível, em tese, que uma ação judicial, que sustente tese inovadora ou contrária a entendimentos sedimentados, por exemplo, na busca da proteção do patrimônio público, histórico e cultural, moralidade administrativa ou meio ambiente, seja considerada, eventualmente, temerária por determinado jurista, enquanto por outro não (a possibilidade de divergência é caractere marcante da prática jurídica, mormente sob o ponto de vista do leigo - autor popular, em rigor - que diuturnamente assiste aos embates televisionados nas mais altas Cortes de Justiça).

E esta margem de risco ao autor popular revela, na jurisprudência, hipóteses em que o caráter temerário foi defendido pelo polo passivo da ação e, então, veio a ser enfrentado pelo Judiciário, evidenciando-se que a alegação de má-fé do autor popular é técnica de defesa (por vezes com razão, certamente) merecedora do estudo que ora se leva a efeito.

Registre-se, neste diapasão, o precedente em que o autor popular, proprietário de estabelecimento comercial e advogado, foi condenado em custear os ônus sucumbenciais da ação – tendo sido também condenado ao décuplo de custas pelo Juiz Singular, com a reforma da sentença neste aspecto – por, estando a impugnar uma placa de trânsito em via pública – situada em frente ao seu comércio –, ter sua pretensão considerada im procedente em pedido que lhe traria benefício singular:

APELAÇÃO CÍVEL. Ação popular. Município de Orândia/SP. Pretensa

condenação do ente requerido a remover placa de “estacionamento rotativo” instalada defronte a estabelecimento comercial. Sentença de primeiro grau que julgou improcedente o pedido, cominando aos autores, pela lide temerária, o pagamento do décuplo das custas iniciais em favor do ente requerido, nos termos do artigo 13, da Lei nº 4.717/65, além do pagamento das custas judiciais e despesas processuais diante da má-fé caracterizada, bem como, nessa esteira, ao pagamento de honorários advocatícios, na forma do inciso LXXIII, do artigo 5º, do Diploma Maior. 1. Mérito. Obrigação de fazer. Placa de “estacionamento de curta duração”. Remoção. Inexistência de direito subjetivo dos autores ao atendimento de sua pretensão. Poderes da Administração em prol do interesse público. Instalação de placa de “estacionamento de curta duração” (e não placa de “estacionamento rotativo”, como se alegou), que é política de trânsito. MUNICÍPIO DE ORLÂNDIA justificou com clareza hialina que instalou placas de “estacionamento de curta duração” objeto da lide, pois logrou instalar a placa em local centralizado entre diversos estabelecimentos comerciais e prestadores de serviço, facilitando, desse modo, a locomoção de clientes e usuários. 2. Lide temerária. Não ocorrência no caso. Afastamento da penalidade prevista no artigo 13, da Lei nº 4.717/65 que é medida de rigor. 3. Litigância de má-fé. Caracterização. A má-fé ficou caracterizada na hipótese, tendo em vista que os autores promoveram ação popular com cristalino intuito de atender a interesse particular, razão pela qual deve ser mantida a condenação nos ônus da sucumbência, nos termos do inciso LXXIII, do artigo 5º, do Diploma Maior. 4. Sentença minimamente reformada. Recurso voluntário dos autores provido em parte e remessa necessária, considerada interposta, parcialmente acolhida. (SÃO PAULO, 2020).<sup>11</sup>

Outros precedentes merecem destaques, tais como aquele em que, análogo ao supracitado, o autor popular buscava a invalidação de convênio que veio a substituir contrato em que detinha interesse peculiar (SÃO PAULO, 2014)<sup>12</sup>, ou aquele em que o autor popular, também político, promoveu diversas outras ações contra o polo passivo, tendo se reconhecido viés “eleitoreiro” (SÃO PAULO, 2012)<sup>13</sup>.

11 “[...] Por outro lado, deve ser afastada a condenação dos autores ao pagamento do décuplo das custas iniciais, por ter a douta juíza da causa considerado a lide temerária. [...] E por lide temerária, a meu sentir, deve ser considerada aquela promovida com flagrante intuito de causar prejuízo, extrapolando o limite do razoável, ultrapassando a zona da má-fé. Na hipótese, contudo, entendo que, ainda que os autores tenham ingressado com ação popular visando atender interesse particular e não obstante sejam conhecedores das leis, na qualidade de advogados, não vislumbro o ingresso de lide temerária, razão pela qual deve ser afastada a penalidade prevista no artigo 13, da Lei nº 4.717/65. A má-fé, todavia, está caracterizada, tendo em vista que, como se disse, os autores/apelantes moveram ação popular com cristalino intuito de atender a interesse particular, razão pela qual deve ser mantida a condenação nos ônus da sucumbência, nos termos do inciso LXXIII, do artigo 5º, do Diploma Maior. E assim tal situação resvala na falta de interesse processual para a ação popular, na modalidade adequação, eis que o autor popular parece pretender defender interesse específico seu e não defender interesses do Erário, interesses difusos ou coletivos, o meio ambiente, ao menos não primacialmente. [...]” (SÃO PAULO, 2020).

12 “AÇÃO POPULAR - Convênio firmado entre a Secretaria de Educação do Estado de São Paulo e a EMTU, empresa por ações criada por Lei como sendo ‘concessionária exclusiva’ de serviço público de transporte, sendo dispensável licitação (art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93) - Nenhum abuso ou ilegalidade, quicá lesão ao erário público Estadual foi demonstrado pelo autor - Improcedência da ação mantida, mormente quanto a apenação do ‘décuplo das custas’, diante da propositura de ação ‘manifestamente temerária’ (art. 13, da Lei nº 4.717/65) - Recurso do autor não provido. [...] Na verdade, o pleito inicial de anulação do convênio, com pedido de restabelecimento dos contratos anteriores, encontra-se apenas a acolher seu próprio prejuízo, sem qualquer demonstração da lesão ao patrimônio Estadual, como se supôs com a propositura desta ação popular, exsurgindo daí perfeitamente identificado de que se trata de ‘lide manifestamente temerária’, passível, então, do ‘pagamento do décuplo das custas’ pelo autor. [...]” (SÃO PAULO, 2014).

13 “EMENTA – Ação popular – Autor que pede a invalidação de doação a nulificação de compras licitadas e a punição dos corréus, pessoas físicas e jurídicas, nas penas de improbidade administrativa – Sentença de parcial

E referidos casos se revelam de suma pertinência em se considerando que, em contraponto e ainda que em tese, partindo da premissa de que a improcedência da ação em nada lhe caracteriza enquanto temerária, parece-nos que a satisfação de interesse próprio (remoção de placa de trânsito que lhe atinge com maior intensidade, lograr-se contratado da administração ou se promover – ainda que com viés eleitoral – enquanto cidadão combativo) não afasta o caráter igualmente difuso - isto é, suscetível de beneficiar a esfera jurídica da sociedade - da pretensão dos autores populares (adequada sinalização viária e higidez de atos administrativos de convênio ou contratação), ainda que no mérito esta tenha se mostrado infundada.

Seria o mesmo de supor temeridade, indevidamente, ao autor popular que contesta, ainda que, reitere-se, infundadamente, a gestão de uma praça pública, residindo de frente a ela; que suscita a proteção de reserva ambiental, sendo cidadão que vive de sua exploração turística; que impugna a gestão pública de terceirização, sendo concursado nas próximas vagas de classificação, etc.

O fato de o direito difuso deter potência especial na afetação da esfera jurídica do autor popular em nada retira, “per se”, a natureza metaindividual de sua pretensão.

Registre-se que o “nível” de dolo e dano (conceito com difícil mensuração objetiva) foi, inclusive, abordado por relevante precedente do Tribunal de Justiça Paulista, de forma a se reconhecer presente a má-fé para condenação do autor popular ao custeio das custas processuais e ônus da sucumbência, mas não a litigância de má-fé que caracterizaria o pagamento do décuplo daquelas (SÃO PAULO, 2019)<sup>14</sup>.

O art. 13 da Lei Federal n.º 4.717/1965 (BRASIL, 1965) vem, de fato, impondo risco de sanção ao autor popular em nível muito superior àquele permitido pela Constituição Federal de 1988 (art. 5º, inc. LXXIII), a teor do excerto doutrinário:

Apenas deve ser afastada, na hipótese de litigância de má-fé, a condenação do autor ao pagamento do décuplo das custas, prevista no mencionado art. 13 da Lei n. 4.717/1965. Isso porque tal norma foi revogada com o advento da Constituição Federal, a qual, como visto, após isentar o autor popular dos encargos decorrentes da sucumbência na rejeição da demanda, ressaltou a responsabilidade do demandante por custas, despesas processuais e honorários advocatícios na

---

procedência – Apelos dos corrêus – Arguição de nulidade da sentença, por falta de jurisdição do prolator e por vício de fundamentação – Rejeição – Juiz de outra comarca designado para auxiliar o da comarca de origem – Decurso de prazo natural entre a prolação da sentença e a remessa ao juízo do processo – Ilegitimidade ativa ‘ad causam’ do autor para a propositura de ação condenatória de atos ímprobos – Relevamento da inépcia da inicial para restringir o julgamento ao objeto da Ação Popular – Inexistência manifesta de prejuízo ao patrimônio público protegido pela lei – Ação ajuizada com nítido propósito eleitoreiro – Utilização do Judiciário para fim escuso – Sentença reformada para julgar a demanda improcedente e aplicar pena do décuplo das custas ao autor (LEI 4.717/65, art. 13) - Apelos para tais fins providos. [...] Ao contrário, limitou-se a proferir impropérios genéricos contra adversários políticos, sem a mínima preocupação de relatar a conduta concorrente de cada um para a suposta lesão ao patrimônio do Município. Tal providência era indispensável não só para possibilitar o exame da legitimidade passiva ‘ad causam’ (art. 6, caput, da Lei n.º 4.717/65), como para viabilizar a defesa dos réus, que decerto não têm como se insurgir contra acusações genéricas. [...] Aliás, não se pode deixar de registrar que o autor, [...], ingressou com várias ações judiciais contra os seus desafetos políticos (fls. 437/560), deixando claro o uso indevido do Judiciário para fins eleitoreiros, dando curso à lide manifestamente temerária, o que faz o autor se sujeitar à pena prevista no artigo 13, da LEI 4.717/65. Ante o exposto, pois, dá-se provimento aos recursos para reformar a sentença e julgar improcedente da demanda, condenando-se o autor no décuplo das custas.” (SÃO PAULO, 2012).

14 “Por outro lado, em que pese a concreta deturpação da via eleita, não vislumbro, com a clareza necessária à configuração da litigância de má-fé, dolo e dano suficientes à condenação por agir temerário. [...]” (SÃO PAULO, 2019).

configuração de má-fé processual, sem qualquer menção, porém, ao agravamento da sanção nos moldes anteriormente previstos pela norma infraconstitucional. (MIRRA, 2010, p. 542-543).

Daí não haver conclusão possível outra que não a de que o art. 13 da Lei Federal n.º 4.717/1965 (BRASIL, 1965), ao subordinar o autor popular à “Espada de Dâmocles” em nível bem superior ao risco admitido àquele que litiga de má-fé pela Constituição de 1988 (que é o de pagar as custas e os ônus sucumbenciais, e não o décuplo destas), não foi por ela recepcionado, carente de constitucionalidade.

### **3 DAS ASSOCIAÇÕES ENQUANTO LEGÍTIMAS PARA PROPOSITURA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E DO REGIME DE CUSTAS PROCESSUAIS INCIDENTE**

A ação civil pública é aquela, de estatura constitucional, prevista para a “proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (art. 129, III, Constituição Federal) (BRASIL, 1988), detendo legitimidade para propô-la o Ministério Público, o que “não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei” (BRASIL, 1988, art. 129, § 1).

Já se buscou dantes expor a relevância e a amplitude dos direitos suscetíveis de caracterização a título de difusos e coletivos, evidenciando-se, uma vez podendo estar todos amparáveis pela ação civil pública (art. 129, III, CF) (BRASIL, 1988), a amplitude do instrumento processual metaindividual, bem como a pretensão do constituinte de firmemente ampliar os seus legitimados, consoante pertinente observação de Uadi Lammêgo Bulos (2012, 1208) acerca do § 1º do art. 129 (CF): “Abre-se aqui leque enorme para a propositura de ações civis públicas, porque a legitimidade não é apenas do *Parquet*, mas de terceiros também”.

Em âmbito infraconstitucional, a Lei Federal n.º 7.347/1985 (BRASIL, 1985, art. 5º) tratou de fixar legitimidade, dentre outros – Defensoria Pública, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquia, empresa pública, fundação e sociedade de economia mista –, também a associações, desde que, concomitantemente, estejam constituídas há pelo menos 01 (um) ano (ou seja este requisito afastado pelo Juiz em virtude de manifesto interesse social) e detenham pertinência finalística com o bem jurídico cuja proteção pretendem.

Da mesma sorte, estabeleceu o legislador a gratuidade da ação no que atine a custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, inclusive não condenação em honorários e demais ônus sucumbenciais (art. 18), fixando, por outro lado, a possibilidade de, em caso de má-fé, serem condenados não apenas a associação (enquanto pessoa jurídica), mas também os seus diretores responsáveis pela propositura da ação, de maneira solidária, em honorários advocatícios e ao décuplo das custas (art. 17).

Ocorre, contudo, que a Constituição da República assegura, com vistas a prestigiar a sociedade civil organizada (MIALHE; CARVALHO, 2012, p. 154), a constituição de associações,

prevendo a liberdade de associação para fins lícitos (art. 5º, XVII), permitindo a sua criação na forma da lei, vedando-se a interferência estatal (inc. XVIII) e a compulsoriedade na dissolução (inc. XIX), na constituição ou na permanência associativa (inc. XX).

Além de a criação “juridicamente formal” das associações ser literal reflexo do texto do inciso XVIII do art. 5º, da Constituição da República (ao assegurar a constituição de associação “na forma da lei”), é de se frisar ser concepção lógica dos dispositivos retrocitados, uma vez que, se estivesse o constituinte a prescrever mera aglutinação de pessoas (sem a concepção jurídica que se dá ao instituto das “associações”), bastaria o dispositivo em que assegura o direito de reunião (inc. XVI), estando os demais inúteis, recordando-nos da impertinência em se assegurar interpretação que redunde em inocuidade do texto legal, ainda mais de um dos mais importantes capítulos do sistema jurídico nacional.

Nesta toada, as associações são pessoas jurídicas, dotadas de autonomia, que se caracterizam enquanto reunião de pessoas para exercício de finalidades não lucrativas (GONÇALVES, 2012, p. 234).

São instituídas mediante registro de seu ato constitutivo (estatuto social) (DINIZ, 2019, p. 313-316) e, como as demais pessoas jurídicas, caracterizam-se precisamente por deter autonomia em relação aos seus membros, isto é, são dotadas “de personalidade jurídica própria” e constituídas “na forma da lei para a consecução de fins comuns”, cuja “principal característica é a de que atuam na vida jurídica com personalidade diversa da dos indivíduos que as compõem” (GONÇALVES, 2012, p. 216).

Logo, as obrigações e relações jurídicas da associação importam, como pessoa jurídica autônoma, apenas a ela, não coobrigando os seus associados, via de regra, pois que detêm cada qual personalidade jurídica distinta (art. 47, Código Civil Brasileiro).

Tanto assim o é que a legislação, superveniente, inclusive, à Lei Federal n.º 7.347/1985 (BRASIL, 1985) - e, pois, hábil a derrogar seus termos neste aspecto, se necessário for assim compreender -, desta forma dispôs acerca do regime jurídico das associações (arts. 44, I, 53 e ss., do Código Civil Brasileiro), atribuindo-lhes, como haveria de ser e por não se tratar de mera reunião (assim tendo ditado a Constituição), regime jurídico de pessoa jurídica autônoma.

Como pessoa jurídica até mesmo seus débitos ou responsabilidades não se estendem, de maneira automática, aos seus sócios, uma vez que, se assim fosse, inócua estaria a autonomia de sua personalidade jurídica.

Para que sejam sócios ou associados obrigados a satisfazer deveres da pessoa jurídica é necessário rito processual específico (incidente de desconsideração de personalidade jurídica: arts. 133 e ss. do Código de Processo Civil/2015) (BRASIL, 2015), em que deverá ser comprovada, conforme o caso e no mínimo, a insolvência da pessoa jurídica (denominada teoria menor para desconsideração da personalidade da pessoa jurídica em detrimento dos sócios) ou esta cumulada ao abuso da personalidade jurídica por seus mandatários (denominada teoria maior para a desconsideração) (GONÇALVES, 2012, p. 253-254), este último pressuposto cumulativo sendo aquele adotado, como regra, para relações civis (art. 50, Código Civil).

As associações não estão subordinadas, então, a hipóteses de automática coobrigação de associados ou dirigentes, pois que cogitar tal circunstância seria retirar delas o regime jurídico de pessoa jurídica, à revelia da ordenança constitucional que determinou pudessem livremente ser constituídas “na forma da lei”.

Nesta toada, merece registro o fato de que o Supremo Tribunal Federal já considerou inconstitucional lei que aplicava direta responsabilidade de sócio por exação fiscal, pois que seria desatendimento do regime constitucional determinante da livre iniciativa privada na exploração e celebração de relações jurídicas (BRASIL, 2010):

[...] É que impor confusão entre os patrimônios da pessoa jurídica e da pessoa física no bojo de sociedade em que, por definição, a responsabilidade dos sócios é limitada, compromete um dos fundamentos do Direito de Empresa, consubstanciado na garantia constitucional da livre iniciativa, entre cujos conteúdos está a possibilidade de constituir sociedade para o exercício de atividade econômica e partilha dos resultados, em conformidade com os tipos societários disciplinados por lei, o que envolve um regime de comprometimento patrimonial previamente disciplinado e que delimita o risco da atividade econômica.

A garantia dos credores, frente ao risco da atividade empresarial, está no capital e patrimônio sociais. Daí a referência pela doutrina, inclusive, ao princípio da “intangibilidade do capital social”, a impor que este não pode ser reduzido ou distribuído em detrimento dos credores.

Tão relevante é a delimitação da responsabilidade no regramento dos diversos tipos de sociedades empresárias que o Código Civil de 2002 a disciplina, invariavelmente, no primeiro artigo do capítulo destinado a cada qual. Assim é que, abrindo o capítulo “Da sociedade Limitada”, o art. 1.052, dispõe: “Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social”.

Trata-se de dispositivo de lei ordinária, mas que regula a limitação do risco da atividade empresarial, inerente à garantia de livre iniciativa.

[...] Submeter o patrimônio pessoal do sócio de sociedade limitada à satisfação dos débitos da sociedade para com a Seguridade Social, independentemente de exercer ou não a gerência e de cometer ou não qualquer infração, inibiria demasiadamente a iniciativa privada, descaracterizando tal espécie societária e afrontando os arts. 5º, XVIII, e 170, parágrafo único, da Constituição [...] (BRASIL, 2010).

Mostra-se relevante, no mais, frisar que, efetivamente, a jurisprudência revela condenações diretas de dirigentes (isto é, sem se exaurir o patrimônio da pessoa jurídica e se evidenciar o abuso na condução da personalidade jurídica da associação), destacando-se os precedentes do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DE DIREITOS DE CONSUMIDORES - DEMANDA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA O FIM DE DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE CLÁUSULAS DE CONTRATO DE ADESÃO A GRUPOS DE CONSÓRCIOS - ACORDO SUPERVENIENTE ENTABULADO ENTRE AS PARTES E A

ASSOCIAÇÃO AGRAVANTE - decisão pela qual o acordo celebrado entre as partes não foi homologado, com destituição da associação agravante do polo ativo da ação e condenação dela e dos diretores responsáveis pela propositura da ação no décuplo das custas, por litigância de má-fé - legalidade - nulidade do acordo já confirmada por esta Câmara em acórdão anterior - acerto entre as partes que equivaleu à verdadeira desistência infundada da ação, visto que a associação agravante abriu mão de direitos que não lhe pertencem e já reconhecidos aos consumidores por decisões judiciais - aplicação, por analogia, do art. 5º, § 3º da Lei nº 7.347/85.

MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - ART. 17 DA LEI Nº 7.347/85 – CABIMENTO - associação agravante que procedeu de modo temerário ao tentar dispor de direito que não lhe pertence e atuar a fim de obter resultado desfavorável àqueles a quem deveria representar em juízo - incidência do disposto nos arts. 80, V do CPC/15 e 17 da Lei nº 7.347/1985 - condenação, todavia, que se deve se restringir à associação e aos seus diretores responsáveis pela celebração do acordo e não pelo ajuizamento da ação - observação no sentido de que a condenação não pode beneficiar a empresa agravada, visto que ela também foi responsável pelo acordo lesivo aos direitos dos consumidores - quantia que deve ser revertida em favor do fundo de que trata o art. 13 da Lei nº 7.347/1985 - decisão reformada nestes pontos - agravo parcialmente provido, com observação. (SÃO PAULO, 2019b).

Apelação - Ação civil pública - Objetivo de compelir a empresa de turismo ré a disponibilizar em seu sítio eletrônico o contrato padrão dos pacotes turísticos que anuncia, bem assim, o número de seu CNPJ - Sentença acolhendo os pedidos, mas proclamando a ilegitimidade ativa da associação autora, tida como litigante de má-fé e, assim, responsabilizada pelo pagamento de indenização a ser revertida em favor do Fundo de Defesa de Interesses Difusos - Decisão reconhecendo, outrossim, a legitimidade do Ministério Público para prosseguir no patrocínio da causa - Recurso da associação autora. Irresignação parcialmente acolhida, apenas para redefinir a sanção por litigância de má-fé, nos termos do art. 17 da Lei 7.347/85.

1. Ilegitimidade ativa e má-fé processual - Elementos dos autos não deixando dúvida de que a associação autora, cuja composição se limita aos membros da respectiva diretoria e que ajuizou mais de uma centena de ações idênticas contra empresas de turismo, age com desvio de finalidade, com o verdadeiro objetivo de obter vantagem indevida, em forma de honorários de sucumbência - Bem proclamada a ilegitimidade da associação autora e a má-fé no respectivo proceder - Decisão encontrando fundamento na regra do art. 139, III, do CPC, que atribui ao juiz o poder-dever de “prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça” - Precedentes específicos.

2. Sanção por litigância de má-fé no âmbito da ação civil pública - Art. 17 da lei 7.347/85 balizando as consequências para a hipótese de reconhecimento de má-fé processual da associação autora da ação civil pública - Normas jurídicas que preveem sanções, quer legais, quer contratuais, não comportando interpretação extensiva - Cenário diante do qual não há lugar para a aplicação das penalidades previstas no art. 81 do CPC - Consideração, ainda, de que as indenizações estabelecidas em favor do chamado Fundo de Defesa de Interesses Difusos se destinam a fins diversos, vale dizer, à “reconstituição dos bens lesados” pelos atos combatidos por meio da ação civil pública (Lei 7.347/85, art. 13) - Caso em

que, portanto, à luz do art. 17 da LACP, impõe-se substituir a indenização fixada pela sentença em favor do referido fundo pela responsabilização da autora pelo décuplo da taxa judiciária até aqui devida, incluída a correspondente ao preparo recursal, sob pena de inscrição na Dívida Ativa - Comando limitado ao valor da indenização arbitrada em primeiro grau, para que não se verifique “reformatio in pejus”. (SÃO PAULO, 2018).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Extinção sem mérito com condenação da associação autora por litigância de má-fé - Inclusão dos sócios diretores na fase de cumprimento de sentença - Exceção de pré-executividade - Alegação de ilegitimidade passiva - Acolhimento - Correção – Responsabilidade por litigância de má-fé restrita aos sócios diretores responsáveis pelo ajuizamento da ação - Previsão estatutária a atribuir responsabilidade pelo ajuizamento da ação somente ao sócio diretor - Exclusão dos demais dirigentes correta - Inteligência do art. 17 da Lei 7.347/85 – RECURSO DESPROVIDO. (SÃO PAULO, 2017).

Há de se registrar a importância das associações para assegurar a participação da sociedade civil organizada na tomada de decisões em âmbito estatal – “as ONGS devem ser encaradas, em sua essência, como estruturas voluntárias da cidadania” (MIALHE; CARVALHO, 2012, p. 154)<sup>15</sup> -, figurando o risco à pessoa natural (a despeito de sua autonomia em relação à pessoa jurídica que representa) inegável desestímulo à propositura de ação (MACHADO, 1986, p. 33-34) em que, reitera-se à luz de todo o exposto, defendem-se direitos difusos e coletivos, sem sequer se assegurar qualquer proveito singular àquele que assume os ônus (no mínimo os extrajudiciais) da pretensão judicial:

Esse dispositivo legal tem merecido críticas da doutrina, não se compreendendo, efetivamente, o porquê da severidade com que foram tratadas as organizações não governamentais legitimadas para a causa na ação civil pública, ao terem a responsabilidade pela litigância de má-fé estendida aos seus diretores, em hipótese de desconsideração “a priori” e por força de lei da personalidade jurídica da entidade, independentemente da verificação da ocorrência de abuso de direito, excesso de poder, infração da lei ou do estatuto social pelos seus representantes ou irregular encerramento de atividade ou dissolução da pessoa jurídica. [...] Parece inegável, à luz do exposto, que o benefício que o legislador concedeu às associações civis, em termos de acesso gratuito à justiça, salvo ocorrência de má-fé processual, foi em certa medida por ele próprio anulado ao estabelecer, para o caso de litigância de má-fé, a responsabilidade solidária da pessoa jurídica e de seus diretores pelo pagamento dos honorários do advogado do réu e da soma equivalente ao décuplo das custas processuais, mais indenização por perdas e danos. O caráter intimidativo da previsão legal em questão é patente e funciona

15 “A variedade e heterogeneidade das instituições encontradas sob a acepção de sociedade civil é acompanhada de inúmeras e distintas áreas de atuação dessas organizações, cuja função, sob o ponto de vista político, consiste em canalizar as vozes dos cidadãos para fazê-las chegar, de modo mais efetivo, aos centros decisórios, rechaçando, tanto quanto possível, que os dirigentes atuem em busca dos próprios interesses ou dos interesses de poucos. Por isso, diz-se que as ONGs – sobre as quais se discorre especificamente neste trabalho –, tanto quanto as organizações internacionais, têm representado, nas últimas três décadas, novos e dinâmicos atores das relações internacionais. Todavia, distintamente das organizações internacionais, aquelas são organismos que se originam da sociedade civil, mediante a associação voluntária de cidadãos” (MIALHE; CARVALHO, 2012, p. 154).

como fator de inibição das iniciativas judiciais das entidades ambientalistas em prol da proteção do meio ambiente. (MIRRA, 2010, p. 548-549).

Veja-se, pois e, neste aspecto, em conclusão, que o permissivo constitucional para associar-se pressupõe fazê-lo na forma da lei, constituindo-se, então, pessoa jurídica autônoma, prostrandose desassociado do contexto constitucional – e não recepcionado por ele – o texto normativo anterior que versa sobre diretor de associação de maneira a responsabilizá-lo pessoal, direta e solidariamente por conduta da pessoa jurídica que representa.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depreende-se que a Constituição da República, adotando como regime de governo o democrático, estampou inúmeros instrumentos, além do sufrágio universal e periódico, para viabilizar a participação popular na gestão da coisa pública e nas tomadas de decisões de Estado, mormente em se considerando que todo o poder emana do povo, que o exerce mediante representantes e também diretamente, na forma do texto constitucional.

Destacam-se as formas diretas de exercício da soberania popular - mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular legislativa (art. 14, I, II e III) -, os direitos e garantias individuais fundamentais que asseguram autonomia, participação, controle e livre manifestação do pensamento (art. 5º, IV, VI, IX, XIV, XV, XVI, XVII, XXXIII, XXXIV, XXXV, XLI, LIV, LV, LXVIII, LXIX, LXX, LXXI, LXXII, LXXIII e LXXVIII), além dos direitos participativos de cidadãos e instituições em variados núcleos de decisão estatal de interesse público (arts. 8º, VI, 10, 37, § 3º, 187, 194, VII, 198, III, 204, II, 216-A, X, e 227, § 1º, da Constituição Federal, 79, parágrafo único, e 82, ADCT) (BRASIL, 1988).

Evidencia-se, então, a pertinência da otimização das vias jurídicas de participação, e não o oposto.

Nesta toada, foram estabelecidas a ação popular e a ação civil pública enquanto relevantes instrumentos de impugnação judicial de atos de estado e de indivíduos que causem dano a bens jurídicos de interesse difuso ou coletivo, tais como patrimônio público, moralidade administrativa, meio ambiente, direito urbanístico e de etnias, etc.

A ação popular, estampada no ordenamento jurídico Brasileiro desde a Constituição do Império (BRASIL, 1824), percebeu expresso permissivo bastante amplo na Constituição Federal de 1988, o que seria, de fato, de se esperar do Constituinte inspirado na democratização, a teor do inciso LXXIII, do art. 5º, da Constituição Federal.

Todavia e em âmbito infraconstitucional, a Lei Federal n.º 4.717/1965 (BRASIL, 1965) estabelece, em seu artigo 13, risco de que o autor popular venha a custear, em caso de lide considerada temerária (isto é, de má-fé, descautelosa, manifestamente descabida, dentre outros conceitos extraíveis deste gênero), o décuplo das custas judiciais, o que representa risco enormemente maior

(em dez vezes) do que aquele delimitado pelo constituinte, o qual, prevendo a gratuidade da ação popular, excepcionou-a igualmente para a hipótese de má-fé, mas de forma simples (art. 5º, inciso LXXIII), de maneira a não recepcionar o dispositivo da lei infraconstitucional, antagônico seja ao texto literal da Constituição, seja ao seu conteúdo principiológico no sentido da otimização da participação popular.

Por conseguinte, a ação civil pública percebeu previsão também em nível constitucional, para que pudesse satisfazer, de maneira metaindividual, a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, devendo se considerar a relevância, para a democracia participativa, da legitimidade atribuída às associações – enquanto representantes da sociedade civil organizada, e não necessariamente instituição estatal constituída para este fim – para propositura destas ações (art. 129, III e § 1º).

A Constituição assegura, neste íterim, o direito de associar-se na forma da lei (art. 5º, XVII, XVIII, XIX e XX, CF), o que pressupõe, por evidente, não o mero direito de reunião (protegido em dispositivo normativo constitucional autônomo), mas a instituição formal de associação, enquanto pessoa jurídica, cuja principal característica no regime normativo brasileiro é a autonomia patrimonial de sua personalidade em comparação com a de seus membros componentes (associados ou sócios), cuja desconsideração, como regra, é excepcional e possui pressupostos a serem aferidos em procedimento judicial próprio, com garantia de contraditório e ampla defesa específicos.

Assim sendo, a Lei Federal n.º 7.347/1985 (BRASIL, 1985), ao dispor, em seu artigo 17, sobre a possibilidade de condenação direta, pessoal e solidária de dirigente de associação no décuplo das custas e em ônus sucumbenciais processuais na hipótese de má-fé quando da propositura da ação judicial pela associação, estabelecendo risco, então, à pessoa natural, absolutamente em descompasso com o regime jurídico da pessoa jurídica associação - que pressupõe autonomia de sua personalidade jurídica, pressupostos e rito específicos para se cogitar a sua desconsideração e atingimento da personalidade de associados ou dirigentes -, desatende ao regime constitucional quanto à otimização da propositura de ações civis públicas por legitimados além do Ministério Público, participação democrática na gestão da coisa pública e livre iniciativa na formação de associações sob o regime jurídico formal atribuído a pessoas jurídicas, enquanto reuniões – organizadas e na forma da lei – de pessoas para propósitos comuns e sem fins lucrativos.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2014.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. 4ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 1995.

BRASIL. Conselho de Estado. **Constituição política do império do Brasil de 25 de março de 1824**. Manda observar a Constituição Política do Império, oferecida e jurada por Sua Majestade o Imperador. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1824.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da república, 1988.

BRASIL. Presidência da República. **Lei Federal n.º 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, 2015.

BRASIL. Presidência da República. **Lei Federal n.º 4.717, de 29 de junho de 1965**. Regula a ação popular. Brasília: Presidência da República, 1965.

BRASIL. Presidência da República. **Lei Federal n.º 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Brasília: Presidência da República, 1985.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 562.276**. Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 146, III, b, da Constituição Federal, a constitucionalidade, ou não, do art. 13 da Lei nº 8.620/93, que estabeleceu a responsabilidade solidária dos sócios das empresas por quotas de responsabilidade limitada pelas dívidas junto à Seguridade Social. Relatora: Min. Ellen Gracie, 3 de novembro de 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

COSTA NETO, João. **Dignidade humana**: visão do tribunal constitucional federal alemão, do STF e do tribunal europeu. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa**. 3. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 36. ed. São Paulo: Ed. Saraiva Educação, 2019. v. 1.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento n.º 2207604-38.2016.8.26.0000**. Relator: Castro Figliolia, 23 junho. 2019b.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento n.º 2025833-93.2017.8.26.0000**. Relator: Azuma Nishi, 16 de março 2017.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação n.º 1026565-25.2015.8.26.0562**. Relator: Ricardo Pessoa de Mello Belli, 25 de junho de 2018.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação nº 1000695-25.2019.8.26.0404**. Relator: Oswaldo Luiz Palu, 19 de fevereiro 2020.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação nº 0045291-78.2011.8.26.0053**. Relator: Rebouças de Carvalho, 25 junho 2014.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação nº 0148209-67.2007.8.26.0000**. Relator: João Carlos Garcia, 15 de fevereiro 2012.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação / Remessa Necessária nº 1006958-55.2017.8.26.0271**. Relator: Marcelo Semer, 2 de dezembro 2019.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Ação civil pública, ação popular: a defesa dos interesses difusos e coletivos, posição do ministério público. **Revista de Direito Administrativo (FGV)**, Rio de Janeiro, v. 208, p. 35-53, abr./jun. 1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil*: parte geral. 10. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012. (v. 1).

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Ação civil pública e tombamento**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1986.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2018.

MAIA, Mauricio. **A configuração constitucional da acessibilidade e sua influência na propriedade imobiliária**: a acessibilidade como parte do conteúdo jurídico da função social da propriedade. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/21312/2/Maur%c3%adcio%20Maia.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2021.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

MAZZILI, Hugo Nigro. **Aspectos polêmicos da ação civil pública**. [S. l.]: Mazzili, 2005. Disponível em: <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/aspectosacp.pdf>. Acesso em: 6 jan. 2021.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 34. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2019.

MIALHE, Jorge Luís; CARVALHO, André Ricardo. O direito ao meio ambiente sadio e as organizações não governamentais (ONGS): participação democrática na tutela ambiental. *In* KIM, Richard Pae; BARROS, Sérgio Resende de; KOSAKA, Fausto Kozo Matsumoto (coord.). **Direitos fundamentais coletivos e difusos: questões sobre a fundamentalidade**. São Paulo: Ed. Verbatim, 2012.

MILARÉ, Edis. **Reação jurídica à danosidade ambiental: contribuição para o delineamento de um microssistema de responsabilidade**. 2016. Tese (Doutorado em direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/18874/2/%C3%89dis%20Milar%C3%A9.pdf>. Acesso em: 6 jan. 2021.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Participação, processo civil e defesa do meio ambiente no direito brasileiro**. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06102010-151738/pt-br.php>. Acesso em: 5 jan. 2021.

NIMER, Beatriz Lameira Carrico. **Ação popular como instrumento de defesa da moralidade administrativa**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2016.

RIGAMONTI, Thiago Reis Augusto. **Da desnecessidade da lesividade material na ação popular**. São Paulo: Ed. LiberArs, 2020a.

RIGAMONTI, Thiago Reis Augusto. Da participação pública na tomada de decisão estatal e de sua consideração na atuação decisória. *In* MOURA, Grégore Moreira de; EISAQUI, Daniel Dela Coleta (coord.). **Direito público: liberdade, igualdade e fraternidade visto por Maçons e DeMolays**. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2020b.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Ação civil pública e inquérito civil**. 5. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

TEMERARIO. *In*: DICIONÁRIO de língua portuguesa. Lisboa: Priberam Informatica, c2022. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/temerario#:~:text=1.,Arriscado%2C%20imprudente%2C%20perigoso>. Acesso em: 6 jan. 2021.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. Ação civil pública e processo coletivo. *In*: SEMINÁRIO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL DO TRIÂNGULO MINEIRO, 2. 2013, Belo Horizonte. **Anais [...]**. Belo Horizonte: TJMG, 2013. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/664/1/palVJ-ACA.pdf>. Acesso em: 6 jan. 2021.

**Como citar:** MAIA, Maurício; RIGAMONTI, Thiago Reis Augusto. Da inconstitucionalidade da condenação ao décuplo de custas processuais a autores populares e diretores de associação em ações civis públicas. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 18, n. 1, p. 169-190, mai. 2023. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v18n1p. 169. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 05/12/2021

Aceito em: 30/06/2022

## ACESSO À ÁGUA POTÁVEL PARA REDUÇÃO DE DESIGUALDADES EM TEMPOS DA COVID 19 NO BRASIL

ACCESS TO POTABLE WATER TO REDUCE INEQUALITIES IN COVID 19 TIMES IN BRAZIL

Micheli Capuano Irigaray\*  
Clovis Gorczewski\*\*

\*Doutoranda em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul – RS, Brasil). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (Santa Maria – RS, Brasil). Integrante do Grupo de Estudos Constitucionalismo Contemporâneo da UNISC e do Comitê de Gerenciamento da Bacia Hidrográfica do Rio Santa Maria. Especialização em Direito Civil e Direito Constitucional e Ambiental, pela Universidade da Região da Campanha (Bagé – RS, Brasil). Advogada.

E-mail: capgaray@gmail.com

\*\*Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul – RS, Brasil). Pós-doutor pela Universidad de Sevilla (Espanha) e pela Universidad de La Laguna (Espanha). Doutor em Direito pela Universidad de Burgos (Espanha). Líder do grupo de Pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo da UNISC. Advogado.

E-mail: clovisg@unisc.br

**Como citar:** IRIGARAY, Micheli Capuano; GORCZEWSKI, Clovis. Acesso à água potável para redução de desigualdades em tempos da COVID 19 no Brasil. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 18, n. 1, p. 191-205, mai. 2023. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v18n1p. 191. ISSN: 1980-511X

**Resumo:** A pandemia da covid-19 descortinou ainda mais as desigualdades sociais e os problemas relacionados ao saneamento e ao acesso à água potável no Brasil. O agravamento dessa realidade dá-se pelo fato do vírus ser encontrado na água e no esgoto não tratado, além do déficit de acesso. O presente ensaio visa responder se as políticas públicas de acesso à água potável podem ser um fator de redução de desigualdades sociais em tempos de pandemia? Para tanto, analisou-se o atual panorama do direito de acesso à água potável, para verificar a relação entre esse direito e a pandemia, visando propor um novo paradigma dessas políticas públicas, com acesso equitativo e universal. A metodologia utiliza a base sistêmico-complexa, conectando saberes, com procedimento de análise bibliográfica, e a técnica de fichamento. Verificou-se ao final a necessidade da mudança do paradigma do acesso à água potável para implementação de ações dentro das políticas públicas sob o amparo de uma tutela administrativa efetiva, visando a redução de desigualdades e maior proteção da vida, especialmente no momento da pandemia da covid-19, em que a água apresenta-se como elemento fundamental no auxílio da higiene, do bem-estar, da alimentação, da nutrição e da dignidade de toda coletividade.

**Palavras-chave:** água potável; Covid-19; direitos fundamentais; políticas públicas; tutela administrativa efetiva.

**Abstract:** The COVID-19 pandemic has further revealed social inequalities and problems related to sanitation and access to potable water in Brazil. The worsening of this reality is due to the fact that the virus is found in water and untreated sewage, in

addition to the lack of access. This essay aims to answer whether public policies on access to potable water can be a factor in reducing social inequalities in times of a pandemic? Therefore, the current panorama of the right of access to potable water was analyzed, to verify the relationship between this right and the pandemic, aiming to propose a new paradigm of these public policies, with equitable and universal access. The methodology uses the systemic-complex base, connecting knowledge, with bibliographic analysis procedure, and the file technique. In the end, there was a need to change the paradigm of access to potable water for the implementation of actions within public policies under the protection of effective administrative supervision, aimed at reducing inequalities and greater protection of life, especially at the time of COVID-19 pandemic, in which water is a fundamental element in helping hygiene, well-being, food, nutrition and the dignity of the entire community.

**Keywords:** potable water; Covid-19; fundamental rights; public policy; effective administrative supervision.

## INTRODUÇÃO

A perplexidade do mundo frente à pandemia da covid-19 descortinou ainda mais os cenários de desigualdades econômicas e sociais, especialmente no Brasil, como um país em desenvolvimento e, com grandes carências na área do saneamento básico e do acesso à água potável.

Apesar de consideráveis avanços, o Brasil ainda corre risco de submeter boa parte da população, em especial a das concentrações urbanas, a dificuldades de acesso à água potável, tanto pela falta de infraestrutura, aumento da população, assim como pela falta de saneamento básico adequado, grande gerador de contaminação aos recursos hídricos<sup>1</sup>. O acesso à água potável apresenta-se como um dos grandes desafios para o futuro, conforme o Plano Nacional de Segurança Hídrica de 2019 divulgado pela Agência Nacional de Águas e Saneamento.

O acesso à água potável interliga-se diretamente com as condições do saneamento básico em um reconhecimento no cenário internacional como um direito humano essencial, fundamental e universal, que deve ter seu reconhecimento pelos Estados membros da Organização das Nações Unidas (ONU), em atendimento a Resolução 64/A/RES 64/292, de 28 de julho de 2010 (ONU, 2010), como forma de garantia desse acesso a toda coletividade, em um patamar de dignidade como condição para o gozo pleno da vida e dos demais direitos humanos.

A pandemia da covid-19 descortinou ainda mais as desigualdades sociais e os problemas relacionados ao saneamento e ao acesso à água potável no Brasil. O agravamento dessa realidade dá-se pelo fato do vírus ser encontrado na água e no esgoto não tratado.

Diante dessa problemática, o presente ensaio busca uma resposta para o seguinte questionamento: se as políticas públicas de acesso à água potável podem ser um fator de redução de desigualdades em tempos da covid-19 no Brasil?

Para responder esta questão, propõe-se como objetivo geral analisar o atual panorama do direito de acesso à água potável no Brasil, e como objetivos específicos, verificar a relação entre esse direito e a pandemia, e propor um novo paradigma de políticas públicas para redução de desigualdades, com acesso equitativo e universal à água potável.

A metodologia empregada obedece ao trinômio: Teoria de Base/Abordagem, Procedimento e Técnica. Como Teoria de Base e Abordagem opta pela perspectiva sistêmico-complexa, utilizando autores com visão multidisciplinar na conexão de saberes. O procedimento utilizado consiste em análise bibliográfica (em meios físicos e digitais), e como técnica a construção de fichamentos e resumos estendidos.

O artigo está dividido em três seções: na primeira seção aborda as repercussões da falta de acesso à água potável na prevenção à covid-19; na segunda a perspectiva de tutela administrativa efetiva na universalidade do acesso à água potável no Brasil; e na terceira os desafios para redução de desigualdades no acesso à água potável no Brasil.

---

<sup>1</sup> Água é o elemento natural, descomprometido com qualquer uso ou utilização. Recurso Hídrico é a água como bem econômico, utilitário, passível de uso com tal fim. A Lei sobre a Política Nacional de Recursos Hídricos aborda a água na condição de bem econômico, de recurso hídrico (POMPEU, 2006, p. 71). Água potável é aquela apta ao consumo humano, cujos parâmetros microbiológicos, físicos, químicos e radioativos atendam ao padrão de potabilidade, bem como não ofereça riscos à saúde (AMORIM, 2015, p. 9).

## 1 REPERCUSSÕES DA FALTA DE ACESSO À ÁGUA POTÁVEL NA PREVENÇÃO À COVID-19

A água potável torna-se a cada dia mais fundamental na higienização e prevenção da transmissão do vírus covid-19, sendo essencial que todos os brasileiros tenham esse acesso, como forma de garantir a integridade, a saúde e a dignidade.

A falta de acesso à água potável apresenta-se como violação aos Direitos Humanos, conforme Nota Técnica n. 30/2020 (BRASIL, 2020) do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos – Secretaria Nacional de Proteção Global e Gabinete da Secretaria Nacional de Proteção Global. A referida Nota Técnica, identifica a violação ao Direito Humano de acesso à água potável no Brasil, e a Resolução A/RES/70/1, de 25 de setembro de 2015 (ONU, 2015), da Assembleia Geral da ONU, adota o documento resultante da cúpula das Nações Unidas para pós-2015 – Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.

O acesso à água potável vincula-se intrinsecamente ao saneamento básico, nas condições que visem garantir o abastecimento da água, de modo seguro, através de um tratamento sanitário, com esgotamento e aproveitamento da água da chuva, na promoção de serviços adequados a uma vida digna. O direito à água potável compreende seu acesso para beber e para os usos pessoais e domésticos, com acesso suficiente, seguro para a saúde, em bons índices de potabilidade e acessível economicamente, com tarifas módicas e universalidade dos serviços.

Esse posicionamento atende as Resoluções da ONU A/RES/64/292 (ONU, 2010) e A/RES/70/169 (ONU, 2010), quanto a assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e do saneamento para todos até 2030, de forma universal assegurando-se a dignidade da pessoa humana, previsto na Constituição brasileira, no artigo 1º, inciso III, vinculando-se também ao direito à saúde, à alimentação e à moradia, garantidos nos direitos sociais, assim como ao meio ambiente sustentável assegurado pelo artigo 225 do texto constitucional (BRASIL, 2019).

Gorczewski (2005, p. 17) observa que os Direitos Humanos não são meras concessões da sociedade política, mas nascem com o homem – fazendo parte de sua própria natureza e da dignidade que lhe é intrínseca, são indisponíveis e inalienáveis conforme a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

Em que pese o direito à água potável e ao saneamento estarem inseridos na Lei Federal nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997 (BRASIL, 1997), que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos do Brasil, e na Lei Federal nº. 11.445, de 5 de janeiro de 2007 (BRASIL, 2007), que estabelece as diretrizes nacionais do saneamento básico, alterada pela Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020 (BRASIL, 2020), o mesmo ainda não atinge aos princípios de universalidade no Brasil, assim como não tem garantia de acesso em caso de inadimplemento.

A desigualdade social fica clara quando o assunto é acesso à água potável e ao tratamento de esgotos no Brasil, em uma dicotomia entre a cidade formal e a informalidade, que não tem acesso a serviços básicos de infraestrutura. Nesse contexto, os dados do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS), indicam que o Sudeste tem o maior percentual de atendimento do país,

90,3% da população em relação à água e 66,6% para a coleta de esgoto. A área urbana é ainda mais privilegiada, tem 97,6% e 72,1%, respectivamente. No Norte, em média, só pouco mais da metade dos brasileiros (57,6%) pode contar com o recurso hídrico e 5,6% com o tratamento de resíduos (ANA, [2020]).

A falta de água e saneamento tem efeitos principalmente sobre a saúde da população, pois a precariedade dessas condições *eleva o índice de doenças, com forte* impacto sobre o bom desenvolvimento e educação das crianças. Essa realidade passa pelo agravamento da pandemia da covid-19.

O primeiro caso da covid-19 no Brasil foi confirmado em 26 de fevereiro de 2020, em São Paulo, sendo a epidemia declarada como emergência em saúde pública em 3 de fevereiro de 2020. Concentrada inicialmente na Região Sudeste, especialmente nas cidades de São Paulo e Rio de Janeiro, mas em vista de insuficientes ações de controle com o conseqüente aumento do contágio, a doença alastrou-se para o restante do país, com repercussões altamente negativas em termos de número de casos e mortes no Norte e Nordeste, regiões que já enfrentavam crônicos problemas de falta de infraestrutura e desigualdades.

A triste realidade reflete-se nos números de 10.517.232 casos e 254.221 óbitos confirmados em 27 de fevereiro de 2021, conforme o site do Coronavírus/Brasil em 2021. A água apresenta-se como elemento fundamental para prevenção do coronavírus no aspecto de higienização, assim como tem papel preponderante na manutenção da saúde e nutrição da população (BRASIL, [2021]).

A Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ) colocou a água no centro das preocupações na pandemia em outro contexto também, ao identificar a presença de material genético do novo coronavírus (Sars- COV – w2) em amostras do sistema de esgotos da cidade de Niterói no estado do Rio de Janeiro. Essa pesquisa foi divulgada em 28 de abril de 2020, com o intuito de acompanhar o comportamento da disseminação do vírus ao longo da pandemia da covid-19 (FIOCRUZ, 2020).

A FIOCRUZ (2020) deu início à coleta de esgoto bruto em 15 de abril de 2020, em 12 pontos georreferenciados e estrategicamente distribuídos pela cidade de Niterói, incluindo estações de tratamento de esgotos (ETEs), pontos de descarte de efluente hospitalar e rede coletora de esgotos, em diversos bairros, como de Icaraí, Jurujuba, Camboinhas, Maravista, entre outros.

Os resultados iniciais evidenciaram a propagação do novo coronavírus em amostras de esgotos em cinco dos doze pontos de coleta, sendo três poços de visita (PVs) de troncos coletores do bairro de Icaraí e nas entradas da ETE Icaraí e ETE Camboinhas utilizando como metodologia, a técnica de RT-PCR em tempo real, indicada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) (FIOCRUZ, 2020).

Esses resultados devem ampliar a preocupação com a qualidade da água, assim como descortina a necessidade de implementação de ações em políticas públicas no tratamento do esgotamento sanitário, como forma de proteção da água doce, como um recurso finito e vulnerável, essencial para sustentar a vida, o desenvolvimento e o meio ambiente.

A importância crucial da água para muitos aspectos da saúde humana, do desenvolvimento e do bem-estar integra os objetivos específicos relacionados à água no apoio a cada um dos

Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ONU, 2015). Esses 17 Objetivos foram construídos na perspectiva de uma mudança global do clima, desigualdade econômica, inovação, consumo sustentável, paz e justiça, entre outras prioridades.

O Objetivo de Desenvolvimento Sustentável da ONU número 6 refere-se a: “assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todos” (ONU, 2015), assegurado também pelo 8º Fórum Mundial da Água divulga Declaração Ministerial, que ocorreu em Brasília, com representantes de mais de 100 países reafirmando a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, Rio + 20, em seus compromissos em relação aos direitos humanos à água potável e ao saneamento, para serem progressivamente implementados para suas populações em um contexto de universalização de acesso.

A falta de acesso à água potável compromete o desenvolvimento humano, coloca em risco a saúde da população, especialmente no atual contexto da pandemia da covid-19, em decorrência do aspecto transversal do desenvolvimento sustentável. O desafio da universalização do acesso à água potável interliga-se fundamentalmente com o desafio da erradicação da pobreza, de redução de desigualdades sociais e econômicas, na promoção de uma vida digna.

Os recursos hídricos são indispensáveis para todos os seres vivos e para viver em harmonia e em equilíbrio com o planeta e seus ecossistemas, assim destaca-se a fundamentalidade da cooperação em todos os níveis e em todos os setores e partes interessadas, incluindo o compartilhamento de conhecimento, experiências e inovações para promover uma gestão sustentável da água de acordo com os objetivos da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável relacionados à água.

Nesse contexto, as repercussões pela falta de acesso à água potável apresentam-se em múltiplas dimensões, como violação a um direito humano, que compromete as condições de vida e de desenvolvimento, com agravamento pelo atual contexto da pandemia, que compromete a saúde da população.

## **2 PERSPECTIVA DE TUTELA ADMINISTRATIVA EFETIVA NA UNIVERSALIDADE DO ACESSO À ÁGUA POTÁVEL NO BRASIL**

O Brasil vivencia um cenário de desigualdades econômicas e sociais, que agravam a realidade de falta de acesso à água potável para população de baixa renda, que apresenta maior grau de vulnerabilidade, especialmente entre crianças e mulheres, com reflexos nos índices de mortalidade infantil, baixo rendimento escolar e desnutrição. Considerando a crescente permeabilidade dos pilares dessas desigualdades, não há como negar a necessidade do Estado assumir seu papel como protagonista na perspectiva de maximizar o potencial redistributivo e desenvolvimentista de ações dentro de políticas públicas que promovam o bem-estar social, pautado em uma tutela administrativa efetiva do direito de acesso à água potável.

Quanto ao acesso à água potável, os dados da Agência Nacional de Águas e Saneamento, indicam que 40% da população não atendida, possui renda de até 1 salário mínimo, sendo que 2% da população não abastecida por água potável, possui renda superior a 5 salários mínimos. Nesse

contexto, 55% dos municípios poderão ter déficit no abastecimento e 84% das cidades necessitam de investimentos urgentes. Esses dados se refletem no Plano Nacional de Segurança Hídrica, ao analisar que em 2017, foram identificadas 60,9 milhões de pessoas que vivem em cidades com menor garantia de abastecimento de água, e que no horizonte de 2035, a população total em risco sobe para 73,7 milhões de pessoas (ANA, 2019).

O Brasil possui 12% da disponibilidade de água do planeta, sendo que a região norte possui 80% da quantidade de água disponível, com concentração de apenas 5% da população brasileira, 45% da população concentra-se nas regiões próximas ao Oceano Atlântico, que possui 3% dos recursos hídricos (ANA, 2019).

Os dados do cenário brasileiro demonstram que 35 milhões de brasileiros não tem acesso à água tratada, e, em torno de 104 milhões de pessoas, não têm acesso aos serviços de coleta de esgoto, sendo que 15 mil pessoas morrem no Brasil todos os anos devido a doenças ligadas à precariedade do saneamento (ANA, 2019).

Além do cenário de grande desigualdade social, a população brasileira também enfrenta barreiras jurídicas e políticas que direcionam o acesso ao viés econômico, como demonstra recente decisão do dia 31 de agosto de 2020, em que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em apelação contra a suspensão no fornecimento do serviço de abastecimento de água pela Companhia Riograndense de Saneamento (CORSAN) proferiu decisão da terceira Câmara Cível sob Nº 70084163716 (Nº CNJ: 0054730-53.2020.8.21.7000) (RIO GRANDE DO SUL, 2020) sobre fato ocorrido na Comarca de Alvorada: “Dessa forma, haja vista o inadimplemento de débitos atuais de consumo de água potável, não evidenciada a ilegalidade na interrupção do fornecimento, pois com base no art. 40, V da Lei nº 11.445/07” (RIO GRANDE DO SUL, 2020).

Essas realidades compõem-se em um descompasso entre o direito administrativo e as transformações constitucionais em matéria de direitos fundamentais sociais, tanto com relação à ação ofensiva quanto em relação à ação omissiva da administração. A administração não deve estar contida pelas amarras da lei, quando o Direito Administrativo estiver representando um escudo protetor das liberdades individuais, em violação aos direitos humanos.

O Brasil situa-se entre os 12 países mais desiguais (IBGE, 2015), em uma realidade de contradição entre a expressiva riqueza econômica e a drástica disparidade entre as posições sociais mais privilegiadas e as menos elevadas, revelando um grande distanciamento entre a satisfação de direitos fundamentais, especialmente no atual momento de pandemia, que reforça a necessidade de classes mais vulneráveis ao acesso a bens fundamentais como a água potável.

O Estado Social de Direito, deve primar fundamentalmente por agregar a satisfação de necessidades humanas como questão fundamental a ser desempenhada pela administração pública, de forma eficiente, integral e igualitária, convertendo-se em uma tutela administrativa efetiva na implementação de ações dentro de políticas públicas de acesso à água potável. Esse posicionamento reverte-se no enquadramento do dever constitucional de promoção de um desenvolvimento igualitário em matéria de direitos fundamentais sociais.

Pela fundamentalidade do direito de acesso à água potável, verifica-se a necessidade de

implementação de ações dentro das políticas públicas, pautadas em uma tutela administrativa efetiva, para transpor o atual paradigma de desigualdades e omissões administrativas, para direcionar-se a um mínimo de igualdade na distribuição dos direitos sociais, reduzindo-se desigualdades sociais, para uma gestão mais solidária e democrática (HACHEM, 2014, p. 544).

O desenvolvimento social igualitário identifica-se com o posicionamento de um Direito Administrativo Social, com a implementação de ações estruturais necessárias para modificação de realidades socioeconômicas de vulnerabilidades extremas, e condições de sustentabilidade para a manutenção do incremento da qualidade no melhoramento de vida da população, que efetivamente assegurem o bem-estar físico, psíquico e espiritual (HACHEM, 2014, p. 119). Assim a concepção de desenvolvimento e igualdade, deve transpor o contexto calcado apenas no econômico, para entrelaçar-se ao âmbito social e político, em transformações que possibilitem mudanças qualitativas, para elevação do bem-estar de toda coletividade, em um padrão de universalização de acesso e condições de dignidade.

Segundo Hachem (2014, p. 321), os efeitos jurídicos desencadeados pelo reconhecimento do direito fundamental à tutela administrativa efetiva fundam-se nos princípios jurídicos, de alcance geral das disposições constitucionais, e de incidência das normas de direitos fundamentais, no sentido de que a Administração deve estar impulsionada pelas ordens da Constituição, no sentido de efetivar direitos fundamentais e não de ofendê-los.

Nesse contexto, Schier (2020, p. 17) observa que a Administração Pública, deverá pautar-se por uma tutela administrativa efetiva adequando-se às premissas da democracia, à garantia dos direitos fundamentais e à ampliação dos atores nos processos decisórios da esfera pública, visando implementar soluções consensuais, prestigiando-se o nível local, fomentando-se os processos colaborativos, em uma lógica de relações voluntárias e horizontalizadas para universalização do acesso à água potável a toda coletividade, com eficiência e qualidade desse serviços públicos fundamental.

Assim a tutela administrativa efetiva apresenta-se como instrumento para que o Brasil tenha condições de atingir o patamar de universalidade do acesso à água potável, enquadrando-se nos objetivos da Agenda de 2030. Os objetivos da Agenda de 2030 representam os anseios de 193 Estados-membros da ONU, no sentido de erradicação da pobreza em todas as suas formas e dimensões, incluindo a pobreza extrema, como maior desafio global para um desenvolvimento sustentável (PLATAFORMA..., 2020).

Uma tutela administrativa efetiva pautada no dever-poder do Estado Social e Democrático de Direito, apresenta-se como perspectiva para um desenvolvimento como igualdade, visando satisfazer as necessidades da geração atual, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazerem as suas próprias necessidades, disponibilizando o acesso seguro à água potável e ao saneamento, como forma de igualdade, e de um desenvolvimento sustentável na dimensão ambiental, econômica e social, para promoção da dignidade humana e de todo ecossistema.

### 3 DESAFIOS PARA REDUÇÃO DE DESIGUALDADES NO ACESSO À ÁGUA POTÁVEL NO BRASIL

A escassez de água afeta mais de 40% da população mundial, conforme dados divulgados na Plataforma da Agenda de 2030, dos Objetivos Sustentáveis, tendo como maiores desafios, apoiar e fortalecer a participação das comunidades locais, para melhorar a gestão da água e do saneamento, ampliar a cooperação internacional e o apoio ao desenvolvimento de capacidades para os países em desenvolvimento em atividades e programas relacionados à água e ao saneamento, incluindo a coleta de água, a dessalinização, a eficiência no uso da água, o tratamento de efluentes, a reciclagem e as tecnologias de reuso (PLATAFORMA..., 2020).

Os indicadores dos objetivos da Agenda de 2030 foram ratificados pelo Brasil, visando, também, melhorar a qualidade da água, reduzir a poluição, eliminar despejos minimizando a liberação de produtos químicos e materiais perigosos, reduzir à metade a proporção de águas residuais não tratadas, e aumentar substancialmente a reciclagem e reutilização segura globalmente da água, como instrumentos de direcionamento da ampliação na eficiência de uma tutela administrativa efetiva na prestação dos serviços públicos de acesso à água potável, com modicidade de tarifas, de forma integral e igualitária, para atingir um acesso universalizado.

Assim, a Agenda de 2030 apresenta-se com indicador para um desenvolvimento apoiado em estratégias potenciais para aprimorar os meios de implementação de usos sustentáveis da água. Desenvolver e compartilhar soluções para universalidade do acesso à água potável e ao saneamento apresenta-se como desafio que deve contar com apoio da pesquisa e inovação, aprimorando-se a cooperação em capacitação e transferência de tecnologia e outros meios de implementação, repensando o papel do direito e da política para valorização das forças sociais que amplie o atual cenário de participação.

O direito está sendo demandado a apresentar novas respostas, com a necessidade de repensar as políticas públicas de acesso à água potável, no sentido de garantir esse direito humano fundamental, enquanto tutela efetiva, com vedação de retrocesso, em uma perspectiva de reorganização do serviço público de abastecimento. As políticas públicas de acesso à água potável devem estar inseridas em um contexto democrático de tutela administrativa efetiva, impondo-se à administração pública o dever de realizar espontaneamente e na máxima medida direitos fundamentais.

Os desafios para redução de desigualdades no acesso à água potável interligam-se à necessidade de universalidade do direito de acesso, com a adoção de todas as técnicas e procedimentos administrativos adequados, privilegiando a via administrativa para consecução de direitos fundamentais, em atendimento ao disposto no artigo 5º, § 1º do texto constitucional brasileiro, que determina a aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais.

Esses desafios representam semear outras soluções, na perspectiva de Santos e Meneses (2009, p. 7-8), referem-se a reinventar a emancipação social, através de um questionamento epistemológico da ciência e das ciências sociais, no reconhecimento de uma pluralidade de saberes,

para repensar as políticas públicas de acesso à água potável, no sentido de garantir esse direito humano fundamental.

Semear outras soluções especialmente quanto ao papel das políticas públicas de acesso à água potável, que se apresenta como elemento fundamental na perspectiva de universalizar esse direito no Brasil, que deve ser pautado sob o amparo dos princípios da cooperação e da solidariedade, ampliando-se os mecanismos de participação da sociedade civil.

Muitos são os desafios para que o Brasil atinja o patamar de universalidade do acesso à água potável para todos, sendo que o próprio texto constitucional não considera expressamente esse direito, como direito fundamental. Exige, ainda, uma construção pautada em princípios constitucionais para atender ao mínimo que deveria ser garantia de todos, de dignidade da pessoa humana, atrelando-se ao direito à vida e à saúde. Sob o aspecto da legislação infraconstitucional, a universalização do serviço público de água potável e de saneamento básico recebe previsão pela Lei nº 11.445/2007 (BRASIL, 2007) do Saneamento Básico, e pela Lei nº 9.433/1997 (BRASIL, 1997) da Política Nacional de Recursos Hídricos.

O desencaixe na normatização do direito de acesso à água potável e ao saneamento contribui para os altos índices de desigualdades e de déficit na universalidade desse direito, que vão além da falta de acesso, vinculam-se, também, ao desperdício de água feito pelo ser humano diariamente, ao esgoto a céu aberto despejado nos rios, ao grande volume de lixo descartado inadequadamente, acarretando grandes enchentes, além de diversos outros problemas.

Esses elementos são retratados por Giddens (1991) nas consequências da modernidade, como fator de insegurança, perigo, falta de confiança e risco, configurando-se em complexos mecanismos de desencaixes em um tempo/espço, ou ainda, na perspectiva do mal líquido de Bauman (2019, p. 118) na busca por repostas, quanto às promessas da modernidade. Essas consequências impactam diretamente a relação do homem com a natureza, na exploração dos recursos naturais, dos bens de (uso) comum.

Com relação à água essa preocupação relaciona-se a sua qualidade e quantidade, tanto pelo crescimento populacional, como pela elevação de seus usos e altos níveis de contaminação, que vem se intensificando nas últimas décadas, pela poluição e com degradação do meio ambiente, tornando-se um fator preponderante na busca pela preservação da vida. A água representa um elemento indispensável para o desenvolvimento econômico e social, sendo fundamental a adoção de políticas que integrem um planejamento setorial à gestão dos recursos hídricos, resultando imperiosa a incorporação de informações econômicas, sociais e hidrológicas para a gestão sustentável e universalização do acesso à água potável em uma perspectiva de tutela administrativa efetiva.

Destaca-se que, os princípios da universalidade e da titularidade dos direitos fundamentais, merecem uma reflexão, quanto ao entendimento de que são detentoras de titularidade de direitos fundamentais, todas as pessoas, pelo fato de serem pessoas, assim como do princípio da igualdade, conforme o *caput* do art. 5º da Constituição Federal, que atribui a titularidade dos direitos e garantias fundamentais aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, sendo que “todos são

iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Assim, para efeitos de aplicação do princípio da universalidade, toda e qualquer pessoa que se encontre inserida em uma determinada categoria de direitos, deve ter a prerrogativa de ser titular dos respectivos direitos (SARLET, 2015, p. 216-217).

A covid-19 traz a premência da ampliação da implementação de ações dentro das políticas públicas de acesso à água potável, tanto na prestação do serviço pelas Companhias Estaduais, como na prestação pelos Departamentos Municipais, ou ainda, pelos modelos privados, ou alternativos, como as cisternas implementadas principalmente nas regiões Norte e Nordeste do País, as quais devem estar alinhadas com um novo paradigma de tutela administrativa efetiva, de prestação espontânea, integral, igualitária com modicidade de tarifas, em uma gestão vinculada a um forte controle social de suas políticas públicas e planos gestores, que respeitem os ciclos das políticas públicas e primem pela universalização, incluindo-se as zonas rurais de todos os municípios em um padrão de atendimento tanto no acesso à água potável, com de saneamento básico.

Assim, verifica-se o desafio de uma nova estruturação das ações dentro das políticas públicas de acesso à água potável nas bases um Direito Administrativo Social, para a promoção de universalidade desse direito que se converta em um Dever-Poder da Administração, na concretização do Estado Social, na efetivação do direito ao serviço público adequado, oferecido com continuidade, com tarifas módicas, com cláusula de vedação de retrocesso, para consecução da igualdade material de uma Tutela Administrativa Efetiva.

Impõe-se assim, à Administração Pública, o dever de promover os direitos sociais de maneira espontânea, integral e igualitária, como condição da dignidade humana no Estado Social e Democrático de Direito, visando à redução de desigualdades, comprometendo-se com a democracia, com o pluralismo e com a emancipação social. Tendo as políticas públicas de acesso à água potável em seu contexto de universalidade, como fator na promoção econômica e social, através do protagonismo do Estado com ampla participação da sociedade civil na tomada de decisões sobre essa agenda.

O caráter de fundamentalidade do acesso à água potável consolida-se como direito humano e deve ser pauta de reconhecimento e inserção no texto constitucional brasileiro como direito humano fundamental social, para além do viés econômico, como forma de gestão de um bem de uso comum, pautado nos princípios da cooperação e da solidariedade intergeracional.

## CONCLUSÃO

As políticas públicas de acesso à água potável devem ser efetivas, pautadas a partir de um processo democrático de participação na tomada de decisões, e que se apresenta como instrumento norteador para redução de desigualdades em tempos de pandemia, que descortinou realidades e vulnerabilidades do povo brasileiro, em falta de acesso a serviços fundamentais como do fornecimento de água potável e do saneamento básico.

Nesse sentido, fundamenta-se que essas políticas públicas devem pautar-se no dever do

Estado Social e Democrático de Direito, no fornecimento do serviço público de acesso à água potável e de saneamento básico, traçadas a partir de uma tutela administrativa efetiva, como condição para atingir melhores condições de acesso e qualidade de água potável.

O dever da prestação estatal condiz com o dever da Administração Pública de desempenhar uma boa administração, através de um serviço público adequado, prestado de forma universal, contínua, com tarifa módica, e com especial proteção ao regime jurídico do serviço público. A falta de universalização do serviço de abastecimento de água potável no Brasil demonstra a necessidade de uma releitura democrática e inclusiva das políticas públicas, visando assegurar a máxima efetividade desse direito, com sua expressa inclusão no texto constitucional, como forma do reconhecimento de um direito humano fundamental.

Assim apresenta-se a necessidade de uma mudança de paradigma do direito de acesso à água potável, que se reverta na implementação de ações dentro das políticas públicas a partir de uma tutela administrativa efetiva, visando à redução de desigualdades e maior proteção da vida, especialmente no momento da pandemia da covid-19, em que a água apresenta-se como elemento fundamental na defesa da vida e da dignidade.

As políticas públicas de acesso à água potável apresentam-se como instrumentos de redemocratização e de redução de desigualdades em tempos da covid-19 no Brasil, necessitando de uma nova estruturação, através de tutela administrativa efetiva, criando-se as condições materiais e jurídicas para satisfazer esse direito humano fundamental, opondo-se contra a omissão da Administração Pública, em termos de implementação e ampliação de um serviço público de forma espontânea, integral e igualitário, em um patamar para além de um mínimo existencial.

## REFERÊNCIAS

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

ANA - AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS (Brasil). Ministério do Desenvolvimento Regional. **Plano nacional de segurança hídrica**. Brasília: ANA, 2019. Disponível em: <http://arquivos.ana.gov.br/pnsh/pnsh.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2019.

ANA - AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO. **Sistema Nacional de Informações sobre Recursos Hídricos (SNIRH)**. [Brasília]: ANA, [2020]. Disponível em: <https://www.snirh.gov.br/>. Acesso em: 3 set. 2020.

BAUMAN, Zygmunt. **Mal líquido**: vivendo num mundo sem alternativas. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Imprensa Oficial, 2019. Disponível em: [https://www.imprensaoficial.com.br/downloads/pdf/Constituicoes\\_declaracao.pdf](https://www.imprensaoficial.com.br/downloads/pdf/Constituicoes_declaracao.pdf). Acesso em: 18 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Lei nº 14.026 de 15 de julho de 2020. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento [...]. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 158, n. 135, p. 1, 16 jul. 2020. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/114026.htm#:~:text=%E2%80%9CDisp%C3%B5e%20sobre%20a%20cria%C3%A7%C3%A3o%20da,para%20a%20regula%C3%A7%C3%A3o%20dos%20servi%C3%A7os](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/114026.htm#:~:text=%E2%80%9CDisp%C3%B5e%20sobre%20a%20cria%C3%A7%C3%A3o%20da,para%20a%20regula%C3%A7%C3%A3o%20dos%20servi%C3%A7os). Acesso em: 31 jul. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei no 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências [...]. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 5, p. 3, 8 jan. 2007. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm). Acesso em: 28 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **Nota Técnica n. 30/2020/GAB.SNPG/SNPG/MMFDH**. Trata-se de Nota Técnica da Secretaria Nacional de Proteção Global (SNPG) do Ministério da Mulher da Família e dos Direitos Humanos, Governo Federal, sobre a fundamentação do acesso à água potável e ao saneamento básico como direitos humanos protegidos pela Constituição brasileira e por Declarações Internacionais de Direitos Humanos, com o objetivo de indicar os órgãos de controle para encaminhamento de denúncias recebidas no “Disque 100” da Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos (ONDH). Brasília: MMFDH, 2020. Disponível em: [https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/setembro/SEI\\_00135.216703\\_2020\\_84.pdf](https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/setembro/SEI_00135.216703_2020_84.pdf). Acesso em: 11 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **COVID 19: Painel Coronavírus**. [Brasília]: Ministério da Saúde, [2021]. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 17 mar. 2021.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Lei 9.433, de 8 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 6, p. 470, 9 jan. 1997. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19433.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19433.htm). Acesso em: 21 out. 2017.

FIOCRUZ - FUNDAÇÃO OSVALDO CRUZ. **Divulgados novos resultados sobre a presença da Covid-19 na rede de esgoto de Niterói**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2020. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/divulgados-novos-resultados-sobre-presenca-da-covid-19-na-rede-de-esgoto-de-niteroi>. Acesso em: 18 nov. 2020.

GIDDENS, Antony. **As consequências da modernidade**. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

GORCZEWSKI, Clovis. **Direitos Humanos: dos primórdios da humanidade ao Brasil de hoje**. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005.

HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais:**

por uma implementação espontânea, integral e igualitária. 2014. 614 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE PESQUISA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa nacional de saneamento básico**. Rio de Janeiro: IBGE, 2015. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pesquisa/30/84366>. Acesso em: 2 ago. 2020.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **17 Objetivos para transformar nosso mundo – agenda 2030**. Nova Iorque: ONU, 2015.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução A/RES/64/292, de 28 de julho de 2010**. [Ementa]. Nova Iorque: ONU, 2010.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução A/RES/70/1. 25 de setembro de 2015.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resoluções A/RES/70/169. 2010.

PLATAFORMA agenda 2030. **Objetivo 6 água potável e saneamento**. [S. l.: s. n.], 2020. Disponível em: <http://www.agenda2030.com.br/>. Acesso em: 12 nov. 2020.

POMPEU, Cid Tomanik. **Direito de águas no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (3. Câmara Cível). **Apelação nº 70084163716**. Ante o exposto, nego provimento ao recurso. Com base no § 11 do art. 85 do CPC de 2015, e considerado o trabalho adicional do procurador da parte recorrida em grau recursal, majoro os honorários advocatícios arbitrados para 1.400,00. Mantida a suspensão da exigibilidade, em razão da concessão do benefício da gratuidade da justiça na origem. Diligências legais. Apelante: Ana Lucia da Luz Carvalho. Apelado: CORSAN - Companhia Riograndense de Saneamento. Relator: Des. Eduardo Delgado, de 08 maio de 2020. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp\\_index](https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index). Acesso em: 18 nov. 2020.

SANTOS, Boaventura e Souza; MENESES, Maria Paula (org.). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Edições Almedina S/A., 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Direito administrativo social em prol da realização do direito fundamental ao desenvolvimento. *In*: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo;

BITENCOURT, Caroline Müller. **Direito administrativo, políticas públicas e estado sustentável**. Curitiba: Ìthala, 2020.

**Como citar**: IRIGARAY, Micheli Capuano; GORCZEWSKI, Clovis. Acesso à água potável para redução de desigualdades em tempos da COVID 19 no Brasil. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 18, n. 1, p. 191-205, mai. 2023. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v18n1p. 191.

ISSN: 1980-511X

Recebido em: 01/04/2021

Aceito em: 07/12/2022

## A REFORMA TRABALHISTA DE 2017 E OS LIMITES DA AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA NO BRASIL

THE 2017 LABOR REFORM AND THE LIMITS OF  
COLLECTIVE PRIVATE AUTONOMY IN BRAZIL

Gulliver Vasni Paroschi \*  
Lourival José de Oliveira\*\*

**Como citar:** PAROSCHI, Gulliver Vasni; OLIVEIRA, Lourival José. A Reforma Trabalhista de 2017 e os limites da autonomia privada coletiva no Brasil. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 18, n. 1, p. 206-228, mai. 2023. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v18n1p.206. ISSN: 1980-511X

\*Graduando em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. E-mail: gulliverparoschi@hotmail.com

\*\*Doutor em Direito das Relações Sociais (PUC-SP); professor titular dos Programas de Doutorado/Mestrado da Universidade de Marília; professor associado do Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual de Londrina; advogado. E-mail: lourival.oliveira40@hotmail.com

**Resumo:** O estudo se concentrou no desvirtuamento do princípio da autonomia privada coletiva através das alterações promovidas pela Reforma Trabalhista de 2017 (Lei 13.467/2017), em relação ao negociado sobrepondo-se ao legislado. O trabalho ressalta os desafios contemporâneos sob novo panorama inserido pela Reforma Trabalhista/2017, o qual amplia a possibilidade de temas negociáveis em instrumentos coletivos, denotando incerteza quanto ao cumprimento do patamar mínimo de proteção dos direitos sociais trabalhistas estabelecidos pela Constituição de 1988 e por normas internacionalmente ratificadas no Brasil. Observa-se que os diferentes dispositivos de lei, em conjunto, rechaçam o desígnio democrático da Constituição na busca do exercício pleno da autonomia privada coletiva. Há verdadeira inconstitucionalidade da amplitude de temas negociáveis inseridos pela Reforma, o qual permite a ofensa à integridade da saúde física dos trabalhadores e o enfraquecimento dos meios coletivos hábeis, viabilizado pelo histórico de resquícios intervencionistas no ordenamento jurídico brasileiro. Adotou-se o método dedutivo, com levantamento bibliográfico sobre o tema, além da contraposição dos parâmetros constitucionais vigentes e a nova redação da Reforma.

**Palavras-chave:** autonomia privada coletiva; direitos sociais; negociação coletiva; reforma trabalhista.

**Abstract:** The study focused on the distortion of the principle of collective private autonomy through the changes promoted by the Labor Reform of 2017 (Law 13.467/2017), in relation to the negotiated overlapping the legislated. The work accentuate

the contemporary challenges under a new panorama inserted by the Labor Reform/2017, which expands the possibility of negotiable themes in collective instruments, denoting uncertainty regarding the fulfillment of the minimum level of protection of social labor rights established by the 1988 Constitution and by norms internationally ratified in Brazil. It is observed that the different provisions of law, together, reject the democratic design of the Constitution in the search for the full exercise of collective private autonomy. There is a real unconstitutionality of the range of negotiable themes inserted by the Reformation, which allows the offense to the integrity of the workers' physical health and the weakening of the skilled collective means, made possible by the history of interventionist remnants in the Brazilian legal system. The deductive method was adopted, with a bibliographic survey on the theme, in addition to the comparison of the current constitutional parameters and the new wording of the Reformation.

**Keywords:** collective private autonomy; social rights; collective bargaining; labor reform.

## INTRODUÇÃO

A autonomia privada coletiva, exercida por meio da entidade sindical em prol do atendimento dos interesses dos empregados, trata-se de um instituto que está mais condizente com a dinâmica mudança contida nas relações de trabalho, se comparada com o conjunto normativo advindo do Estado para a mesma finalidade. Dessa forma, a representação coletiva obreira busca, por meio das negociações coletivas, a estabilidade social, visando as melhores condições de trabalho, de forma a atender particularidades existentes em cada seguimento laboral e ou econômico.

A introdução da Lei 13.467/2017 (BRASIL, 2017), intitulada Reforma Trabalhista de 2017, estabeleceu o negociado sobre o legislado como novidade na busca de adaptações às formas de solução do antagonismo de interesses entre empregados e empregadores. Para tanto, a lei prevê maneiras mais individualizadas de negociação nas relações de trabalho, possibilitando inclusive a negociação sobre temas referentes à segurança e saúde no trabalho.

Toda essa nova construção, que promoveu a criação de novos paradigmas para o Direito do Trabalho, fundamenta-se na argumentação quanto a necessidade de modernizar a legislação trabalhista, no intuito de gerar novos empregos e melhores condições de trabalho.

De fato, será que a Reforma Trabalhista/2017 (BRASIL, 2017) obteve essa modernização propalada? Ou seja, produziu resultados em termos efetivos na democratização das relações de trabalho no Brasil com a conseqüente valorização do trabalho?

Sendo assim, o objetivo do presente trabalho é estudar a Reforma Trabalhista/2017 (BRASIL, 2017) no que tange às mudanças referentes à ampliação das matérias que podem ser objeto de negociação coletiva, chegando ao ponto de permitir às partes, na composição coletiva, estarem desvinculadas de qualquer limite estabelecido por norma de ordem pública.

Trata-se, no caso, de mensurar a capacidade e limitação do exercício pleno (ou a ausência) da autonomia privada coletiva no Brasil sob a perspectiva do negociado prevalecendo-se sobre o legislado, levando-se em consideração o histórico brasileiro de regulamentação do tema e o projeto político jurídico de liberdade da economia e redução da intervenção do Estado nas relações de trabalho.

O presente trabalho irá utilizar o método dedutivo, com a utilização de obras bibliográficas de Amauri Mascaro Nascimento, Raimundo Simão de Melo, Maurício Godinho Delgado, dentro outros, e apropriando-se principalmente de um estudo constitucional, levando em conta a garantia dos direitos sociais estabelecidos, de tal forma a permitir uma construção crítica em relação ao texto inserido pela Reforma Trabalhista de 2017 (BRASIL, 2017).

## 1 CONCEITO E RELEVÂNCIA DA AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA

A inserção da Lei 13.467/2017 (BRASIL, 2017), intitulada Reforma Trabalhista de 2017, traz à tona a discussão da capacidade e dos limites negociais dos entes coletivos em matéria trabalhista, considerando a construção de regras privadas coletivas para regular as relações de

trabalho, por meio do exercício da autonomia da vontade privada coletiva, viabilizado pelos parâmetros constitucionalmente estabelecidos.

Com o surgimento dos sindicatos, as discussões relacionadas às questões ligadas aos direitos sociais trabalhistas criaram espaço para que as negociações coletivas tomassem forma. Na seara jurídica, percebe-se que a definição de negociação coletiva é introduzida pelo artigo 2º, da Convenção nº 154, da OIT, o qual assim prevê

[...] todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com fim de: a) fixar as condições de trabalho e emprego; ou b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores; ou c) regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez (OIT, [2019]).

Nas lições de Oliveira (2011, p. 225), verifica-se que a negociação coletiva busca a resolução de conflitos entre empregados e empregadores através de normas que visem o interesse constituído entre as partes. Se frutíferas, as negociações coletivas resultam em acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho (OLIVEIRA, 2011, p. 227).

Em destarte, no entendimento de Meirelles (2017, p. 70-72), a negociação coletiva, ao percorrer interesses comuns entre as partes, possui confluência com a definição de autonomia privada coletiva, conceito este atrelado a incidência justa da realização das negociações quanto ao equilíbrio econômico dos contratos, oriunda, por sua vez, do próprio direito privado.

A autonomia privada coletiva, conforme expõe Nascimento (2012, p. 173), é o poder que emana a capacidade do exercício sindical para elaboração de regras jurídicas autônomas de auto-regulação, o qual “favorece o direito à livre associação” para a necessária negociação, dentro dos limites da lei.

O conceito, portanto, de negociação coletiva de trabalho e de autonomia privada coletiva são tão próximas que a tênue diferenciação se amolda ao fato da primeira ser uma consequência material da segunda.

Neste ponto, a autonomia privada coletiva, conforme os estudos de Meirelles (2017, p. 30), não se remete à vontade estatal, em verdade, busca-se, através de um “processo negocial coletivo”, firmar um possível contrato diante das complexidades das relações de trabalho.

Nas lições de Martins (2019, p. 1195), a rigidez legislativa estatal afasta o espaço para a atuação da autonomia privada coletiva. Da mesma forma, não será válido a autonomia privada coletiva quando esta incidir sobre normas de ordem pública que regulamentam a garantia de direitos mínimos.

Assim, a incumbência estatal na condução do exercício do poder de negociação dos particulares confere-se mais autêntico ao constitucionalismo moderno quando observado em países com poderio elevado de alcance econômico cuja história e desenvolvimento favoreceram para a auto-regulamentação das relações coletivas de trabalho, através da manifestação da liberdade

econômica das partes (NASCIMENTO, 2012, p. 149).

No Brasil, percebe-se que a autonomia privada coletiva e a negociação coletiva são garantidas pela Carta Magna, atrelado ao movimento constitucional de Estado Democrático de Direito. Sendo que, a previsão sobre a liberdade sindical se encontra no artigo 8º, III, da Constituição (BRASIL, 1988), e o direito a negociação coletiva de trabalho em seu inciso VI.

Entretanto, a construção histórica e as controvérsias encontradas no próprio ordenamento jurídico brasileiro tornam dúbio o cenário de atuação dos sindicatos, os quais ainda serão tratados. Nas palavras de Nascimento (2012, p. 157) “A autonomia coletiva pressupõe o espaço de liberdade que a Constituição de 1988 não permite totalmente”.

Para tanto, deve-se entender, sobretudo, as finalidades e importâncias relacionadas à autonomia privada coletiva e à negociação coletiva. Revelando-se, assim, o detrimento de tais institutos quando do exame da Reforma Trabalhista de 2017 (BRASIL, 2017), motivação do presente estudo.

Primeiramente, destaca-se a relevância da negociação coletiva como fonte autônoma do Direito do Trabalho. Para o estudioso Calcini (2017, p. 111), o Direito Coletivo do Trabalho, tem função de produzir normas capazes de regulamentar interesses coletivos, por meio de direitos e obrigações que permeiam até mesmo os contratos individuais de trabalho.

Na mesma seara, Delgado (2019, p. 166) denomina este tipo de fonte como sendo “normas originárias de segmentos ou organizações da sociedade”, cujo desígnio possui participação imediata dos destinatários.

No Brasil, por meio do estudo do mesmo autor (DELGADO, 2019, p. 167), entende-se que a moderna democracia reconhecida pela Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) rechaça a criação de leis exclusivamente heterônomas e busca mecanismos jurídicos capazes de garantir a criação de normas autônomas. Todavia, tais normas devem estar orientadas pelos princípios trabalhistas e respeitar os critérios de hierarquia normativa percebidos pelo ordenamento jurídico.

Percebe-se que a importância dada à negociação coletiva, como fonte de normas, se amolda aos mesmos efeitos no ordenamento jurídico dados pela Constituição em relação às leis, regulamentadoras da vida social.

Outro aspecto da negociação coletiva se atrela a finalidade de busca do equilíbrio e paz social, marcado pelo alcance de estabilização das relações entre capital e trabalho. Sobre o assunto, a autora Padilha (2016, p. 66) compreende que a harmonia criada entre os dois polos das relações de trabalho se associa com a diminuição das desigualdades sociais, capaz de agregar melhoria nas condições de vida dos trabalhadores.

Entende-se, posto isto, que na negociação coletiva tanto as demandas do trabalhador como as demandas do empregador estão sendo atendidos de forma mútua e simétrica em termos de poder de barganha, para uma discussão equilibrada.

A capacidade de negociação de interesses atuais, tendo em vista um contexto de constantes mudanças globalizantes, torna possível suprir a lacuna legislativa deixada pelo Estado. O instituto se consagra como ferramenta fundamental na proximidade entre a realidade da empresa e a previsão

e consolidação de normas autônomas.

No entendimento de Almeida (2005, p. 6) tal aspecto manifesta que “[...] a importância da regulação do conteúdo da relação de emprego no contexto da empresa é dar-lhe, em última análise, maior efetividade, na medida em que estará mais próxima da vida da empresa, além de melhor promover a empregabilidade”.

Concordando-se com a mesma questão, Padilha (2016, p. 31) anuncia que o próprio Direito do Trabalho, dentro de um contexto econômico-social de crises econômicas e tentativa de recuperação da economia, foi conduzido a buscar meios de adequação da realidade obreira, não mais voltados a garantia unilateral pró operário.

Justifica-se tal afirmativa através da análise feita por Almeida (2005, p. 5) quando aduz que em um Estado Democrático de Direito a condução do desenvolvimento socioeconômico é extraído da centralidade estatal e reconduzido à sociedade civil.

Dessa forma, nota-se que a negociação coletiva, quando negociado dentro das finalidades plenas garantidas ao instituto, possibilita se incluir na realidade econômica como ferramenta de gestão empresarial, equilibrando as garantias aos trabalhadores e as dificuldades financeiras da empresa.

Entretanto, se faz necessário ponderar que, para o alcance máximo de suas finalidades, deve se considerar as garantias constitucionais vigentes, sob pena de perda da eficácia das negociações coletivas.

A paridade de igualdade entre as partes reflete o caráter privado que a negociação coletiva se apresenta. Sendo assim, o estudo da teoria geral dos negócios jurídicos do Direito Civil se amolda à regularização das negociações coletivas entre particulares.

O artigo 8º, §1º, da CLT (BRASIL, 1943), prevê que o Direito Comum será fonte subsidiária do Direito do Trabalho. A confluência entre as matérias se torna possível, pois, os ditames constitucionais voltados à dignidade da pessoa humana, que vigoram no Direito do Trabalho, não destoam do movimento constitucionalista dos direitos fundamentais que as relações privadas também incorporaram com a promulgação da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988).

Nesse ponto, este é o entendimento baseado nas lições do jurista civil Tartuce (2017, p. 75) sobre o alcance dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, o qual explica

Por certo é que essa eficácia horizontal traz uma visualização diversificada da matéria, eis que as normas de proteção da pessoa previstas na Constituição Federal eram tidas como dirigidas ao legislador e ao Estado (normas programáticas). Essa concepção anterior não mais prevalece, o que faz com que a eficácia horizontal seja interessante à prática, a tornar mais evidente e concreta a valorização da dignidade da pessoa humana nas relações interprivadas, entre os particulares.

Ainda, no entendimento de Santiago (2018, p. 24-25), o ramo justrabalhista, no âmbito das negociações coletivas, se adequa ao Direito Civil quando parte do pressuposto das condições de paridade e igualdade no poder de barganha.

A proximidade da negociação coletiva com a teoria dos negócios jurídicos se converge na

própria definição doutrinária de negócios jurídicos. Nas palavras de Gagliano e Pamplona Filho (2006, p. 315), os negócios jurídicos se definem como “[...]a declaração de vontade, emitida em obediência aos seus pressupostos de existência, validade e eficácia, com o propósito de produzir efeitos admitidos pelo ordenamento jurídico pretendidos pelo agente”.

O que se denota, nas lições de Cairo Junior (2006, p. 170), é que a confluência entre as negociações coletivas e a teoria geral dos contratos se relaciona na formação das negociações coletivas de trabalho como oriundos de negócios jurídicos, contudo, consolidados por sua essencialidade normativa de estabelecer condições de trabalho. Dessa maneira, deve a negociação coletiva atender os requisitos de formação dos contratos, a capacidade dos sujeitos, o objeto lícito e a forma prescrita ou não defesa em lei, na forma do artigo 104, do CC (BRASIL, 2002).

Sendo assim, em relação a legitimidade de partes, no Brasil, o artigo 8º, III, da CF (BRASIL, 1988), prevê que os sindicatos são o ente legítimo para a discussão de interesses. Neste caso, a convenção coletiva de trabalho é resultado de discussões intersindicais, inerente entre os sindicatos da categoria profissional (empregados) e os sindicatos da categoria econômica (empregadores), como redigido no artigo 611, da CLT (BRASIL, 1943). Por sua vez, o acordo coletivo de trabalho, através da previsão do artigo 611, §1º, da CLT (BRASIL, 1943), é estabelecido entre os sindicatos da categoria profissional e uma ou mais empresas.

Já o objeto lícito se reflete pelas determinações dispostas pelos interesses discutidos. Neste caso, Hinz (2009, p. 116) leciona que o conteúdo das negociações coletivas pode ser dividido em dois tipos de cláusulas. A primeira seriam as cláusulas normativas, regras jurídicas que constituem condições dentro das relações de trabalho, através de obrigações e deveres dos empregados e empregadores. Já as cláusulas contratuais, seriam disposições que vinculam apenas as partes legitimadas a negociar, são cláusulas obrigacionais.

Em relação à forma, por enquanto, prevalece o exposto no artigo 613, parágrafo único, da CLT (BRASIL, 1943).

Percebe-se que os elementos civilistas, mesmo partindo da autonomia do Direito do Trabalho, são eficazes e básicos para estabelecer parâmetros contratuais nos acordos e convenções coletivas.

Verifica-se que, pelo alcance das negociações coletivas estarem vinculadas a inúmeros contratos individuais de trabalho, a discussão sobre a nulidade de sua formação baseada no desrespeito às normas imperativas é de grande importância.

Neste caso, o artigo 166, do Código Civil (BRASIL, 2002), trata o rol das causas de nulidade. Em destaque, importa ressaltar aquelas que implicam na invalidação do negócio jurídico tendo em vista o próprio objeto em discussão, como o inciso II, que trata sobre a nulidade por ilicitude, impossibilidade ou indeterminação do objeto. Já o inciso VI, dispõe sobre a nulidade através do negócio jurídico com objetivo de fraudar lei imperativa.

Neste ponto, Santiago (2018, p. 100) ressalta que nas negociações coletivas se torna nulo o pacto efetivado com vantagem apenas para uma das partes. Deve-se atender uma “reciprocidade patrimonial” para os participantes, sob pena de domínio do capital sobre o trabalho.

Observa-se que na concepção antagônica de negociação coletiva, atrelado ao constante

conflito entre capital e trabalho, lucro e melhores condições laborais, deve se respeitar a ordem pública imperativa, dentre elas os direitos sociais dos trabalhadores, sob pena de nulidade.

Resta, assim, exposto a concepção plena do exercício da autonomia privada coletiva, observando-se que a paridade de poder de barganha para a discussão de interesses, bem como o respeito às normas de ordem pública e as disposições sob o ponto de vista dos contratos, são capazes de garantir a eficiência das finalidades inerentes às negociações coletivas.

O que se pretende, daqui em diante, é verificar as inexatidões que compõe as negociações coletivas no país, a fim de entender as mudanças da Reforma Trabalhista de 2017 (BRASIL, 2017).

## **2 LIMITES IMPOSTOS PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988 (E PELA CLT) PARA O EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA**

O tema do exercício da autonomia privada coletiva é reforçado pelas concepções formadas historicamente vinculadas aos direitos sociais e à autorregulação de interesses por meio da representatividade sindical.

Verifica-se que, no Brasil, contudo, o ordenamento jurídico trabalhista coletivo vigora sem alcançar a real capacidade da autonomia privada coletiva, através de limites constitucionais e infraconstitucionais ao pleno exercício sindical.

Para se compreender a situação, necessário se faz vislumbrar o desenvolvimento industrial do Brasil em seu histórico de inserção do sistema capitalista de produção.

Na análise de Gomes e Gottschalk (2007, p. 575), a revolução industrial do Brasil possui seu recorte histórico compreendido pelas três primeiras décadas do século XX. A partir disso, através do movimento intitulado Revolução de 30, o Estado designou práticas intervencionistas em torno dos Direitos Coletivos Trabalhistas.

Inclusive, nessa mesma seara, Arruda (1998, p. 33) ressalta que a Constituição de 1937 foi um marco de retrocesso às garantias da liberdade sindical, influenciada, sobretudo, pelo modelo italiano fascista de sindicato. Os sindicatos passaram a exercer funções delegadas pelo Poder Público de aspecto assistencialista, adotando-se, dessa maneira, o viés corporativista.

Segundo os autores Gomes e Gottschalk (2007, p. 576), o modelo corporativista, como retrocesso da autonomia privada coletiva, foi mantido no ordenamento jurídico brasileiro, incorporando-se à Consolidação das Leis do Trabalho, de 1943, vigente até os dias atuais.

Contudo, como pontua Sarlet (2008, p. 43), através do marco de evolução internacional do Estado Democrático de Direito, as Constituições democráticas, influenciadas pelo processo de industrialização e impacto tecnológico das mudanças globais, aderiram as ideias voltadas à dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais nas normas constitucionais.

No Brasil, não foi diferente. Com o advento da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), o ordenamento jurídico como um todo passou a ser interpretado diante da base sólida da função social. Assim, os direitos trabalhistas passaram a se amoldar diante dos princípios democráticos,

relacionado com a soberania, a cidadania, o pluralismo político, a dignidade da pessoa humana e a livre iniciativa, em prol dos valores sociais do trabalho (ARRUDA, 1998, p. 37).

O que se denota é que a evolução histórica no Brasil traçou laços de uma política que se sucedeu por anos voltada para o intervencionismo estatal em relação à autonomia privada coletiva. Contudo, a Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) representa marco de mudança de paradigmas relacionados aos direitos sociais trabalhistas, rompendo-se dos moldes fiscalizadores do Estado.

A Constituição reconhece a importância dos acordos e negociações coletivas na busca de melhores condições aos trabalhadores, como se percebe do artigo 7º, XXVI, da CF (BRASIL, 1988), bem como a essencial função dos sindicatos na defesa de interesses laborais, previsto no artigo 8º, III. Ademais, a Carta Magna determina a liberdade de organização sindical sem intervenção estatal, dispensando-se lei que exija a autorização do Poder Público para a fundação de sindicatos, conforme artigo 8º, I.

A Constituição de 1988, por sua vez, adotando os princípios just trabalhistas de paz social, igualdade nas negociações, liberdade de organização, proteção dos hipossuficientes e irrenunciabilidade de direitos, garante base de atuação para o exercício da autonomia coletiva. Ao Estado, emanado pelos princípios descritos, cabe a presença institucional de garantia de tais parâmetros constitucionais.

Araújo (2003, p. 187) aponta que à medida que o Estado criou normas de direitos sociais inabdicáveis, relacionados à saúde, segurança e dignidade do trabalhador, mantém-se no ordenamento jurídico just trabalhista um parâmetro de equilíbrio para que se evite que o empregador prive o empregado de seus direitos.

Um dos encargos que cria efeito indispensável no conflito entre capital e trabalho e merece a devida ressalva como forma de análise mais profunda, é o respeito à vedação do retrocesso social. Isto porque, deve se ter em mente que os direitos fundamentais garantidos minimamente ao trabalho se convergem com a valorização da dignidade da pessoa humana.

Neste passo, nos ensinamentos de Sarlet (2008, p. 67-72), o autor leciona que os direitos fundamentais, regidos por meio do Direito, se inserem nas Constituições não apenas formalmente, mas atingem o núcleo da formação do Estado, direcionando as aspirações valorativas que o Estado busca na sua legitimação de poder.

A vedação do retrocesso social impede que haja no ordenamento jurídico o declínio de direitos já conquistados, garantindo-se uma segurança jurídica de patamar civilizatório.

Quanto ao tema, para Ribeiro (2017, p. 114), a vedação do retrocesso social se traduz pela eficiência criada pelas legitimidades de normas constitucionais que garantem mais vantagens e menos sacrifícios ao conjunto social. Desse modo, o autor revela que

Nesse sentido, a ideia é evitar que agendas políticas fragmentárias ou ocasionais imponham, por circunstâncias particulares ou por atuação de maiorias fortuitas, valores ao corpo social em detrimento do avanço civilizacional alcançado por essa mesma comunidade. A não ser assim, a própria atividade legiferante poderia constituir-se em fator de instabilidade e de retrocesso, ou mesmo se poderia converter em elemento de retirada de eficácia das prescrições constitucionais

tuteladoras de determinada classe de direitos, ainda quando as normas legais implementadas não incorressem em inconstitucionalidades flagrantes (RIBEIRO, 2017, p. 115).

Assim, para que se evite o abuso ou transgressão dos preceitos constitucionais, Delgado (2001, p. 97) estabelece duas categorias de direitos indisponíveis, de caráter absoluto e de caráter relativo. O primeiro, possui como base a dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho humano, sendo direitos garantidos que não possuem o condão de serem discutidos, tendo condição de interesse público. Já a segunda classe, é descrita pelo autor como sendo garantias individualmente postas, os quais é autorizado sua discussão através de lei heterônoma ou conveniência entre as partes, uma vez que, não revestem o âmbito do interesse público.

Percebe-se que a garantia de um patamar de igualdade nas discussões das negociações coletivas deve ser acompanhada de limites estabelecidos pelo Estado Democrático de Direito, tendo em vista que os conflitos entre capital e trabalho, resolvidas através das negociações coletivas, devem ter como base o marco de um “mínimo civilizatório”<sup>1</sup>.

Nota-se que a Constituição atual, ao adotar parâmetros normativos mais evoluídos e condizentes com o Estado Democrático de Direito, deve sim ser exaltado. No entanto, o estudo se direciona pelo reconhecimento de normas corporativistas de constituições anteriores do país que criam obstáculos na Constituição de 1988, tornando-a não totalmente eficaz na garantia da autonomia privada coletiva.

Dentre os entraves encontrados na Constituição, necessário destacar que, mesmo o Brasil sendo signatário de diversos documentos da OIT sobre autonomia sindical (a exemplo das Convenções nº 11, 98, 135 e 141), o Estado não aderiu à Convenção nº 87, da OIT. Tal documento define perfeitamente os parâmetros da liberdade sindical e da livre associação, referindo-se ao pluralismo sindical (OIT, 1948).

Ao contrário do disposto pela OIT, o modelo usado no Brasil é o da unicidade sindical, previsto no artigo 8º, II, da CF (BRASIL, 1988). Tal modelo é analisado pelo jurista Almeida (2013, p. 44), o qual conceitua, pela letra de lei, como sendo a restrição de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, da mesma categoria profissional ou econômica, sob a mesma base territorial.

Assim, assevera Nascimento (2012, p. 162) que diante de tal modelo, restringe-se a liberdade de escolha do trabalhador, o qual possui direito de interagir unicamente com um sindicato, aquele que representa sua categoria.

Percebe-se que o modelo de unicidade sindical conflita diretamente com os preceitos trabalhistas previstos na própria Constituição e no ordenamento jurídico internacional relacionados ao afastamento estatal na intervenção dos sindicatos.

---

1 Expressão levantada por Maurício Godinho Delgado (2019, p. 138) quando ensina que: “No caso brasileiro, esse patamar civilizatório mínimo está dado, essencialmente, por três grupos convergentes de normas trabalhistas heterônomas: as normas constitucionais em geral (respeitadas, é claro, as ressalvas parciais expressamente feitas pela própria Constituição: art. 7º, VI, XIII e XIV, por exemplo); as normas de tratados e convenções internacionais vigentes no plano interno brasileiro (referidas pelo art. 5º, § 2º, CF/88, já expressando um patamar civilizatório no próprio mundo ocidental em que se integra o Brasil); as normas legais infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo que labora (preceitos relativos à saúde e segurança no trabalho, normas concernentes a bases salariais mínimas, normas de identificação profissional, dispositivos antidiscriminatórios, etc.).”

Dessa forma, como efeito da unicidade sindical enunciada pela Constituição, necessário esclarecer os entraves dos moldes conceituais quanto ao enquadramento sindical por categorias.

Neste caso, o artigo 511, da CLT (BRASIL, 1943), estipula que a definição de categoria profissional e econômica se restringe aos critérios de profissão idêntica, similar ou conexa. Entretanto, na realidade complexa das empresas atuais, abrangidas por diversos tipos de profissionais, a problemática de representação sindical ganha corpo.

Vale lembrar, que o ordenamento jurídico pátrio, especificamente no artigo 581, § 1º, da CLT (BRASIL, 1943), prevê que a atividade preponderante da empresa é a que prevalecerá quando da representatividade dos trabalhadores.

Meirelles (2017, p. 44), ao verificar a atuação sindical nas negociações coletivas apenas à categoria profissional preponderante, analisa que os demais profissionais, não abrangidos por tal categoria (inclusive a categoria profissional diferenciada, previsto no § 3º, do artigo 511, CLT), regulamentam seus direitos com condições não similares de sua realidade ou esperam do próprio empregador a extensão dos benefícios decorrentes da negociação coletiva realizada com a categoria preponderante.

Denota-se que as negociações coletivas não alcançam sua finalidade a todos os empregados, pela falta de atendimento às pontualidades necessárias de cada extensão de interesses comuns refletida por sua vez pela unicidade sindical.

Ademais, verifica-se que tal modelo é mantido através da estruturação de normas heterônomas regulamentadoras infraconstitucionais, capazes de designar o funcionamento e aspectos de organização dos sindicatos, como a sua administração, eleições, ditames de regularização, estabilidade sindical, dentre outras questões.

Portanto, o que se denota é que os problemas havidos em relação ao enquadramento sindical não estão vinculados diretamente sob os critérios de categoria profissional ou de base territorial, mas, sim, sob as imposições de tais critérios pelo Estado.

Outro aspecto incongruente encontrado na Constituição é o poder normativo dado à Justiça do Trabalho na regulamentação de conflitos trabalhistas, o qual previa, no artigo 114, §2º, da CF (BRASIL, 1988), a possibilidade da Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições aos trabalhadores por meio do dissídio coletivo, quando da recusa da negociação coletiva.

Contudo, por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 2004 (BRASIL, 2004), houve alteração do texto em questão, prevendo-se a possibilidade de ajuizamento do dissídio coletivo apenas com concordância de ambas as partes.

Entretanto, sob a prévia das análises relacionadas à Reforma Trabalhista de 2017 (BRASIL, 2017), cerne deste estudo, em um contexto de desequilíbrio de igualdades entre as partes na negociação coletiva, verifica-se que com previsão da vedação da ultratividade das negociações coletivas trazidas pela reforma, a intervenção do Judiciário apenas por concordância de ambas as partes reforça ainda mais a desarmonia da autonomia privada coletiva.

Outro destaque que afasta a Constituição de 1988 do real alcance da autonomia privada coletiva é atrelado às receitas sindicais. Vale ressaltar que a Lei Maior prevê a contribuição sindical

compulsória no seu artigo 8º, inciso IV (BRASIL, 1988).

Esta contribuição sindical abrangia a todos indistintamente, mesmo levando em consideração que o resultado da finalidade primordial dos sindicatos (a negociação coletiva), considerando os moldes de “categoria” já mencionado, não obtinha o alcance a todos aqueles que contribuía. Nesse aspecto, a contribuição sindical nem mesmo era regulado suficientemente para discriminar a destinação exata dos valores recolhidos. Corrobora-se com esta ideia a explanação feita por Meirelles (2017, p. 48)

Este derradeiro dispositivo mencionado não deixa nenhuma dúvida quanto à natureza tributária da contribuição sindical obrigatória, já que a mesma é devida ainda que não exista organização sindical numa determinada categoria. Portanto, a razão de se cobrar a contribuição sindical obrigatória não tem como origem a existência de uma entidade sindical qualquer.

A contribuição sindical de caráter obrigatório, ao atingir todos indistintamente, se esbarrava na liberdade sindical proferida pela própria Constituição, relacionada à livre associação e filiação prevista em seu inciso V, do artigo 8º (MEIRELLES, 2017, p. 53).

No entanto, a Lei 13.467/2017 (BRASIL, 2017), intitulada Reforma Trabalhista de 2017, modificou a natureza jurídica de tal contribuição, passando a prever sua facultatividade para os integrantes das categorias profissionais, das categorias econômicas e categorias diferenciadas, redigidos pelos artigos 545, 578, 579 e 582, da CLT.

Como forma de afastar as falhas da reforma feita, foi introduzido a Medida Provisória nº 873/2019 (BRASIL, 2019), a qual alterou os artigos 545, 578, 579, 579-A e 582, todos da CLT, para estipular, no § 2º, do artigo 579, a nulidade de cláusula normativa que fixasse compulsoriamente o recolhimento a empregado ou empregador, ainda que referendada por negociação coletiva, assembleia geral ou meio previsto no estatuto da entidade (BRASIL, 1943).

Não tendo sido convolada em lei, a Medida Provisória em questão perdeu validade, mantendo a insegurança jurídica sobre a possibilidade ou não das assembleias gerais dos sindicatos disporem sobre contribuições obrigatórias de forma negociada, uma vez que não há previsão sobre a não possibilidade.

Na análise de Leite (2019, p. 804), o fim da contribuição sindical obrigatória, por mais que seja analisada sob o viés favorável à não intervenção estatal e da liberdade associativa, não transitou por discussões aprofundadas sob os impactos decorrentes das alterações introduzidas, nem mesmo foi inserido em debates democráticos para a extinção gradativa de tal contribuição. Os mais prejudicados serão os trabalhadores, haja vista que as entidades sindicais patronais possuem força de recolhimento financeiro através de outros meios, como o Sistema “S” (SESC, SENAI, SENAR etc.).

Conclui-se que a Constituição de 1988, ao adotar o viés democrático e de garantias sociais trabalhistas sob a perspectiva de um Estado Democrático de Direito, deveria rechaçar toda e qualquer forma de intervencionismo sindical, sob pena de configurar uma verdadeira brecha para o retrocesso de interesses trabalhistas. Assim, percebe-se que a vedação ao retrocesso social visa

garantir a proteção contra as formas de instabilidade dos direitos sociais.

Sobre este ponto, o entendimento é de que a aplicabilidade imediata dos direitos sociais, reconhecido pelo artigo 5º, §1º, da CF (BRASIL, 1988), aponta para a proteção contra o legislador ordinário e demais órgãos estatais de suprimirem a segurança e tutela aos direitos sociais (SARLET, 2008, p. 453). Encontra-se, assim, a relação entre a eficácia das normas de direitos fundamentais e a cláusula do não retrocesso social (SARLET, 2008, p. 452).

Nota-se que a carga histórica e o retrocesso legislativo na garantia de direitos sociais que viabilizem o papel pleno da autonomia privada coletiva, no Brasil, se contrapõe à vedação ao retrocesso social, pois, criam instabilidades no equilíbrio do poder de barganha dos sindicatos, afrontando-se contra a liberdade sindical, a livre associação e a defesa à não intervenção estatal.

O estudo se direciona ao cenário inseguro em que a Reforma Trabalhista de 2017 (BRASIL, 2017) foi inserida no ordenamento justarabalthista. Como será analisado, as modificações legislativas intensificaram ainda mais o processo de limitação do exercício da autonomia privada coletiva, atrelado a um discurso inovador nas relações de trabalho, no entanto, sem a discussão necessária das consequências desta reforma em uma realidade sindical já enfraquecida.

### **3 ENTRAVES E CONSEQUÊNCIAS PARA A NEGOCIAÇÃO COLETIVA APÓS A REFORMA TRABALHISTA DE 2017 – O NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO**

Após terem sido apresentados os contornos da autonomia privada coletiva, bem como sua inserção dentro do ordenamento jurídico brasileiro, necessário se faz demarcar os aspectos relacionados aos instrumentos coletivos trabalhistas e a Reforma Trabalhista de 2017 (BRASIL, 2017).

Desse modo, ressalvadas as diferenciações conceituais já apresentadas, relacionadas com os sujeitos legítimos e seu alcance de aplicação, é essencial a análise descritiva do campo de regulamentação em que se concentra os instrumentos normativos, para assim, se entender como o desvirtuamento de suas finalidades se perpetua na atualidade.

Diante de sua importância prática na vida dos trabalhadores, as negociações coletivas, levando em consideração seu aspecto civilista, já mencionado, caracterizam-se pela formação de cláusulas contratuais, os quais possuem conteúdo de relevante análise.

Os instrumentos normativos dividem seu conteúdo em basicamente dois tipos de cláusulas. Conforme Leite (2019, p. 835), tais cláusulas são: as normativas e as obrigacionais. As primeiras se referem à regulamentação dos contratos individuais dos trabalhadores abrangidos por aquela norma. Já a segunda, se refere ao vínculo de direitos e deveres das próprias partes contratantes.

Contudo, a ênfase na exploração do estudo dos conteúdos inseridos na negociação coletiva se direciona às cláusulas normativas, isso se deve pela justificativa de serem a motivação das negociações coletivas. Nesta questão, Delgado (2019, p. 1660) aponta que as cláusulas normativas se consolidam como a razão de ser das negociações coletivas de trabalho, se inserindo como fontes

autônomas das garantias trabalhistas.

Nota-se que as cláusulas normativas juscoletivas se apresentam como formas legitimadas pelo Estado de inserção de conteúdo de interesse trabalhista nos contratos individuais de trabalho, discutidos de forma coletiva. Assim, a notoriedade de seu estudo se adere ao reflexo que tais cláusulas trarão à vida individual de cada trabalhador.

Portanto, levando em consideração a unicidade sindical presente e a recorrente intervenção estatal nas relações de trabalho, percebe-se que o conteúdo inserido nas cláusulas normativas se limita (ou se estende) ao previsto nas normas estatais. Dessa forma, destaca-se à análise feita pelo disposto na Reforma Trabalhista de 2017 (BRASIL, 2017).

Inicialmente, se faz necessário tecer as considerações na modificação do disposto no parágrafo 3º, do artigo 614, da CLT (BRASIL, 1943). A letra da reforma em questão prevê o limite de vigência não superior a dois anos para as convenções e acordos, vedando-se a ultratividade da norma juscoletiva (BRASIL, 1943).

A alteração se diverge do entendimento anterior sobre o assunto. A Súmula nº 277, do TST (BRASIL, 2012), a qual se encontra suspensa, previa que as cláusulas normativas de convenções e acordos coletivos de trabalho integravam o contrato individual de trabalho até a modificação ou supressão por superveniente negociação coletiva da categoria.

No estudo de Delgado e Delgado (2017, p. 272-274), ambos analisam que a vedação da ultratividade, em conjunto com o limite legal de tempo para os instrumentos normativos, desestimula o empregador de buscar a solução de conflitos por meio das negociações coletivas. Desse modo, o desequilíbrio criado com o limite imposto à vigência das cláusulas dos acordos e convenções faz com que as empresas (ou categoria patronal), os quais já possuem tamanho poder de barganha, se relutem a se lançarem em negociações coletivas.

Denota-se a situação precarizante das relações coletivas de trabalho em desfavor do trabalhador. As negociações coletivas, após perderem sua vigência não garante que haverá frutífera negociação coletiva em prol dos obreiros, os quais perdem cada vez mais poder de barganha na conquista de direitos. Por outro lado, o pressuposto de concordância de ambas as partes para se iniciar os dissídios coletivos se manifesta como obstáculos à apreciação pelo Poder Judiciário das negociações coletivas resultantes de pactos realizados sob pleno desequilíbrio de poder de barganha.

Em destarte, outro ponto de mudança de perspectiva trazida pela Reforma Trabalhista de 2017 se coaduna com a inserção do “negociado sobre o legislado”. Nos termos do artigo 611-A, da CLT (BRASIL, 1943), as formas de negociação prevalecerão sobre as leis no que tange à uma larga gama de temas negociáveis, ao ponto de se convencionar direitos antes estabelecidos por normas de ordem pública, como temas relacionados à direitos de indisponibilidade absoluta, o que, claramente, afronta o patamar mínimo de garantias para o exercício isonômico da negociação coletiva, incluindo a possibilidade de transgressão da vedação do retrocesso social.

Nessa seara, ao tentar entender a drástica mudança ocorrida na legislação trabalhista, a justificativa concernente à reforma, analisada por Ferrer e Oliveira (2019, p. 122), se remonta na

necessidade de renovação das concepções jurídicas diante da reestruturação produtiva, resultado do avanço tecnológico no processo de produção. Neste ponto, as concepções jurídicas de relações trabalhistas também passariam pela necessidade de modernização. Os mesmos autores asseveram que

A questão do negociado sobre o legislado foi um dos pontos polêmicos da denominada modernização das relações trabalhistas, pois se por um lado a flexibilização contratual serviria como uma forma de modernizar as relações de trabalho e permitir aumento na oferta de empregabilidade por outro lado significaria um retrocesso em termos de direitos trabalhistas, pois há que se considerar que o trabalhador, por ser a parte mais frágil da relação, deveria ser considerado hipossuficiente. De forma contrária, partiu-se de uma realidade inexistente, ou seja, que empregador e empregado estariam economicamente em condições de igualdade. Ou, que pela negociação coletiva, composta principalmente com a participação do sindicato representante da categoria profissional, deixaria de haver qualquer desigualdade entre categoria profissional e econômica (FERRER; OLIVEIRA, 2019, p. 131).

O rol exemplificativo do artigo da CLT em análise, não leva em consideração a desigualdade fática encontrada nas relações coletivas de trabalho, inseridas, por sua vez, em um contexto carecido de plena autonomia privada coletiva, reflexo dos fatores históricos da legislação trabalhista brasileira.

Assis (2017, p. 217-218) pontua que a possibilidade contida no rol emanado pelo artigo 611-A, da CLT, deveria ser restritiva, assegurando a proteção dos direitos trabalhistas já conquistados e impedindo a flexibilização “*in pejus*” mediante convenção ou acordo coletivo de temas além daqueles elencados.

Inclusive, nas lições de Sarlet (2008, p. 386), como reflexo de um Estado Democrático de Direito, a ordem principiológica em que o Direito do Trabalho está inserido vincula ao Poder Público a missão de tornar os direitos fundamentais como referência, com proibição de editar normas em sentido contrário a tais direitos, justificado por sua aplicabilidade direta.

Ademais, dando sequência, o § 1º, do artigo 611-A, da CLT (BRASIL, 1943), ao remeter o disposto no artigo 8º, § 3º, da CLT, restringe a análise do Poder Judiciário, quando da apreciação das negociações coletivas, aos restritos elementos essenciais dos negócios jurídicos (artigo 104, CC - agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei), reportando-se à “intervenção mínima do Estado na autonomia privada coletiva”.

Nos moldes introduzidos, compreende-se que a reforma em si passou a prescrever apenas a análise quanto à validade das negociações coletivas, retirando-se a avaliação judiciária quanto ao conteúdo das convenções e acordos coletivos (ASSIS, 2017, p. 219).

Tal mudança demonstra que a disposição do negociado sobre o legislado, quando for apreciado certo conteúdo previsto no artigo 611-A, da CLT, que versa sobre direitos de indisponibilidade absoluta, ganha respaldo de validade diante do Poder Judiciário ao cumprir os pressupostos de negócio jurídico (inclusive o objeto lícito, uma vez que está previsto em lei), reforçado, contudo,

pela justificativa de intervenção mínima do Estado na apreciação mais aprofundada de seu conteúdo.

Da mesma forma, é necessário discorrer que, conforme assevera o artigo 5º, XXXV, da CF (BRASIL, 1988), a lei não excluirá lesão ou ameaça a direito da apreciação do Poder Judiciário.

Na sequência de análise dos aspectos relacionados aos instrumentos normativos de acordos e convenções coletivas, analisa-se o disposto pelo artigo 611-B, da CLT, o qual, em contraposição ao então analisado artigo 611-A, se refere ao elenco do rol taxativo de temas que são objeto ilícito de negociações coletivas.

A ponderação, no entanto, se realoca no contido no parágrafo único do artigo 611-B, CLT (BRASIL, 1943), o qual dispõe, expressamente, a autorização de discussão nas negociações coletivas de regras sobre duração do trabalho e intervalos, não os considerando normas vinculadas à saúde, higiene e segurança do trabalhador.

À vista disso, a ponderação aos perigos concernentes à abertura de negociações quanto à duração e intervalo de trabalho são alertados por Delgado e Delgado (2017, p. 270)

A interpretação gramatical e literalista do novo preceito legal pode abrir seara de negligência com a saúde, o bem-estar e a segurança dos indivíduos inseridos no mundo do trabalho, além de comprometer as igualmente imprescindíveis dimensões familiar, comunitária e cívica que são inerentes a qualquer ser humano. Se não bastasse, essa censurável interpretação também comprometeria o combate ao desemprego, desestimulando a criação de novos postos laborativos pelas entidades empresariais.

Percebe-se que, mesmo com a intenção de ponderar os direitos de indisponibilidade absoluta no artigo 611-B, CLT, a falha do legislador se remonta em abandonar os preceitos trabalhistas incorporados ao ordenamento jurídico, finalidade esta que não pode ser omitida, principalmente, quanto à temas de descrição constitucional, como são a jornada e o intervalo de trabalho.

A nova redação dada ao artigo 620, da CLT (BRASIL, 1943), após a Lei 13.467/2017 (BRASIL, 2017), condicionou a superioridade do acordo coletivo de trabalho, norma que detém caráter mais flexibilizador, à uma perpétua prevalência sobre as convenções coletivas de trabalho.

A nova redação dada ao artigo da CLT em questão retrata a contrariedade ao disposto no artigo 7º, *caput*, da CF, sendo, portanto, proveniente de conteúdo inconstitucional, justificado pela limitação e contrariedade ao princípio da norma mais favorável.

Desse modo, para Delgado e Delgado (2017, p. 275), o princípio da norma mais favorável, reflexo da vedação do retrocesso social, foi esquecido no artigo 620, CLT. Sendo que, a partir de então, a negociação coletiva passa a ter um papel viabilizador da redução do patamar mínimo civilizatório em oposição à função de harmonização, agregação e adequação das relações de trabalho (DELGADO, M.; DELGADO, G., 2017, p. 276).

Nota-se mais uma possibilidade de desvirtuamento do respeito às conquistas trabalhistas. A intervenção estatal usufrui do próprio discurso de liberdade de flexibilização de direitos para condicionar possibilidades mais desequilibradas de formas de negociação coletiva.

Sendo assim, adentra-se às reais consequências trazidas pela reforma. A severa mudança de

perspectiva trazida pela Reforma Trabalhista de 2017 ao exercício da autonomia privada coletiva deve ser entendida sob a análise geral de todas as mudanças legislativas. Isto é, a abertura de conteúdos discutíveis em negociações coletivas, após a nova legislação, veio acompanhada de previsões normativas que convergem com o mesmo desígnio.

Merece destaque as consequências relacionadas à saúde e segurança do trabalho. A questão é tratada pelos incisos XII e XIII, do artigo 611-A, CLT (BRASIL, 1943), ao relacionar a abertura de objetos negociáveis sobre o enquadramento do grau de insalubridade, bem como a prorrogação de jornada em ambientes insalubres sem autorização prévia da autoridade competente. As normas de saúde, higiene e segurança do trabalho foram tratados nos incisos I, III e VIII, do mencionado artigo, permitindo-se a discussão sobre jornada de trabalho, intervalo intrajornada e regime de teletrabalho.

Neste ponto, agrega-se ao tema, o exposto por Melo (2018, p. 710) ao relacionar a garantia da integridade físico-psíquica do trabalhador como reflexo do meio ambiente em que exerce seu labor. O autor dispõe que o Estado brasileiro, em sua base constitucional respaldada pela valorização do trabalho humano (artigo 170, CF) (BRASIL, 1988), deve garantir o meio ambiente salutar para assegurar a redução de riscos de doenças e outros agravantes (artigo 225, CF) (BRASIL, 1988), como forma de promoção da saúde na qualidade de direito assegurado a todos os indivíduos (artigo 196, CF) (BRASIL, 1988). Do mesmo modo, ao Sistema Único de Saúde compete a colaboração na proteção do meio ambiente de trabalho do obreiro, nos termos do artigo 200, VIII, CF, (MELO, 2018, p. 711).

Percebe-se a aplicabilidade do novel artigo 611-B, § único, da CLT (BRASIL, 1943), em que o legislador, para se permitir a validade de negociação sobre tais questões, reconheceu que as normas sobre duração e intervalo de trabalho não são matérias atinentes à saúde, higiene e segurança do trabalho.

Denota-se que ao permitir a abertura de discussões de tais questões práticas na vida habitual do obreiro, como trazido pelo artigo 611-A, CLT, o risco do trabalho é descontado no próprio trabalhador, em disposições extrapatrimoniais, atingindo o meio ambiente de trabalho e a consequente integridade da pessoa humana.

Da mesma forma, além do tema da insalubridade, a mudança na abertura de negociações coletivas quanto à jornada de trabalho e ao intervalo intrajornada (o qual o inciso III traz o mínimo de trinta minutos) afetam em tanto a saúde do trabalhador.

Conforme Aduz Silva (2013, p. 132), a possibilidade de flexibilização de normas se depara com os estudos da fisiologia do trabalhador e a necessidade de limitação do tempo de trabalho. O autor analisa que o esforço adicional acima do limite de gastos de energia influencia na diminuição de tempo de descanso do trabalhador na recuperação de fadiga para a continuidade do trabalho, prejudicando sua saúde, e podendo resultar em posterior fadiga cerebral, o que se relaciona com doenças mentais.

Afirma-se que a extensão das consequências relacionadas à saúde do trabalhador se confronta com sua capacidade física de exercício laboral, o qual se sujeita ao seu próprio detrimento quando

não garantido direitos (indisponíveis) que permitam a recuperação física íntegra do obreiro.

Já em relação ao corpo coletivo de trabalhadores, nos estudos dirigidos por Castro (2017, p. 3), a autora busca apresentar como o enfraquecimento da organização sindical (e suas consequências decorrentes) ocorreu através da precarização trazida pela Reforma Trabalhista de 2017 (BRASIL, 2017), em conjunto, com a inserção do viés da prevalência do negociado sobre o legislado, apontando, para tanto, os indicativos de percentuais que demonstram as análises conclusivas.

Castro (2017, p. 07) analisa que a tendência de enfraquecimento se choca com as formas mais individualizadas de manifestação dos interesses. Nos estudos apontados pela autora, algumas tendências da reforma são perceptíveis no consequente enfraquecimento da organização sindical. Dentre elas, a permissão para a formação de comissão de representantes, previsto no artigo 510-A e seguintes da CLT, sem o uso consciente em favor dos trabalhadores, acaba resultando em um direcionamento de interesses voltados ao âmbito da empresa.

Diante disso, e através do que já visto alhures, a discussão de interesses no âmbito empresarial seria o mais adequado para o atendimento das melhores condições de trabalho, pois, permitiria a discussão dentro das particularidades que determinados trabalhadores vivem. Entretanto, frisa-se a face mascarada em que a Reforma se insere, ao prever que apenas as empresas com mais de 200 empregados poderiam criar tal tipo de representação por comissão.

Nos estudos elencados pela autora, registrou-se que, em 2015, a realidade brasileira apresentava menos de 1% de estabelecimentos que empregavam 200 trabalhadores ou mais, mesmo representando 44% dos empregados com registro (RAIS/MTb, 2015 apud CASTRO, 2017, p. 7).

O que se percebe é que, mesmo diante da permissão de organizações diversas que visem os interesses voltados à realidade das empresas, como a comissão de representação, a legislação trazida pela reforma reforça tal direito apenas à massa abrangida por obreiros que disputam interesses com empresas de grande poder de barganha, parcela pequena diante daqueles que disponibilizam da força de trabalho para sobrevivência.

Ademais, as formas de precarização de trabalho dispostas pela legislação, os quais reduzem direitos de certas categorias de trabalhadores, em associação com a abertura de temas negociáveis aos instrumentos normativos, leva a noção de que, na realidade brasileira, as tendências de adaptação com a modernidade reluta à autonomia privada coletiva.

Lima (2017, p. 382) expõe outro efeito decorrente do negociado sobre o legislado, o reconhecimento do *dumping social* no Direito do Trabalho. Tal tema se adentra na consequência da concorrência mercantil, quando combinado com o enfraquecimento sindical e a precarização das relações de trabalho.

Nesse ponto, o autor expõe que a dita reforma instigou a concorrência desleal, baseando o estímulo mercantil, de oferecimento e venda de produtos e serviços, no baixo custo de mão de obra que a empresa poderá ter (LIMA, 2017, p. 383).

Haja vista a funcionalidade lucrativa da empresa, percebe-se que o oferecimento de uma maior precarização que desestruture as negociações coletivas, como bem se relaciona o negociado sobre o legislado e suas formas de possibilidade de negociações individuais dos trabalhadores,

traz a redução dos encargos que a empresa terá com seus empregados, diminuindo o preço dos produtos, que, conseqüentemente, tendem a serem mais aceitos pelo mercado consumidor.

Os instrumentos coletivos de trabalho, no contexto de *dumping social*, passam a viabilizar a formação de concorrência desleal, capaz de reduzir os parâmetros de equilíbrio da autonomia privada coletiva. Tal movimento de concorrência desencadearia, até mesmo, a incapacidade de manutenção de empresas de pequeno porte.

Portanto, percebe-se que as mudanças da reforma põem em discussão a eficácia do Direito do Trabalho em sua proposta de garantia de direitos. Na realidade, questiona-se se o papel do Direito do Trabalho, em sua seara coletiva, não estaria sendo reduzida a uma forma de legitimidade para que os empregadores possam manobrar abusividades lesivas aos obreiros visando maiores lucros.

As tendências globalizantes e atuais apontam para a necessidade de adequação das normas trabalhistas à realidade moderna, demandando a regulamentação das novas formas de inserção da massa trabalhadora no mercado. No entanto, pelo que se desdobra de suas conseqüências, os moldes trazidos pela referida reforma para tal adaptação rechaça os limites e parâmetros constitucionais.

Verifica-se que o estigma do negociado sobre o legislado se tornou possível pois carrega em si a insuficiência da organização de trabalhadores de estabelecer o empoderamento de seus interesses, viabilizado por um histórico de inércia estatal em regulamentar o pleno exercício da organização juscoletiva trabalhista.

Nota-se que, tendo em vista o antagonismo entre capital e trabalho, o perecimento da autonomia privada coletiva não é absoluto com as mudanças trazidas, contudo, demanda dos trabalhadores a consciência esclarecedora da realidade atual para que reajam na proporção devida.

Ocorre que, o modo que o arranjo de direitos fundamentais foi agregado à sociedade brasileira, historicamente, é o precursor dos frutos atuais.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo principal analisar o impacto da Reforma Trabalhista de 2017 (Lei 13.467/2017) (BRASIL, 2017) no que tange ao instituto da autonomia privada coletiva, razão de ser das organizações sindicais na busca de melhores condições nas relações de trabalho.

O recorte de análises feitas às mudanças trazidas se restringe à nova regulamentação dada às negociações coletivas, por sua vez ligada diretamente ao princípio da autonomia privada coletiva, reconhecendo-se que com a Reforma Trabalhista/2017 (BRASIL, 2017) ocorreu uma maior precarização das relações de trabalho nas flexibilizações de direitos negociados.

Verificou-se que a Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) estabeleceu como objetivo da autonomia privada coletiva, no que se refere às relações de trabalho, a superação dos conflitos de interesse entre capital e trabalho, permeado por garantias de patamar mínimo civilizatório que condizem com o Estado Democrático de Direito, na busca de melhores condições laborais,

inclusive, com o reconhecimento da livre associação sindical sem intervenção do Estado e a consequente elevação do valor das negociações coletivas como sendo o melhor meio para a defesa dos interesses sociais dos trabalhadores.

Foi defendido que a Reforma Trabalhista de 2017 (BRASIL, 2017) contribuiu ainda mais para a precarização das relações de trabalho no Brasil, inserindo na realidade obreira a perspectiva do negociado sobrepondo-se ao legislado. Tal constatação foi retratada quando do exame do artigo 611-A, da CLT, que estabeleceu uma maior amplitude no que se refere às matérias possíveis de serem negociadas, englobando temas que dizem respeito à proteção da saúde do trabalhador e ignorando os direitos indisponíveis e inegociáveis constitucionalmente estabelecidos, que não fazem parte de qualquer processo de negociação, em especial por conta da desigualdade, ainda que no plano coletivo, entre as partes envolvidas em uma relação de trabalho.

Do mesmo modo estabeleceu um desvirtuamento ao vetor constitucional da dignidade da pessoa humana, na medida em que promoveu uma ordem inversa àquela contida no artigo 7º, “caput” da CF, onde a negociação coletiva, assim como o contrato individual de trabalho, este último no que se refere à adição de cláusulas contratuais, somente poderão ser considerados válidos quando produzem resultados mais vantajosos no que se refere ao valor trabalho.

Como consequência, verificou-se que a negociação de direitos indisponíveis leva a permitir ofensa à integridade da saúde física dos trabalhadores, atingindo também o meio ambiente de trabalho. Além disso, o novo panorama permite a negociação desigual entre trabalhador e empregador, implicando também em verdadeiro desestímulo à organização sindical vigente.

O estudo se direciona a acadêmicos juristas e trabalhadores ao permitir o estímulo crítico sobre as mudanças legislativas no que tange aos parâmetros de conquistas de direitos trabalhista em paralelo ao ditame regulamentar posto pela Reforma Trabalhista de 2017, constatando-se, pois, o desvirtuamento do exercício pleno da autonomia privada coletiva por meio da redução de tais direitos.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renato Rua de. O modelo sindical brasileiro é corporativista, pós-corporativista ou semicorporativista?. **Revista Ltr: Legislação do Trabalho**, São Paulo, v. 77, n. 1, p. 7-15, 2013.

ALMEIDA, Renato Rua. A teoria da empresa e a regulação da relação de emprego no contexto da empresa. **Revista Ltr: Legislação do Trabalho**, v. 69, n. 05, p. 573-580, 2005. Disponível em: [http://renatoruaemarcusaquino.adv.br/publicacoes/renatorua\\_teorias\\_da\\_empresa.pdf](http://renatoruaemarcusaquino.adv.br/publicacoes/renatorua_teorias_da_empresa.pdf). Acesso em: 8 dez. 2019.

ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. **As Relações de trabalho: uma perspectiva democrática**. São Paulo: LTr, 2003.

ARRUDA, Kátia Magalhães. **Direito Constitucional do Trabalho: sua eficácia e o impacto do modelo neoliberal**. São Paulo: LTr, 1998.

ASSIS, Rebeca Luise Bensabath Dantas. A valorização do negociado sobre o legislado na reforma trabalhista. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia**, Salvador, v. 6, n. 9, p. 212-222, 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 126, n. 191-A, p. 1-32, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 14 nov. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 9, 30 dez. 2004.

BRASIL. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 14 jul. 2017. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13467-13-julho-2017-785204-publicacaooriginal-153369-pl.html>. Acesso em: 24 jan. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia. Medida provisória n. 873, de 01 de março de 2019. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre a contribuição sindical, e revoga dispositivo da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 157, n. 43-A, p. 1, 1 mar. 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv873.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv873.htm). Acesso em: 29 jan. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 25 jan. 2020.

BRASIL. Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio. Decreto Lei n. 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 11937, 9 ago. 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 14 de nov. de 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 277. As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho. **Diário da Justiça**: seção 1, Brasília, DF, 25, 26 e 27 set. 2012. Disponível em: [http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_251\\_300.html#SUM-277](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-277). Acesso em: 20 fev. 2020.

CAIRO JÚNIOR, José. **Direito coletivo do trabalho**. Salvador: JusPODIVM, 2006. v. 2.

CALCINI, Ricardo Souza. A prevalência do negociado sobre o legislado. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 51, p. 109-126, 2017.

- CASTRO, Maria Silvia Portela de. **Impactos da reforma trabalhista sobre a organização sindical e a negociação coletiva**. São Paulo: Friedrich Ebert Stiftung Brasil, 2017. Disponível em: <http://www.relats.org/documentos/ORG.Portela.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2020.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.
- DELGADO, Mauricio Godinho. Direito coletivo do trabalho e seus princípios informadores. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, v. 67, n. 2, p. 79-98, 2001.
- DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.
- FERRER, Walkiria Martinez Heinrich; OLIVEIRA, Lourival José de. Reforma trabalhista e a mudança de paradigma do negociado sobre o legislado. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 19, n. 1, p. 119-145. 2019. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/6829>. Acesso em: 25 fev. 2020.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1: parte geral.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- HINZ, Henrique Macedo. **Direito coletivo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- LIMA, Francisco Gerson Marques de. Instrumentos coletivos de trabalho, num contexto de reforma trabalhista. **NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 37, n. 2, p. 375-394, 2017. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/30916>. Acesso em: 21 mar. 2020.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 35. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- MEIRELLES, Davi Furtado. **Negociação coletiva em tempos de crise**: A polêmica quanto à prevalência do negociado sobre o legislado no sistema sindical brasileiro. 2017. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.
- MELO, Raimundo Simão de. Aspectos da reforma trabalhista sobre o meio ambiente do trabalho e a saúde do trabalhador. In: TREMEL, Rosângela; CALCINI, Ricardo (org.). **Reforma Trabalhista**: primeiras impressões. Campina Grande: EDUEPB, 2018. p. 707-733.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2012.

OIT – ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **C154 - Fomento à Negociação Coletiva**. [Brasília]: OIT, [2019]. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_236162/lang--pt/index.htm#note](https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236162/lang--pt/index.htm#note). Acesso em: 31 out. 2019.

OIT – ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 87, de 9 de julho de 1948**. Convenção sobre a Liberdade Sindical e à Proteção do Direito Sindical. [S. l.: s. n.], 1948. Disponível em: <https://www.diap.org.br/images/stories/OIT/convencao087.pdf>. Acesso em: 31 out. 2019.

OLIVEIRA, Lourival José de. **Direito do trabalho segundo o princípio da valorização do trabalho humano**: estudos dirigidos para alunos de graduação. São Paulo: LTr, 2011.

PADILHA, Viviane Herbst. **Negociação coletiva como instrumento de flexibilização das condições de trabalho**. 2016. Dissertação (mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais, com menção em Direito Laboral) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016.

RIBEIRO, Fabio Túlio Correia. A reforma trabalhista sob a ótica da cláusula de vedação ao retrocesso social, observada a força centrípeta das contingências econômicas: um novo round de uma velhíssima batalha. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 83, n. 4, p. 95-155, 2017.

SANTIAGO, Rafael da Silva. **Teoria dos contratos coletivos**: repercussões do direito civil no direito do trabalho. 2018. Dissertação (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. A flexibilização da jornada de trabalho e seus reflexos na saúde do trabalhador. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 42, p. 127-156, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie.

**Como citar**: PAROSCHI, Gulliver Vasni; OLIVEIRA, Lourival José. A Reforma Trabalhista de 2017 e os limites da autonomia privada coletiva no Brasil. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 18, n. 1, p. 206-228, mai. 2023. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v18n1p. 206. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 15/01/2020

Aceito em: 06/10/2022

## ESCASSEZ DE RECURSOS PÚBLICOS: UMA LEITURA A PARTIR DA SOLIDARIEDADE ENTRE OS ENTES FEDERADOS E AS PESSOAS

SCARCITY OF PUBLIC RESOURCES: A READING FROM SOLIDARITY BETWEEN THE FEDERATED ENTITIES AND THE PEOPLE

Hugo Thamir Rodrigues\*  
Marli Daniel\*\*

\*Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul/RS (UNISC). Professor do PPGD da UNISC – Doutorado e Mestrado. Coordenador do grupo de pesquisa Direito tributário e políticas públicas de desenvolvimento e inclusão social, vinculado ao PPGD da UNISC. Membro (subcoordenador) do Conselho de Ética na Pesquisa (CEP) da UNISC. Membro do Comitê de Ética no Uso de Animais da UNISC. Membro do Conselho Editorial da Edunisc. Professor das disciplinas de Direito Tributário I e de Direito Tributário II do Curso de Direito (graduação) da UNISC. Advogado.

E-mail: hugo.thamir@terra.com.br

\*\*Doutoranda no Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Mestre em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF); Possui Graduação em Direito e Especialização em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Membro do grupo de pesquisa Direito tributário e políticas públicas de desenvolvimento e inclusão social, vinculado ao PPGD da UNISC, coordenado pelo Professor Doutor Hugo Thamir Rodrigues. Atualmente é servidora pública no Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Sul - Campus Erechim e Advogada. O presente trabalho foi realizado com apoio do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Sul (IFRS) – Campus Erechim  
E-mail: marlidaniel@mx2.unisc.br

**Como citar:** RODRIGUES, Hugo Thamir; DANIEL, Marli. Escassez de recursos públicos: uma leitura a partir da solidariedade entre os entes federados e as pessoas. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 18, n. 1, p. 229-246, mai. 2023. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v18n1p. 229. ISSN: 1980-511X

**Resumo:** Objetiva-se analisar as consequências financeiras da pandemia do coronavírus (Covid-19), os limites e possibilidades das políticas públicas frearem a disseminação do vírus. Em tal contexto, a problemática da pesquisa está inserida na necessidade de associar o princípio da solidariedade entre o Estado e as pessoas para alcançarem respostas efetivas ao enfrentamento da crise sanitária. A partir dos dados obtidos do Boletim Epidemiológico da semana 34 de 2020 do Ministério da Saúde e, do princípio da solidariedade, buscou-se demonstrar a necessidade de se conjugar estímulos comportamentais positivos em defesa da vida de cada um e para todos. Demonstrou-se, a partir do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica e documental, que sem a inclusão do princípio da solidariedade é impossível ao Estado cumprir com medidas de proteção social diante da escassez de recursos. Evidenciou-se que, a inclusão do princípio da solidariedade como prática cotidiana é salutar ao enfrentamento da epidemia e, a união de esforços é crucial para o equilíbrio social. Por fim, constatou-se, que, apesar de não existirem muitas opções fiscais para reorganizar os cofres públicos, o Estado dispõe de ferramentas fiscais para aperfeiçoar o modelo de arrecadação e distribuição de receitas, com vistas a concretizar direitos e efetivar justiça social.

**Palavras-chave:** coronavírus; direito financeiro; justiça fiscal; políticas públicas; princípio da solidariedade.

**Abstract:** The objective is to analyze the financial consequenc-

es of the Coronavirus's pandemic (COVID-19), the limits and possibilities of public policies refraining the virus' dissemination. In such context, the problematic of the research is inserted in the necessity of associating the principle of solidarity between the State and the people in order to reach effective answers regarding coping with the sanitary crisis. Starting from the data obtained from the Epidemiological Newsletter of week 34 of 2020 from the Ministry of Health and, from the principle of solidarity, the goal was to demonstrate the necessity of conjugating positive behavioral stimuli in defense of the life of each and for everyone. It was shown, from the deductive method and bibliographical and documental research that without the inclusion of the principle of solidarity it is impossible for the State to comply with social protective measures in face of the scarcity of resources. It became evident that, the inclusion of the principle of solidarity as a daily practice is of the most importance for coping with the pandemic and, the joint of forces is crucial for the social balance. At the end, it was detected that, even though there are not many fiscal options to reorganize public safes, the State has at its disposal fiscal tools, to perfect the revenue collection and distribution model, in order to materialize rights and, enforce social justice.

**Keywords:** coronavirus; tax law; fiscal justice; public policies; principle of solidarity.

## INTRODUÇÃO

Diante das profundas transformações que ocorreram no cenário político, econômico e social nacional, por ocasião da pandemia do coronavírus - Covid-19, tem-se o propósito de analisar as medidas de proteção social adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública e a necessidade da inclusão do princípio da solidariedade nas políticas públicas de enfrentamento de crises sanitárias. A análise é realizada a partir das propostas de políticas públicas adotadas pelo Brasil em defesa da vida, estas que foram constantemente questionadas quanto a sua capacidade de equilibrar o cenário político para a retomada da economia frente à escassez de recursos demonstrados pelo Governo Federal durante a pandemia.

Nesse contexto, o governo brasileiro implementou políticas governamentais, assumindo a sua posição em defesa da manutenção da vida. Porém, tais medidas foram questionadas por especialistas quanto à eficácia na alteração do cenário de manutenção do emprego e da renda de milhares de trabalhadores, especialmente, para alcançar um ambiente econômico adequado à retomada da economia, pré-condição para a retomada do crescimento do país.

Diante da garantia do direito à vida em meio a uma pandemia que vitimou inúmeras pessoas pelo país, o que se pretende demonstrar é que o grande problema do país repousa sobre a escassez de recursos e a falta de estrutura em saúde da maioria dos municípios brasileiros. Frente a este cenário, observa-se as posturas adotadas pelo governo e as possíveis ações em políticas públicas necessárias para o país, demonstrando se há a necessidade de resgatar o princípio da solidariedade federativa e descentralizar recursos aos entes públicos municipais para que o país consiga enfrentar com melhores resultados possíveis crises sanitárias.

Para tanto, será abordado o papel do ente público municipal no atendimento à saúde pública e o princípio da cooperação entre os entes federativos em cumprimento aos deveres contidos na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). Contudo, reconhecendo que a competência em matéria de saúde está definida aos Municípios, esta deve ser desenvolvida por meio de cooperação técnica e financeira entre União e Estados, de forma que atenda a população no âmbito do seus territórios, demonstrando que o enfrentamento de uma pandemia, como a do coronavírus precisa ser combatida de forma articulada e coordenada por todos os entes federativos.

Em decorrência disso, também será observado que além da necessidade da cooperação federativa à valorização da vida, implica em uma consciência individual e coletiva, cabendo ao Estado e a cada um o dever de contribuir para o bem estar das demais pessoas sob o aspecto de que se importar com o outro envolve pensar no coletivo e no bem comum. Com isso, compreender a importância do quanto à solidariedade implica na sobrevivência do Estado Democrático de Direito, a partir do princípio da solidariedade federativa, bem como entre as pessoas, demonstra que esse agir em sintonia com as políticas públicas do Estado podem ser um forte aliado no enfrentamento de pandemias e, o agir individual ou coletivo, pode influenciar nos custos dos direitos quando não baseado na fraternidade e no cuidado com o outro.

As fragilidades impostas por uma crise sanitária e a escassez de recursos são os dois motes principais quanto à dificuldade do agir do estado para trazer a gestão do Estado à normalidade. Além disso, atitudes nada solidaristas, tanto de pessoas individuais como de pessoas jurídicas, podem colocar em risco as medidas adotadas e pensadas pelos Governos para auxiliar àquelas pessoas que ficaram desamparadas por conta da pandemia, em especial, as de baixa renda.

Por isso, busca-se demonstrar ao longo do texto que sem a inclusão do princípio da solidariedade é impossível ao Estado cumprir com as medidas de proteção social necessária para combater a crise que se instaurou sobre o Estado, além de pensar em medidas para combater o agravamento, diante dos poucos recursos disponíveis.

## 1 PRESSUPOSTOS LEGAIS PARA O ENFRENTAMENTO DE CRISES SANITÁRIAS

Sabe-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988) assegura em seu artigo 5º, a inviolabilidade do direito à vida, considerado um direito fundamental, imprescindível para desfrutar qualquer outro direito. Todavia, em tempos de pandemia, em que os recursos públicos são cada vez mais escassos impõe-se ao Estado um atuar de forma inteligente para garantir que os recursos públicos possam dar conta das demandas advindas, estas que surgem de forma rápida e normalmente intensa.

A CF (BRASIL, 1988) deu destaque especial à saúde, não se limitando a inseri-la como um direito social fundamental, determinando por meio de normas expressas que asseguram o acesso integral, universal e igualitário. Orienta ainda a sua organização de forma regionalizada, hierarquizada e descentralizada, objetivando propiciar o atendimento integral de todos, sem distinção, previsões estas que estão especialmente previstas nos artigos 6º, 23, II, e do art. 196 ao art. 200 e demais que regulam a saúde pública no país (BRASIL, 1988).

Para cumprir as determinações de enfrentamento da proliferação da contaminação pelo coronavírus Estados, Distrito Federal e Municípios seguiram as determinações estabelecidas pela Lei nº 13.979 (BRASIL, 2020c), editada em 06 de fevereiro de 2020, que regulamentou as medidas que “poderão ser adotadas para enfrentamento da emergência de saúde pública” que se disseminou pelo país. Cumpre ressaltar que as diretrizes impostas pela Lei nº 13.979/20 (BRASIL, 2020c) estão de acordo com o art. 5º da CF (BRASIL, 1988) que garante a preservação da vida, impondo que “*todas as medidas adotadas devem ser baseadas em evidências científicas e em análises sobre informações estratégicas em saúde, limitadas e baseadas no tempo e no espaço, ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública*” de acordo com a evolução dos riscos de contágio e proliferação da pandemia.

Deste modo, diante da multiplicidade de esferas de poder que o Brasil possui, a saber, Estados, Municípios e Distrito Federal, têm-se que todos os entes federados foram compelidos a seguir as determinações impostas pela referida lei no que tange à saúde pública no período em que prevalecer suas determinações. Nesse sentido, tanto os decretos Estaduais quanto os decretos municipais seguiram a lei e, portanto, não se discutiu em termos de ponderação, no que diz respeito à

liberdade e a economia, pois, em sua grande maioria, os Estados entenderam que a vida é prioridade em relação aos demais direitos individuais e coletivos (FINGER; SANTOS, 2022, p. 182-183).

Cumprir destacar que, serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de Direito Público. Deste modo, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo brasileiro. Em outras palavras, se trata daquelas atividades do Estado voltadas para oferecer alguma comodidade ou utilidade aos cidadãos (MELLO, 2004, p. 620).

Dentre os diversos serviços públicos ou comodidades estabelecidos pelo texto constitucional a serem prestados direta ou indiretamente pelos entes federativos, destaca-se o serviço de saúde, que, além de ser um direito social, sobretudo é um direito individual, corolário do princípio fundamental do direito à vida e a dignidade humana, conforme previsão do art. 5º, *caput* e art. 6º, *caput* da CF (BRASIL, 1988). Sobre a organização do Estado e, especificamente sobre o serviço de saúde, a CF estabelece no art. 23, inciso II à competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no cuidado à saúde, já no art. 30, inciso VII, está previsto que compete aos Municípios por meio de cooperação técnica e financeira da União e dos Estados, prestar serviços de atendimento à saúde à população no âmbito do seu território, ou seja, diante de uma pandemia o seu combate precisa ser de forma articulada e coordenada por todos os entes federativos (BRASIL, 1988).

Com isso, ao observar os princípios constitucionais citados, é possível perceber que o serviço de saúde é de responsabilidade de todos, por isso, entende-se que a descentralização de recursos públicos é fundamental e tem por finalidade a prestação direta, especialmente a nível municipal desse serviço tão caro à população. Consiste em fazer com que as ações e serviços de saúde atendam, de forma mais próxima e efetiva, às necessidades locais da população e os fatores condicionantes específicos do seu território, facilitando assim o acesso a essas ações e serviços. Por estarem mais próximos da população possuem melhores condições de identificar em que e quais ações são mais importantes, buscando sua maior resolutividade, por meio de uma administração mais moderna, participativa e de proximidade com os cidadãos (SARMENTO; TELLES, 2012, p. 122).

Por outro lado, sabe-se que o ente público municipal é a parte mais frágil quando se olha pelo ângulo do orçamento público, recurso indispensável para barrar a proliferação de uma pandemia como foi a do coronavírus, demonstrado a necessidade de altos investimentos públicos, dada a falta de infraestrutura em saúde que a grande maioria dos municípios brasileiros revelou. Excepcionalmente, nos casos de calamidade grave que foge ao controle dos demais entes federados, a Lei nº 8.080/90 (BRASIL, 1990), que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, à organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e de outras providências, prevê a competência da União Federal para executar diretamente ações de saúde,

conforme previsão do art. 16, parágrafo único<sup>1</sup> (BRASIL, 1990).

Da mesma forma, o artigo 198 da CF (BRASIL, 1988) ao orientar que as ações e serviços de saúde devem integrar uma rede regionalizada e hierarquizada, constituídas de um sistema único, organizado de forma descentralizada, com direção única “em cada esfera de governo” e financiada com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, demonstra que ao municipalizar a execução dos serviços de saúde a CF impôs uma grande responsabilidade aos Municípios, embora afirme que este os deva prestar com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado (BRASIL, 1988). A situação evidencia, de maneira especial com o surto de coronavírus à incapacidade técnica e financeira da maioria dos Municípios para cumprirem sozinhos o preceito universalizador e o atendimento integral da saúde.

Foi para amenizar esse problema que o Governo Federal publicou a Lei Complementar nº 173 (BRASIL, 2020a), de 27 de maio de 2020, que estabeleceu o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19) e alterou a Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2020, estendendo as regras de responsabilidade (BRASIL, 2000). Considera-se a sua relevância, pois, colocou em evidência o princípio da solidariedade e o princípio da subsidiariedade, em que aquele deve permear as ações dos entes federativos em todas as ações que dizem respeito à saúde, e, este, por sua vez, reforça que quando se trata do exercício do poder de cuidado da saúde dos cidadãos, regra geral, as políticas públicas devem ser desenvolvidas no local, perto daqueles que as demandam (SARMENTO; TELLES, 2012, p. 120-121).

Nesse sentido, embora a solidariedade não seja algo novo, pois sua percepção acompanhou a formação das sociedades ao longo da história, na Revolução Francesa a fraternidade se consubstanciou como um dos seus ideais, e, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a dignidade humana foi colocada no centro de suas acepções. No Brasil foi somente com a Constituição da República Federativa de 1988 (BRASIL, 1988) que a solidariedade toma sentido como premissa para a dignidade humana, sendo à base de todo o sistema jurídico.

No entanto, seu valor como princípio jurídico ainda é paradigmático para a maioria das sociedades, pois as levam a questionarem sobre qual o verdadeiro papel que cada ser humano assume enquanto parte da ordem social que pertence, considerando que a sua existência afeta a dignidade do outro, e a sua existência digna depende do equilíbrio dos direitos individuais, coletivos e difusos frente aos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais (CARDOSO, 2013, p. 171).

No âmbito da solidariedade federativa, tem-se que a União é o ente federativo com maior arrecadação e, conseqüentemente, com maior orçamento para promover ações em saúde, bem como em todas as demais áreas. Sendo o direito à saúde um direito fundamental, tutelado de forma expressa na Carta Constitucional, cujo fundamento se encontra pautado no princípio da dignidade humana, consagrando-se como um dos pilares de República Federativa do Brasil, tornando evidente que a descentralização efetivada pela Lei Complementar nº 173 de 2020 (BRASIL, 2020a) reforça a necessidade de prevalecer o princípio da solidariedade entre os entes federados para

---

<sup>1</sup> A União poderá executar ações de vigilância epidemiológica e sanitária em circunstâncias especiais, como na ocorrência de agravos inusitados à saúde, que possam escapar do controle da direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) ou que representem risco de disseminação nacional (BRASIL, 1990).

instrumentalizar os municípios no combate a crises sanitárias.

Repartir o produto da arrecadação é o mínimo que se espera da União em momentos de crise, estas que arrasam as economias, especialmente dos municípios. A Lei complementar nº 173 de 2020 (BRASIL, 2020a) foi necessária, veio para afastar a concepção individualista em prol da concepção solidária que se espera dos Estados nacionais em períodos de crise. O Estado tem o dever de modificar o cenário criado por pandemias ou outras crises, desenvolvendo normas capazes de concretizar a cooperação em prol do bem-estar coletivo. Nenhum ser humano pode estar à margem de sua própria sociedade, é por isso que o princípio da solidariedade federativa aparece como condutor dos preceitos contidos na CF (BRASIL, 1988) e estabelece a responsabilidade estatal em concretizar os direitos fundamentais em todo o país, especialmente abastecendo os entes públicos municipais para que consigam promover as políticas públicas de saúde a fim de combater colapsos no sistema de saúde.

## 2 IGUALDADE DE DIREITOS: PANDEMIA E O ARCABOUÇO LEGISLATIVO

Tem-se que o princípio da solidariedade se traduz em uma rede invisível de mútua interdependência, em que os indivíduos regidos pela consciência moral e pela boa-fé, precisam cooperar para evitar a lesão a outrem, a si mesmos e à sociedade. O objetivo constitucional da “igual dignidade social” estabelece o dever de solidariedade, determinando que o Estado e todos os membros da sociedade devem promover a existência digna de todos, aqui consubstanciada no direito ao acesso à saúde. Percebe-se que no constitucionalismo contemporâneo, diante de um cenário de crise sanitária o princípio da solidariedade entra como um novo paradigma acerca da repartição das receitas entre os entes da federação, impondo um novo sentido ao agir do Estado e da sociedade (CARDOSO, 2013, p. 257).

Observa-se que a Lei Complementar nº 173 de 2020 (BRASIL, 2020a) foi imprescindível para o futuro do país, algo novo no contexto brasileiro, demonstrando avanços e modernização legislativa, ainda que tenha vigorado em circunstância excepcional, pois se tratou de uma lei temporária, eis que esteve em vigor enquanto perdurou o estado de calamidade pública por conta da pandemia do coronavírus que desequilibrou as finanças de todo o país. No entanto, a descentralização de recursos financeiros que o governo federal realizou, demonstrou que as condições sanitárias do país exigiram ressignificação da postura federativa, sem a qual os municípios brasileiros ficariam inviabilizados para fins de preservação da vida pela via da saúde pública.

Sabe-se que as consequências econômicas por conta da paralisação da economia nacional foi gravíssima aos cofres públicos, pois, reduziu de forma brusca, num período de tempo curto às receitas tributárias de todos os entes federativos, surgindo a necessidade de suporte do Governo Federal para reequilibrar o caixa de Estados e Municípios. Sobre a ajuda dada a Estados e Municípios pela Lei Complementar nº 173 de 2020 (BRASIL, 2020a), os valores estão definidos no art. 5º, que dispõe sobre a distribuição dos 60 bilhões de reais para o exercício 2020, para aplicação pelos poderes executivos locais, em ações de enfrentamento e para a mitigação de seus efeitos

financeiros, sendo que o critério de rateio foi com base na população apurada a partir dos dados populacionais mais recentes publicados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Com isso, pode-se dizer que existiu cooperação entre os entes federados, de maneira proporcional, com o estabelecimento do equilíbrio dos caixas dos Estados e Municípios, adequadas para cada região, a fim de que ocorresse o desenvolvimento das políticas de saúde de forma conjunta, reduzindo os efeitos ocorridos pelas restrições impostas em todo o país pela Organização Mundial da Saúde para evitar o alastramento do coronavírus. Observa-se que o investimento público na proteção da vida por meio de investimentos para equipar toda a rede de atendimento em saúde pública é o que auxiliou no avanço da contaminação, não só no cenário brasileiro, mas também nos demais países.

Dados do Centro de Pesquisa, Ciência e Tecnologia do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) demonstra que a pandemia teve impactos significativos em todas as economias do mundo, sendo que a União Europeia, Alemanha, França, Estados Unidos, Canadá e Reino Unido, por exemplo, estão apostando na ciência, investindo altos valores em pesquisa, coordenando suas iniciativas internas com os esforços identificados pela Organização Mundial de Saúde (OMS), a fim de desenvolver e promover tecnologias de combate ao coronavírus (NEGRI *et al.*, 2020). Nesse sentido, o Brasil também demonstrou empenho para efetivar políticas públicas de preservação da vida frente à pandemia. As iniciativas foram de coordenação do Governo Federal, em especial do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicação (MCTIC), com o intuito de promover a integração dos esforços de pesquisa científica e desenvolvimento de tecnologias sobre viroses emergentes.

O Ministério da Educação também desenvolveu ações para o enfrentamento do coronavírus, dentre elas destacam-se formaturas antecipadas para que fossem lançados no mercado mais profissionais da área da saúde, bem como à destinação de recursos para Universidades Federais e Institutos Federais para atuarem no combate à pandemia do coronavírus. Não obstante, elucida-se o auxílio por meio de prorrogação de bolsas a 428 intercambistas retornarem com segurança para o Brasil, além de um programa emergencial para apoiar pesquisas voltadas ao enfrentamento de surtos, de epidemias e de pandemias, como o coronavírus por meio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

As medidas tomadas podem não ter sido suficientes, no entanto, não se pode excluir do quadro geral o impacto orçamentário em curto prazo, tão pouco se pode prever com exatidão o impacto a longo prazo dos gastos com direitos em saúde, o certo é que eles evoluem e necessitam de constante revisão. Para tanto, o que se verifica nesse tópico é de que o modelo de repartição de receitas para fins de manutenção da vida não daria conta das demandas advindas com a pandemia, demonstrando que, em termos objetivos, o princípio da solidariedade implica à compreensão de que os direitos devem estar disponíveis a todos e devem ser disponibilizados de maneira eficiente pelo Estado.

Decorre disso, a necessidade da cooperação federativa para valorização da vida e, isto implica uma consciência individual e coletiva, cabendo ao Estado e a cada um a obrigação mo-

ral de contribuir para que as contaminações advindas de pandemias não avancem; pois, o mais importante é a compreensão de que a solidariedade implica uma ética diferenciada, não apenas individual, mas, sobretudo, social, baseada na noção de fraternidade, cuidado e de bem comum (CARDOSO, 2013, p. 193-196).

Com base no que foi até aqui abordado, percebe-se que ao se imputar ao Estado e a todos o encargo pela manutenção da vida, a ordem social e democrática inserida no texto constitucional, estabelece o dever de solidariedade que somente será atingida por meio da ponderação de valores que oscila entre direitos e deveres fundamentais. Ainda que os efeitos da crise pandêmica seja variável tanto internamente como no mundo, a certeza que se tem, é que o cenário impôs uma nova arquitetura para todas as instituições jurídicas, políticas e sociais. Tem-se que ter presente que todas as ações precisam estar moldadas a partir da concepção dirigente da CF (BRASIL, 1988), pois é ela que dá o norte e o caminho para sair das situações de crises graves como foi a pandemia do coronavírus.

Nesse sentido, o tema remete à reflexão de como se pode aprender sobre os direitos mediante a reflexão de seus custos orçamentários. O cenário nacional e internacional tem demonstrado a necessidade de romper com a crença de que o Estado é adversário dos direitos humanos. Embora ainda se faça necessário proteger as pessoas contra os arbítrios do mesmo, certo é que o poder público passou a ser o maior responsável pela promoção e garantia dos direitos fundamentais e de realizar o projeto constitucional de desenvolvimento da dignidade humana, especialmente no aspecto da saúde pública (CARDOSO, 2013, p. 221).

A premissa de que os direitos fundamentais podem ser usufruídos sem custo algum, embora muito disseminada, é evidentemente falsa. Significa dizer que o interesse do Estado e da sociedade, de conservar recursos fiscais e administrativos, que são escassos, é um fator que deve ser considerado para a análise das diferentes situações (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 13).

Importa ainda dizer que, diante de dados significativos de restrições econômicas como as presenciadas por conta da pandemia do coronavírus, corresponde dizer que o custo de proteger aqueles que foram mais impactados pelas medidas governamentais, sejam eles qualificados ou não, contribuintes ou não, sempre sairá do bolso de alguém, visto que os recursos disponíveis para qualquer programa de bem-estar social não são ilimitados, são sim, muito limitados em todos os países do mundo (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p.14-15). No constitucionalismo contemporâneo, na perspectiva da solidariedade e da mudança de paradigmas frente a uma pandemia, o certo é que se dá também um novo sentido ao comportamento dos particulares, o que significa dizer que a cada um também cabe assumir sua respectiva responsabilidade para com a preservação da vida, pois, a CF impõe o dever de cuidado com o próximo, evidenciando sua extensão em prol da solidariedade com as presentes e futuras gerações (HARARI, 2017, p.111-118).

Sendo assim, ideia solidarista pressupõe que o comportamento humano é um comportamento centrado no meio social, por isso, a consciência jurídica pelas atitudes, impõe aos particulares a obrigação de levar em conta a condição dos demais componentes da sociedade, pois, todos são responsáveis pelos problemas sociais, difusos e coletivos, inclusive das futuras gerações. Isto sig-

nifica que todos devem empenhar-se para afastar comportamentos individualistas que normalmente trazem consigo atos de expropriação alheia ou contra o Estado.

Os valores solidaristas que conduzem a justiça e a paz de todos, pressupõe proteger e assegurar a liberdade de agir de cada um compatibilizando-a com os interesses coletivos para assim dar equilíbrio entre todos (interesses públicos e privados). Quer se dizer com isso, que as fraudes identificadas pela Controladoria Geral da União (CGU), no recebimento do auxílio emergencial de R\$ 600,00 (seiscentos reais) instituído pela Lei nº 13.982 de 02 de abril de 2020 (BRASIL, 2020b), que estabeleceu medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, demonstra a urgência em resgatar o valor da solidariedade dos particulares, pois, se como já mencionado, todos são responsáveis pela manutenção da vida e pelo bem estar em comunidade, atitudes como estas revelam que o Estado não é o único culpado pela desigualdade instaurada na civilização humana (CARDOSO, 2013, p. 166-167).

Com isso, extrai-se do próprio texto da Lei quem são as pessoas que têm direito ao benefício e quais os requisitos necessários para receber o auxílio. Todavia, como a solicitação foi disponibilizada para ser solicitada também por meio de aplicativo da Caixa Econômica Federal (CEF) em que o próprio requerente realiza o cadastro e declara os dados solicitados, muitas pessoas incluíram informações falsas para receberem o benefício indevidamente, o que gera lesão ao patrimônio público, configurando crime de falsificação ideológica e de estelionato, conforme previsto nos arts. 171 e 299 do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940).

Com isso, é possível observar que os direitos podem impor ao tesouro público um ônus que vai além do seu custo direto quando as pessoas extrapolam ou violem direitos. Sabe-se que fazer um programa perfeito em tempo recorde é uma tarefa difícil ou quase impossível, ainda mais envolvendo tantos beneficiários. O auxílio emergencial do Governo Federal visa melhorar as condições econômicas daqueles grupos determinados, e, é o maior programa de transferência de renda do país, de forma que o mínimo que se espera das pessoas é bom senso, ética e respeito ao próximo. Cada um sabe se tem direito ou não. Mas por que então as pessoas se locupleteiam dessa forma?

Talvez a explicação esteja na forma com que os homens se autorreconhecem na sociedade e nos padrões de socialização que passaram ao longo das suas etapas de vida. Para Axel Honneth (2003, p. 179), “só se pode chegar a uma compreensão de nós mesmos como portadores de direitos quando possuímos, inversamente, um saber sobre quais obrigações temos de observar em face do outro”. Percebe-se com isso, a importância de observar o “outro” numa perspectiva normativa de coletividade, em que todos são dignos de direitos, ao passo que quando se compreende as necessidades dos demais seja possível também entender o sentido dos direitos que cabe a cada um e, com isso, estar seguros do cumprimento social e do papel de cada um na concretização do amor ao próximo e da construção de uma sociedade, onde o índice de felicidade seja o ideal a ser perseguido por todos (HONNETH, 2003, p. 179).

Quando se consegue compreender que todos os homens são iguais em direitos e obrigações,

percebe-se que o reconhecimento do outro está incorporado no direito positivo, essencialmente nos preceitos do art. 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que não permite atitudes contrárias à ordem constitucional, notadamente as que negligenciam com o cuidado do próximo, nos seus valores mais caros, que é o direito a uma vida digna, ao mínimo existencial para a sua sobrevivência. Para que o indivíduo tenha capacidade de se relacionar consigo mesmo e com a comunidade em que vive, de modo que só conseguirá alcançar a dignidade humana efetiva e em todos os seus planos, é preciso ter presente o reconhecimento do “outro” como pessoa, independente da estima por suas realizações ou por seu caráter. O respeito ao ser humano como pessoa deve se pautar na vivência plena pela opção do amor ao próximo no sentido de respeito universalizado (HONNETH, 2003, p. 184-185).

A consciência que se espera de cada um sobre “os custos dos direitos” importa dizer que práticas que ferem direitos podem enfraquecer o compromisso com a proteção dos direitos básicos, simplesmente porque pessoas infringem a ordem jurídica e não pautam o seu agir na sociedade pelos valores da moral e do respeito, pelo fato de que a sua constituição como pessoa não está pautada no reconhecimento jurídico dos direitos universalistas de proteção da dignidade humana. Sendo assim, de acordo com Holmes e Sunstein (2019, p. 16), o que prevalece são os valores pautados na propriedade privada e na cultura do acumular em detrimento da vida dos demais.

Ter obrigações para com os demais é o que José Casalta Nabais (2007) destaca como deveres fundamentais. Para ele os deveres fundamentais são uma categoria jurídico-constitucional própria colocada ao lado dos direitos fundamentais, categoria esta que se impõe como um corretivo da liberdade a que cabe a cada um, traduzindo-se na mobilização do homem para a realização do bem comum (NABAIS, 2007, p. 251). Percebe-se, portanto, que os contornos conceituais do que se chama de bem comum não fica unicamente atrelado a programas de governo, pois constitucionalmente previsto, por isso existe uma vinculação e um comprometimento tanto das pessoas como dos Poderes em todas as esferas para a sua concretização. Logo, se pode dizer que o bem comum corresponde à concretização dos objetivos e princípios constitucionalmente postos, especialmente mediante a realização dos direitos fundamentais (BUFFON, 2009, p. 218).

Nota-se com isso, que, mesmo que fosse possível calcular até o último centavo o quanto custa garantir direitos a todos, indistintamente, num determinado ano fiscal, nem por isso seria possível apurar com precisão o quanto se deve gastar no caso de uma pandemia, pois, a questão depende de uma avaliação que vai além da política, envolve elementos morais, culturais e sociais, não podendo ser decidida pela simples contabilidade financeira, pelo de que existem muitos fatores que influenciam a disponibilidade de recursos (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 17). Fica evidente que os deveres fundamentais possuem clara relação com o princípio da solidariedade e da cooperação, sobretudo quando observado sob o prisma da preservação da vida, consagrado constitucionalmente. Evidencia-se também a sua relação quando se consegue perceber que os deveres fundamentais devem ser encarados e suportados por todos os indivíduos para com a comunidade nacional, ou seja, os deveres fundamentais são concretizadores do princípio da solidariedade, pois possuem caráter geral e universal, onde não cabem distinções ou discriminações de qualquer natu-

reza para com os demais membros da sociedade (NABAIS, 2007, p. 256-260).

Os deveres fundamentais traduzem então aquela quota parte que cada cidadão necessariamente precisa suportar direta ou indiretamente para a promoção do bem comum, que vai muito mais além do dever fundamental de pagar impostos. Pois o dever de colaborar para a construção da sociedade não deve simplesmente se operar pelo medo da coerção do Estado, mas sim, deve estar incutido em cada pessoa, a sua obrigação de colaborar para o bem-estar dos demais e, isso, só ocorre quando se consegue conjugar tais preceitos com os direitos fundamentais. Além disso, os deveres fundamentais são ligados à existência e funcionamento do estado democrático de direito, em que se sobressai a dignidade humana, ou seja, são inseparáveis de toda ação que visa preservar a vida, o meio ambiente e acima de tudo, assegurar viabilidade social às presentes e futuras gerações.

Apesar dos deveres fundamentais serem essencialmente posições jurídicas individuais, conferidas às pessoas humanas, também é uma postura que se exige das pessoas coletivas enquanto partícipes da construção da sociedade. Por isso, as formas de corrupção e usurpação do patrimônio público quando advém da pessoa jurídica são igualmente repudiadas, pois, há de se considerar que por trás dessa pessoa coletiva, de algum modo está inserido o caráter individual e a intersubjetividade da realização da personalidade jurídica humana individual (NABAIS, 2007, p. 257-258).

Desse modo, os deveres fundamentais imputados a cada indivíduo e as empresas públicas ou privadas, todos eles possuem a mesma finalidade, que é a promoção do bem comum, da preservação da vida e, por conseguinte, à concretização da dignidade humana. Isso, porque, por detrás dos deveres fundamentais está a dignidade da pessoa individual, a qual exige, para a sua realização, deveres comunitários (princípio da solidariedade) que implica uma divisão igualitária de obrigações e responsabilidades para a sua existência e funcionamento (NABAIS, 2007, p. 289-290).

Logo, pode-se dizer que a vida em comunidade não é uma tarefa simples, principalmente quando afetada por uma pandemia na proporção que foi vivenciada, desta forma, é preciso levar em consideração que não bastam às regras de Direito para a harmonização social, o ser humano precisa pautar suas ações na solidariedade, no amor, no fazer o bem ao próximo, pois somente assim será capaz de auxiliar o Estado na valorização da vida dos seus iguais. Do contrário, contribuirá para o estado de crise, agudizando ainda mais a dignidade humana daqueles que menos dispõe de recursos para a sua sobrevivência.

### **3 A EPIDEMIA DE CORONAVIRUS NO BRASIL E AS POSSÍVEIS SOLUÇÕES FISCAIS**

Como observado, os custos dos direitos não são unicamente atribuíveis ao Estado, ele é imposto a cada pessoa por meio do qual cada um assume a sua parcela de responsabilidade à manutenção da vida em sociedade. Nesse sentido, já se observou que o Brasil adotou medidas para amenizar os danos causados pela pandemia do coronavírus, e, ainda não é possível afirmar se elas foram suficientes ou não, pois, transcorrido um tempo insuficiente para tal afirmação.

Nesse sentido, observou-se que atitudes antissolidaristas, tanto individualmente como de pes-

soas jurídicas contribuíram para aumentas os riscos às medidas adotadas pelo Governo Federal para auxiliar àquelas pessoas que ficaram desamparadas por conta da pandemia, ao se beneficiarem de forma irregular do programa de transferência de renda ou por meio de outras formas corruptivas, prestando um desserviço no combate da proliferação do vírus. Em meio a uma crise que causa desemprego, desespero e ainda mais desigualdade social, o Estado se depara com o dilema entre priorizar saúde em detrimento da economia ou priorizar a economia em detrimento da saúde, que aparentemente mobiliza ambos os lados do espectro político, demonstrando ser impossível lidar com as duas situações ao mesmo tempo, sem, contudo, inviabilizar a preservação da vida.

De um lado estiveram os favoráveis ao fechamento total dos estabelecimentos públicos e privados, impedindo a circulação de bens e pessoas e, de outro lado estavam os favoráveis às liberações gradativas dos estabelecimentos comerciais, desde que respeitadas às medidas de proteção sanitária mediante controle de gastos públicos e planejamento das ações de forma conjunta entre os entes da federação para que de forma gradativa tudo retornasse à normalidade. Observando-se os dois lados, foi possível identificar que ambas as considerações dificilmente aliviarão as tensões geradas e os reflexos da pandemia, pelo simples fato de que não se pode subestimar também o impacto das atitudes internas nas relações com a comunidade internacional.

Além disso, “ainda que todos agissem de forma coesa”, sempre haverá aquele que não seguirá as regras impostas, seja pela sua natureza, seja pelas concepções políticas, filosóficas ou religiosas, ou seja, “pela sua diminuta área de especialização que não os permite compreender o todo ao seu redor”, apoiando-se cegamente “na opinião de outros especialistas, cujo conhecimento também é limitado a uma área de especialização minúscula”, impedindo de perceber a importância que suas atitudes representam para o bem da comunidade e, isso apenas favorece a disseminação do caos (HARARI, 2017, p. 58).

Entretanto, aqueles que atacam todos os programas de bem-estar e seguridade social, por uma questão de princípio, devem ser encorajados a contemplar o óbvio, a saber, todos estão compelidos a contribuir com o bem estar dos demais, independente das convicções de cada um. Assim, em tempos de crises o que deve prevalecer, além do bom senso, é a ética do cuidado.

Tais ponderações impõe pensar sobre os dilemas entre ter direitos e aparentar ter direitos, sobre a igualdade humana e sobre a qualidade de vida digna de todos, como alerta Bauman (2015, p. 10), ao colocar em pauta de discussão “se a riqueza de todos” de fato “beneficia a todos”. Por óbvio, suas convicções demonstram justamente o contrário, elas só serviram para aumentar o abismo entre ricos e pobres.

O fato de os direitos serem financiados pelos esforços de todos, não autoriza saquear de forma ilegal os cofres públicos. Os recursos recebidos de forma irregular por aqueles que não tinham direito, poderia ter sido distribuído de modo eficaz àqueles que estão dependendo do recurso para matar sua fome, de seus filhos e familiares e, especialmente em tempos de pandemia, de se proteger para evitar a contaminação pelo coronavírus.

Tem-se a impressão que por conceber os direitos como armas para confrontar e atacar o Estado, talvez não se deem conta de que se apropriando de recursos que não lhe são necessários estão

contribuindo por encarecer os custos dos direitos. A justificativa dada pela grande maioria dos expropriadores de que “contribuí e nunca ganhei nada do Estado” só vem a confirmar a velha justificativa moral básica da economia de livre mercado que busca o lucro individual acreditando na falácia que este também é um mecanismo para a busca do bem comum (BAUMAN, 2015, p. 11).

Embora, muitos talvez, alegam desconhecer suas responsabilidades diante de tal atitude, o certo que não lhes é permitido alegar desconhecimento da lei e talvez muitos não se sintam à vontade diante de um estudo sobre o custo orçamentário dos direitos que são sonogados diariamente a inúmeros brasileiros devido a desvios de toda ordem, pois, possivelmente centram sua atenção de maneira muito simples e no fato de que os direitos dependem essencialmente do Estado, o que é uma verdadeira falácia. Nesse sentido, é preciso ter presente que em matéria de responsabilidade política a exigência é de que os governos sejam transparentes.

Tal exigência aparece na previsão contida no § 5º do art. 150 do texto constitucional brasileiro e, significa que importa saber que determinado tributo foi pago, pouco importando quanto foi pago (BRASIL, 1988). Por outro lado, no que diz respeito à matéria tributária, importa saber quem está pagando e quem está se beneficiando, porque esta vai além da transparência política, se trata também de condição para demonstrar eficiência do sistema e demonstrar segurança para investidores, já que o país é uma economia aberta (SCHOUERI, 2019, p. 98-99).

Na realidade, o que o governo pode fazer em curto prazo para reorganizar as contas é muito pouco, de maneira que, uma das poucas opções que resta ao governo é incentivar a retomada gradativa da economia para que os efeitos não sejam piores. Os próximos anos podem vir ancorados em decisões que podem representar cortes em programas essenciais, nos quais a discricionariedade possivelmente seja a justificativa para se evitar investimentos ou pode vir no aumento de tributos, já que é através da arrecadação de tributos que o Estado tem meios para custear seus fins e concretizar o bem comum (BUFFON, 2009, p. 217).

Outra medida pode ser a de buscar soluções em receitas extraordinárias, que podem se enquadrar em receitas públicas permanentes ou usuais, decorrentes de receita originária da exploração econômica de bens do ente federativo, como preços públicos, alienação ou aluguel de bens, indenizações, dentre outros decorrentes de receita derivada do patrimônio de particulares ou do pagamento por este em contraprestação de serviços públicos prestados (SCHOUERI, 2019, p. 246-247). Pode ainda, acelerar processos de concessão, reduzir ministérios e subsídios, aumentar a carga tributária ou acelerar a reforma administrativa e eleitoral, já que outras reformas estruturais, como a previdenciária, já foi feita.

Essas possibilidades demonstram às formas como o Estado por meio da tributação pode intervir na sociedade, seja no campo econômica ou social, com vistas a concretizar as diretrizes constitucionalmente previstas (BUFFON, 2009, p. 217). Com efeito, ao se considerar que a política orçamentária do país se decide basicamente sobre despesas públicas e receitas públicas, sendo que ambas são constituídas principalmente por impostos, tem-se que os responsáveis pelas políticas fiscais precisam levar em conta as implicações que cada um deles opera sobre o domínio econômico, bem como sobre o domínio social, pois são esses no momento os campos mais sensí-

veis do governo (NABAIS, 2008, p. 44).

Por sua vez, promover somente o ajuste fiscal, descuidando do desenvolvimento e das políticas sociais de transferência de renda, permitirá que o Estado apresente suas contas em ordem, sem, contudo, perspectiva de melhorar o bem estar da população, em especial, em termos de saúde, um dos segmentos mais caros do setor público.

## CONCLUSÃO

Demonstrou-se no presente estudo que, compete ao Estado por meio de todos os entes da federação promover saúde a todos, conforme previsão do texto da CF (BRASIL, 1988) que assegura em seu artigo 5º, a inviolabilidade do direito à vida, considerado um direito fundamental, imprescindível para desfrutar qualquer outro direito. Por isso, supõe-se que a capacidade federativa para concretizar os objetivos contidos no texto constitucional, bem como nas demais leis especiais que foram editadas por conta da pandemia do coronavírus, especialmente na área da assistência à saúde, dependerá da conjugação do princípio da solidariedade com as boas práticas na gestão dos recursos públicos para manter a governabilidade frente à forte crise econômica na qual vive o país.

Observou-se que o princípio da solidariedade importa à compreensão de que uma existência digna depende do equilíbrio dos demais direitos fundamentais, sendo assim, no âmbito da solidariedade federativa o princípio reforça o caráter solidarista imposto pela CF, por meio da cooperação governamental como mecanismo para a concretização do bem estar individual e coletivo, ao passo que a solidariedade de todos é salutar ao enfrentamento de crises sanitárias, levando-se em conta que a união de esforços é fundamental para o equilíbrio social, econômico e financeiro do país, tendo em vista que o problema repousa sobre a escassez de recursos e a falta de estrutura em saúde da maioria dos municípios brasileiros.

Importa dizer que, diante de dados significativos de restrições econômicas impostas pela pandemia do coronavírus, significa que o custo de proteger aqueles que foram mais impactados pelas medidas governamentais, sejam eles qualificados ou não, contribuintes ou não, sairá do bolso de alguém. No entanto, visto que os recursos disponíveis para qualquer programa de bem-estar social não são ilimitados, são sim, muito limitados em todos os países do mundo e, ainda que financiados pelos esforços de todos, não autoriza saquear de forma ilegal os cofres públicos.

Ressaltou-se que a ideia solidarista pressupõe que o comportamento humano está centrado no meio social, de forma que a consciência jurídica pelas atitudes impõe aos particulares a obrigação de levar em conta a condição dos demais componentes da sociedade, pois, se todos são responsáveis pelos problemas sociais, difusos e coletivos, inclusive das futuras gerações. Isto significa que todos devem empenhar-se para afastar comportamentos individualistas que normalmente trazem consigo atos de expropriação alheia ou contra o Estado.

Extrai-se disso, que, embora as políticas públicas adotadas pelo governo para contornar a crise pandêmica represente um grande rombo nos cofres públicos, o que importa de fato, é que elas impactaram de forma positiva na vida de milhares de pessoas, possibilitando uma pequena

melhora nos índices de pobreza no Brasil. Além disso, em relação às políticas públicas que podem ser adotadas pelo governo a curto prazo para reorganizar as contas sejam limitadas, percebeu-se que a melhor opção que resta ao governo é incentivar a retomada gradativa e segura da economia para que os efeitos não sejam piores no futuro.

Dentre as opções fiscais, indicou-se a opção pela busca em receitas extraordinárias, que podem se enquadrar em receitas públicas permanentes ou usuais, decorrentes de receita originária da exploração econômica de bens do ente federativo, como preços públicos, alienação ou aluguel de bens, indenizações, dentre outros decorrentes de receita derivada do patrimônio de particulares ou do pagamento por este em contraprestação de serviços públicos prestados.

Conclui-se com isso, que a proposta de trazer para o debate o custo dos direitos, teve o intuito de demonstrar que a dificuldade do país em dar conta de situações pandêmicas não envolve apenas o Estado com as suas políticas fiscais, mas sim, carece da participação de cada pessoa, pois não se constrói um país justo, com igualdade de condições, com melhoria da qualidade de vida se continuar a perpetuar no país as velhas práticas antissolidaristas e corruptivas que se instaurou e se enraizou ao longo da história do país.

## REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **A riqueza de poucos beneficia todos nós?**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 126, n. 191-A, p. 1-32, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 jun. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia. Lei complementar nº 173 de 27 de maio de 2020. Estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19), altera a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 101, p. 4, 28 maio 2020a. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp173.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp173.htm). Acesso em: 05 jun. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia. Lei n. 13.982, de 02 de abril de 2020. Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC), e estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19) responsável pelo surto de 2019, a que se refere a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 158, n. 64-A, p. 1, 2 abr. 2020b. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/113982.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113982.htm). Acesso em: 06 jun. 2020.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Lei complementar n. 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 5 maio 2000. Disponível em: ht-

[tps://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp101.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm). Acesso em: 05 jun. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 158, n. 27, p. 1, 7 fev. 2020c. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm). Acesso em: 05 jun. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. Decreto lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 19699, 13 out. 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm). Acesso em: 05 jun. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 128, n. 182, p. 18055, 20 set. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm). Acesso em: 06 jun. 2020.

BUFFON, Marciano. **Tributação e Dignidade Humana**: entre os direitos e deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CARDOSO, Alenilton da Silva. **Princípio da Solidariedade**: o paradigma ético do Direito Contemporâneo. São Paulo: Ixtlan. 2013.

FINGER, Anays Martins; SANTOS, Miriam Cheissele dos. Democracia representativa: Produção legislativa e o papel do executivo e do legislativo. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 2, p. 173-187, 2022.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens**: Uma breve história da humanidade. Tradução de Janaína Marcoantonio. 25. ed. Porto Alegre: L&PM, 2017.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass Robert. **O custo dos direitos**: Por que a liberdade depende dos impostos. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: A gramática moral dos conflitos sociais. Tradução de Luiz Repa. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

NABAIS, José Casalta. **Estudos de direito fiscal**: por um Estado fiscal suportável. Coimbra: Almedina, 2008. v. 2.

NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com Responsabilidade**: estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora. 2007.

NEGRI, Fernanda de; ZUCOLOTO, Graziela; MIRANDA, Pedro; KOELLER, Priscila. **Ciência e Tecnologia frente a pandemia**: Como a pesquisa científica estão ajudando a combater o novo coronavírus no Brasil e no mundo. Rio de Janeiro: IPEA, 2020. Disponível em: <https://www.ipea>.

gov.br/cts/pt/central-de-conteudo/artigos/artigos/182-corona. Acesso em: 05 jun. 2020.

SARMENTO, Daniel; TELLES, Cristina. Judicialização da saúde e responsabilidade federativa: solidariedade ou subsidiariedade?. *In*: ASENI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (org.). **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

**Como citar:** RODRIGUES, Hugo Thamir; DANIEL, Marli. Escassez de recursos públicos: uma leitura a partir da solidariedade entre os entes federados e as pessoas. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 18, n. 1, p. 229-246, mai. 2023. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v18n1p. 229. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 16/09/2020

Aceito em: 29/11/2022

## CAPÍTULOS 1 A 3 DA OBRA O DIREITO E OS DIREITOS HUMANOS

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. 2 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

Francisco de Souza Dantas Muniz Cerantola\*

**Como citar:** CERANTOLA, Francisco de Souza Dantas Muniz. Capítulos 1 a 3 da obra o direito e os direitos humanos. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 18, n. 1, p. 247-249, mai. 2023. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v18n1p. 247. ISSN: 1980-511X

*O direito e os direitos humanos* é um ensaio de filosofia dos direitos humanos publicado pela primeira vez em 1983, na França, de autoria do filósofo e historiador jurídico Michel Villey, que foi professor nas Universidades de Estrasburgo e Paris. A obra se insere na última fase de produção de Villey, um pensador católico, conservador e tradicionalista, escrita em momento próximo ao de seu falecimento, que viria a ocorrer em 1988.

Em que pese não ser isenta de críticas – muito pelo contrário –, a obra se mostra extremamente frutífera ao necessário debate e reflexão sobre a temática proposta, na medida em que sai dos lugares comuns da matéria, questionando o próprio conceito de direitos humanos. Atentando-se a essa importância, esta resenha apresentará os dois primeiros capítulos, intitulados, respectivamente, *A questão dos direitos humanos* e *Razões e meios de um estudo crítico da linguagem dos direitos humanos*.

Logo nas primeiras páginas, Villey já deixa clara a *motivação* para escrever a obra: o discurso generalizado sobre os direitos humanos, que se fazia presente em jornais, campanhas políticas e até nos discursos do Papa da época<sup>1</sup>. Também no começo, é anunciada a hipótese que virá a ser defendida ao longo do texto, isto é, “os direitos humanos são um produto da época moderna” (VILLEY, 2019, p. 2), fruto da filosofia idealista. Essa assertiva questiona os diversos manuais de direitos humanos que discorrem longamente em tópicos sobre os direitos humanos na Antiguidade, na Idade Média, no Código de Hamurabi, na China, Israel, etc. Para Villey, só seria possível falar-se em direitos humanos na modernidade ocidental.

O grande paradoxo apontado pelo autor é o discurso generalizado sobre direitos humanos de um lado e, do outro, a imprecisão linguística do termo, que nada significaria de preciso, pois desprovido de significação ou *meaningsless*.

O surgimento dos direitos humanos seria uma resposta defensiva ao Absolutismo em um primeiro momento e, posteriormente, ao autoritarismo do positivismo jurídico<sup>2</sup>, bem como às bar-

1 “Sim, o discurso muitas vezes repetido sobre os direitos humanos de nosso papa polonês despertou em nosso pequeno grupo da Universidade Paris II o desejo de pesquisar o significado exato dessas palavras” (VILLEY, 2019, p. 1).

2 Villey entende positivismo jurídico como “filosofia das fontes do direito aceita pela maioria dos juristas e que os dispensa, submetendo-os à vontade arbitrária dos poderes públicos, da busca pela justiça” (VILLEY, 2019, p. 2-3), na medida em que se caracteriza pelo monismo jurídico estatal, ou seja, todo direito provém do Estado, exclusivamente:

\* Aluno da Universidade Estadual de Londrina. Email: fransouzadantas@gmail.com

bárias da segunda Guerra Mundial; característico do movimento histórico pendular. Nas suas palavras: “Todo excesso gera o seu contrário [...] Ao positivismo jurídico foi necessário um *antídoto*. Os modernos opuseram-lhe a figura dos “direitos humanos”, tirada da filosofia da Escola do Direito Natural” (VILLEY, 2019, p. 3, grifo nosso ou do autor???)

Deste modo, com uma visão crítica, Villey afirma que os direitos humanos são: i) *irreais*, pois, seguindo seu exemplo, apesar de afirmar-se que todos têm direito à saúde, a partir da implementação desse desiderato “Haveria, só com o direito de todo francês “À Saúde”, com o que esvaziar o orçamento total do Estado francês, e cem mil vezes mais!” (VILLEY, 2019, p. 6)<sup>3</sup>; ii) *Indeterminados*, pois sua linguagem é vaga, ambígua, imprecisa, diz tudo e não diz nada ao mesmo tempo e iii) *contraditórios*, pois prezam igualmente direitos de primeira e segunda geração. Nesse sentido, todo direito humano é incompatível com algum outro e cada um, tomado em termos absolutos, se torna injusto<sup>4</sup>.

Já no fim da crítica, Villey postula que os direitos humanos são um tropo argumentativo, discurso hiperbólico, servem a todas às causas; inclusive, no mesmo conflito, serve igualmente polos antagonísticos. Na falta de um argumento mais preciso, invocar-se-iam os direitos humanos; o que comporia seu caráter “operatório” (VILLEY, 2019, p. 8).

No segundo capítulo Villey esclarece que – na contramão dos trabalhos correntes sobre o tema – não defenderá os direitos humanos do grupo *x* ou *y*, tampouco se debruçará sobre o problema de sua implementação. Sua análise focará em outro ponto: a *linguagem* dos direitos humanos, ou, mais precisamente (e pretensiosamente), sua correção. O autor justifica a imprescindibilidade de sua abordagem linguística:

A linguagem condiciona o pensamento. Capital é a dependência de nossas opiniões relativamente à linguagem hoje aceita; ninguém pode dispensar esse instrumento e não se tornar escravo dele [...] É função da filosofia ser ordenadora da linguagem. A filosofia é o esforço de visão total do mundo; ela recorta, articula o mundo em seus elementos traduzidos pelos termos principais da linguagem... [...] Se já não sabemos relacionar as significações de uma palavra a essa estrutura fundamental, elas se dispersam ao acaso, ficam indefiníveis, coçobramos na incoerência e na confusão linguística [...] A desordem, a imprecisão, o equívoco, em questão de linguagem, seguem o declínio dos estudos de filosofia e de histórica (VILLEY, 2019, p. 11-16).

Para tanto, valer-se-á do que denomina *método histórico*, retrocedendo ao passado na busca da significação dos termos *direito* e *direitos do homem* em sua gênese. Já de antemão aponta que encontrará as raízes de direito na cidades antigas greco-romanas – ponto de partida de sua investigação – e de *direitos do homem* em meados do século XVII, posteriormente consubstanciando-se nas Declarações modernas.

---

“toda ordem jurídica procede do Estado e está fechada em suas leis” (VILLEY, 2019, p. 2).

3 Neste ponto, apesar de não ser o objetivo desta resenha, inevitável não abrir-se um parêntese para tecer uma crítica: Villey, aqui, confunde os conceitos de validade e eficácia. Não é só porque certos direitos são ineficazes, que são automaticamente inválidos. Apesar se reconhecer a ineficácia como um mal a ser combatido, não se pode perder de vista a conquista consistente em determinados direitos ingressarem no plano da validade.

4 “Cada um dos pretensos direitos humanos é a negação de outros direitos humanos, e praticado separadamente é gerador de *injustiças*” (VILLEY, 2019, p. 8).

No capítulo terceiro, busca-se demonstrar que existe uma *definição* de direito, e a encontra no conceito forjado no seio da cultura greco-romana antiga. Esta visão, ansiosa por *essências*, é eminentemente platônica, ontológica (rompida já em Descartes) – mais um traço do caráter saudosista em relação ao passado do autor. A partir de então, são descartadas as possíveis fontes inábeis para tanto, assim como apresentados os respectivos motivos.

A primeira das exclusões atinge os filósofos do direito modernos, criticados por ser alheios ao objeto de sua reflexão filosófica, na medida em que não são juristas, não frequentaram Faculdades de Direito. Villey destaca que as reflexões desses pensadores, ao focar outros campos do saber (moral, política, economia, sociologia, etc.) tratam o direito sempre de modo acessório; apenas o tangenciam superficialmente: “nenhum desses autores parece visar o direito em si mesmo, Cada um deles, construindo seu próprio sistema em função de outros objetivos, empenha-se em resumir o direito a eles” (VILLEY, 2019, p. 20). Assim, são todos recortes *extrínsecos*.

Em seguida, os conceitos, tanto de direito subjetivo quanto objetivo, são taxados como insuficientes em fornecer a definição correta. Ou seja, as principais significações atuais do fenômeno jurídico são deficientes e insatisfatórias para compreendê-lo, deixando o jurista contemporâneo órfão, relegado à flacidez conceitual.

Villey sustenta que o direito fora invenção dos romanos da época clássica ciceroniana, inspirados nos gregos, isso quando Roma ainda era uma República. Contudo, as disciplinas e manuais de direito romano não transmitem aos estudantes esse conceito, uma vez que são pautadas em visão historiográfica centrada nos fatos, que afasta para segundo plano as ideias abstratas. A especialização exacerbada e objetividade dessa ciência são criticadas, pois fazem perder de vista a visão do todo. Além disso, a disciplina vem perdendo prestígio acadêmico e sua linguagem – imprecisa e desatenta à história da filosofia – não é capaz de dar conta do recado de interpretar corretamente o que os antigos entendiam por direito. Excluída essa fonte, resta a “história da filosofia, caminho necessário à redescoberta de uma linguagem antiga” (VILLEY, 2019, p. 29).

Finalmente ao encontro de sua almejada essência, a partir da obra de Cícero (*De oratore*, I, 188 e ss.), Villey extrai dois juízos: i) a verdade histórica de que a ciência do direito é invenção da Roma antiga e, ii) a definição da finalidade do direito, entendida como “o serviço de uma justa proporção na partilha dos bens e nos processos dos cidadãos” (VILLEY, 2019, p. 32), noção sorvida dos filósofos gregos. Assim, valendo-se da filosofia (o que é chamado por Villey de “*voltar às fontes*”), nos próximos capítulos a obra leva seu leitor a se embrenhar no significado preciso desses termos.

## REFERÊNCIAS

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

## RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA E O CÓDIGO CIVIL DE 2002

FERRAGUT, Maria Rita. **Responsabilidade Tributária e o Código Civil de 2002**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2013. 347 p.

**Danyelle Rodrigues de Melo Nunes\***

**Como citar:** NUNES, Danyelle Rodrigues de Melo. Responsabilidade tributária e o código civil de 2002. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 18, n. 1, p. 250-252, mai. 2023. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v18n1p. 250. ISSN: 1980-511X

Maria Rita Ferragut é Doutora em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professora do curso de Especialização em Direito Tributário do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, livre-docente em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo, autora de diversos livros e advogada no escritório Ferragut Mendonça Sociedade de Advogados.

A autora escreveu o livro Responsabilidade Tributária e o Código Civil de 2002 a partir da Tese de Doutorado que levou o mesmo título, sob a orientação do Professor Doutor Paulo de Barros Carvalho, apresentada à PUC/SP em 2004.

A obra teve sua primeira edição publicada em 2005, a segunda edição em 2009, encontrando-se em sua terceira edição desde 2013, cujo prefácio foi elaborado pelo Professor Doutor Paulo de Barros Carvalho e foi organizada em oito capítulos: 1) conceitos fundamentais para o estudo da responsabilidade tributária das sociedades e dos administradores; 2) responsabilidade tributária; 3) responsabilidade tributária por substituição e por solidariedade; 4) sucessão tributária na fusão, incorporação e cisão de sociedades e na aquisição de estabelecimentos; 5) responsabilidade tributária dos administradores; 6) responsabilidade por infrações; 7) responsabilidade tributária do administrador: algumas questões controvertidas; e 8) o Código Civil de 2002 e a responsabilidade dos sócios e dos administradores.

De início, impende observar que há uma tendência mais expositiva do capítulo 1 ao capítulo 6, há um viés mais crítico no capítulo 7 e a análise da responsabilidade tributária pelo Código Civil de 2002 se concentra no capítulo 8. Isso induz à assertiva de que a responsabilidade veiculada pelo Código Tributário Nacional é o tema central da obra, de modo que as espécies de responsabilidade disciplinadas pelo Código Civil são de cunho complementar. Inclusive, assegura-se a prevalência das normas do Código Tributário Nacional em relação às do Código Civil em razão da sua especialidade.

Além disso, convém destacar que a responsabilidade tributária dos sócios e dos administradores se revela um dos temas analisados com mais acuidade no livro. Isso porque ele é objeto do capítulo 5, do capítulo 7 e também do capítulo 8. Como permeia quase 40% dos capítulos da obra, pode-se afirmar que corresponde a um dos seus temas mais importantes.

\*Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Público (PPGDP) na Universidade Federal de Alagoas (UFAL); Pós-Graduada em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET); Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Alagoas (FDA) na Universidade Federal de Alagoas.  
Email: danyellenunes1@gmail.com

No prefácio da obra, é feita uma advertência acerca do fato de a responsabilidade tributária se tratar de um tema repleto de imprecisões (FERRAGUT, 2013, p. xxii-xxiv). Na introdução, são delimitadas as premissas sob as quais a tese é desenvolvida e se antecipa o posicionamento a respeito de um dos temas centrais do livro: a responsabilidade tributária dos administradores (FERRAGUT, 2013, p. xxvii). Adiante, esse tema é aprofundado e é feita uma defesa bastante contundente acerca da espécie de responsabilidade tributária preconizada pelo artigo 135 do CTN: “O terceiro responsável assume individualmente as consequências advindas do ato ilícito por ele praticado, ou em relação ao qual seja partícipe ou mandante, eximindo a pessoa jurídica, realizadora do fato tributário, de qualquer obrigação” (FERRAGUT, 2013, p. 137).

Convém resgatar a correlação entre a abordagem feita pela autora e as categorias semióticas da sintaxe, semântica e pragmática. Há intérpretes que priorizam o plano sintático da linguagem e atribuem um sentido mais literal ao texto, enquanto outros enaltecem o plano pragmático e vão além do que está escrito. Certamente, essa é a origem de uma das maiores divergências no âmbito doutrinário e jurisprudencial acerca da espécie de responsabilidade tributária preconizada por esse diploma legal.

Em mais de uma passagem, a própria autora reconhece que “foi a sociedade que praticou o fato lícito que ensejou o nascimento da obrigação tributária, portanto, é inegável a sua vinculação direta ao fato” (FERRAGUT, 2013, p. 158-159). Por mais que ela utilize esse argumento para justificar o liame existente entre o administrador e a pessoa jurídica em uma questão de natureza privada, notadamente em relação ao direito de regresso, é inegável que esse argumento também tem grande potencial de atrair a responsabilidade da pessoa jurídica, principalmente quando se considera o princípio da capacidade contributiva, da vedação ao confisco e o propósito arrecadatário da responsabilidade tributária na estrutura do Estado brasileiro. O principal argumento para afastar a responsabilidade solidária ou a subsidiária é a ausência de previsão legal, o que desperta questionamentos sobre a importância do texto e o alcance do sentido da norma.

Demais disso, a autora incorre em certa imprecisão acerca da interpretação literal. Ao tratar do artigo 135 do CTN, utiliza a interpretação literal para afirmar que a responsabilidade é pessoal; já ao tratar do artigo 137 do CTN, aduz que “a interpretação literal do dispositivo induz a entendimentos equivocados” (FERRAGUT, 2013, p. 137, 172). Nesse pórtico, chega-se a questionar se o argumento na literalidade do texto seria um exemplo da clássica tópica de Theodor Viehweg.

Sobressai a interpretação da autora pela responsabilidade tributária como sendo de natureza sancionadora ou dispositiva, e não indenizatória. O que se questiona é a finalidade dessa natureza. É possível que o objetivo central do instituto da responsabilidade tributária não seja nem de punir nem de reparar o dano, mas sim de arrecadar os recursos necessários à garantia dos direitos fundamentais prestacionais e de defesa, até mesmo porque a empresa realizadora do fato jurídico e com capacidade contributiva pode responder perante o Fisco sem prejuízo ao direito de regresso contra o administrador no campo de tutela do Direito Civil e Empresarial.

Com efeito, é possível afirmar que o livro é bastante didático, elucidativo e revelador. Apesar

da observação feita inicialmente no sentido de que a análise da responsabilidade tributária pelo Código Civil de 2002 se concentra no capítulo 8, impende registrar que a autora tece considerações entre o Código Tributário Nacional e o Código Civil de 2002 durante toda a obra: em diversos trechos é feito um entrelaçamento entre as legislações, a doutrina e a jurisprudência que embasam o tema, o que resulta em um senso crítico aguçado e que cumpre com bastante êxito o propósito a que se incumbiu. Tal qual um tecelão cruza os fios, Maria Rita Ferragut tece considerações que se equiparam a um tecido que serve de sustentáculo à sua tese, em um trabalho quase de costura artesanal intelectual, descritivo, crítico, construtivo e que deve ser reconhecido como referência em matéria de Responsabilidade Tributária e o Código Civil de 2002.

## REFERÊNCIAS

FERRAGUT, Maria Rita. **Responsabilidade Tributária e o Código Civil de 2002**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2013. 347 p.

Recebido em: 14/07/2020

Aprovado em: 30/08/2022