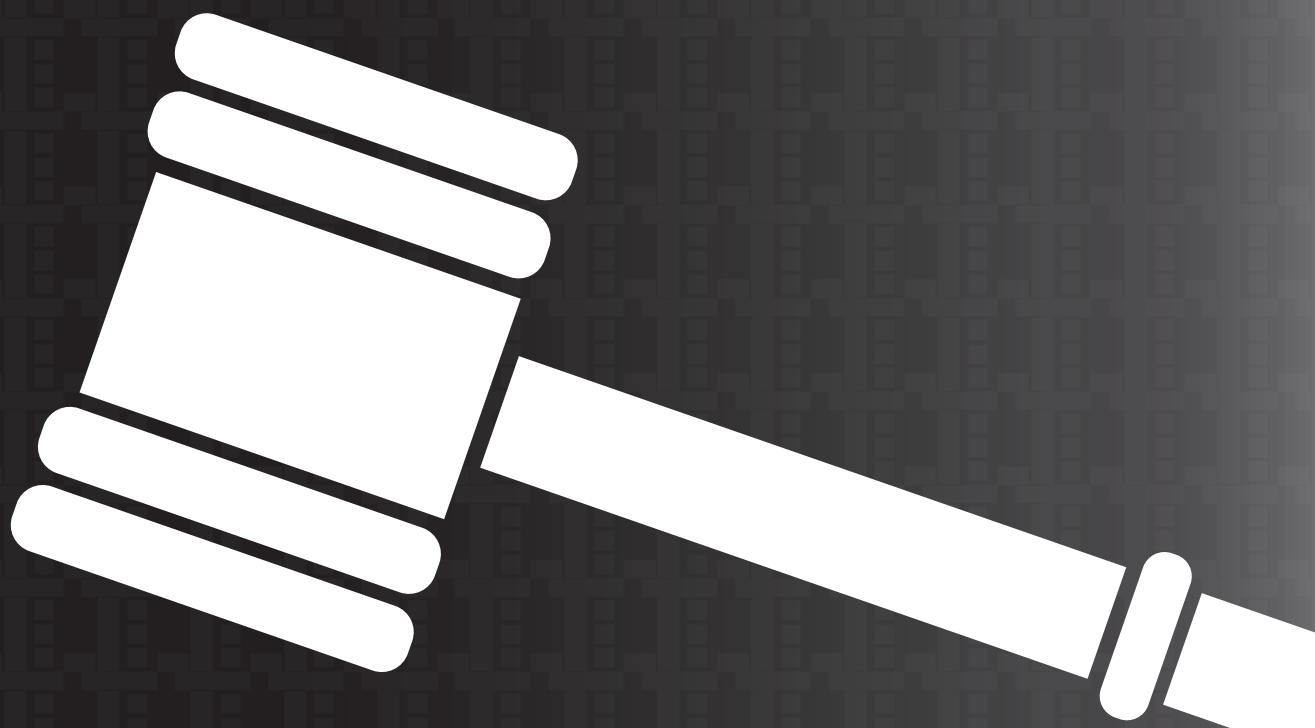




UNIVERSIDADE  
ESTADUAL DE LONDRINA



Revista do  
**DIREITO PÚBLICO**

ISSN 1980-551X



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

**VICE-REITOR**  
Prof. Dr. Airton José Petris

**PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO**

Pró-Reitora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Silvia Márcia Ferreira Meletti  
Diretora de Pós-Graduação: Prof<sup>a</sup> Mariana Aparecida Bologna Soares de Andrade  
Diretor de Pesquisa: Prof. Eduardo José de Almeida Araújo

**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. Claudio César Machado Moreno  
Chefe do Departamento de Direito Público: Prof. Me. Marcos DAniel Veltrini Ticianelli

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO NEGOCIAL**

Coordenador: Prof. Dr. Clodomiro José Bannwart Júnior  
Vice-Coordenadora: Profa. Dra. Patricia Ayub da Costa Ligmanovski

**Catalogação elaborada pela Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca Central da Universidade Estadual de Londrina (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Revista do Direito Público / Universidade Estadual de Londrina  
Centro de Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito  
Público. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial  
Universidade Estadual de Londrina. - Vol. 1, N. 1 (Jul./Dez. 1997)  
Londrina : Ed. da UEL, 1997; .v.3 : 29 cm

Quadrimestral.  
Descrição baseada em: v. 19, n. 2, ago (2024)  
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

Ficha Catalográfica elaborada por Ilza Almeida de Andrade CRB 9/882

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 1980-551X

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO  
STRICTO SENSU EM  
**DIREITO NEGOCIAL**

DEPARTAMENTO DE  
**DIREITO PÚBLICO**



UNIVERSIDADE  
ESTADUAL DE LONDRINA



ISSN 1980-511X (eletrônico)

Revista do Direito Público do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito Negocial  
da Universidade Estadual de Londrina

## CORPO EDITORIAL

### EDITOR-CHEFE

Dr. Luiz Fernando Bellinetti

*Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)*

### EDITOR-ADJUNTO

José Ricardo Suter

*Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)*

### EDITORES DE SEÇÃO

Ana Lúcia Maso Borba Navolar

Beatriz Ribeiro Lopes Barbon

Fernanda Shimomura Zuffa

Franciele Barbosa Santos

Isabela Nabas Schiavon

Lillian Zucolote de Oliveira

*Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)*

### ASSESSORES TÉCNICOS

Ana Luiza Mendes Mendonça (Assessoria técnica)

Bruna Faria (Tradução)

Eduardo Bueno Rodrigues (Projeto Gráfico e Diagramação)

Elaine Cristina de Souza Silva Arvelino (Suporte editorial)

Natali Silvana Zwaretch (Bibliotecária)

*Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)*

### CONSELHO EDITORIAL

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)

## CONSELHO CONSULTIVO

Adriana Campos – Universidade Federal de Minas Gerais  
 Adriano da Silva Ribeiro – Universidade Federal Fluminense  
 Alaerte Antonio Martelli Contini – Universidade Federal da Grande Dourados  
 Alberto Paulo Neto – Pontifícia Universidade Católica do Paraná  
 Alessandra Cristina Furlan – Universidade Estadual do Norte do Paraná  
 Alexis Couto de Brito – Universidade Presbiteriana Mackenzie  
 Ana Claudia Pompeu Andreucci – Universidade Presbiteriana Mackenzie  
 Ana Paula de Fátima Coelho – Universidade do Estado de Minas Gerais  
 Ana Paula Gonçalves Pereira de Barcellos – Universidade do Estado do Rio de Janeiro  
 Anderson Vichinkeski Teixeira – Universidade do Vale do Rio dos Sinos  
 André Felipe Soares de Arruda – Universidade Federal de Goiás  
 Angelo Ricardo Christoffoli – Universidade do Vale do Itajaí  
 Bruno César Lorencini – Universidade Presbiteriana Mackenzie  
 Carla Marshall – Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais/RJ  
 Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha – Universidade Federal do Rio de Janeiro  
 Carlos Augusto de Assis – Universidade Presbiteriana Mackenzie  
 Carlos Henrique Ramos – Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais/RJ  
 Carlos Mauricio Lociks de Araújo – Universidade de Brasília  
 Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio Rodrigues – Universidade Estadual do Rio de Janeiro  
 Celso Hiroshi Iocohama – Universidade Paranaense  
 Clarice Beatriz da Costa Sohngen – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul  
 Claudia Aguiar Silva Britto – Universidade Federal Fluminense  
 Cláudio Machado Maia – Universidade Comunitária da Região de Chapecó  
 Cleber Sanfelici Otero – Unicesumar  
 Cristiano Gomes de Brito – Universidade Federal de Uberlândia  
 Cristina Godoy Bernardo de Oliveira – Universidade de São Paulo  
 Daniela Braga Paiano - Universidade Estadual de Londrina  
 Daiane Moura de Aguiar – Universidade Anhembi Morumbi  
 Diego Richard Ronconi – Universidade do Vale do Itajaí  
 Dirce Nazare de Andrade Ferreira – Universidade Federal do Espírito Santo  
 Edilton Meireles de Oliveira Santos – Universidade Federal da Bahia  
 Edna Raquel Hogemann – Universidade Estácio de Sá e Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro  
 Eduardo Garcia Ribeiro Lopes Domingues – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro  
 Eloy Pereira Lemos Junior – Fundação Universidade de Itaúna  
 Fabiano Dolenc Del Masso – Universidade Presbiteriana Mackenzie  
 Fábio Guedes de Paula Machado – Universidade Federal de Uberlândia  
 Fernanda Andrade Almeida – Universidade Federal Fluminense  
 Fernando Angelo Ribeiro Leal – Fundação Getúlio Vargas/RJ  
 Flávio Couto Bernardes – Universidade Federal de Minas Gerais e Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais  
 Francisco Antônio de Barros e Silva Neto – Universidade Federal de Pernambuco  
 Geziela Iensue – Universidade Federal do Mato Grosso do Sul  
 Gustavo Osna – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul  
 Hector Luiz Martins Figueira – Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais/RJ, Centro Universitário de Valença

Henrique Viana Pereira – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais  
 Jamile Gonçalves Calissi – Universidade do Estado de Minas Gerais  
 João da Cruz Gonçalves Neto – Universidade Federal de Goiás  
 João Porto Silvério Junior – Universidade de Rio Verde  
 Jorge Luis Mialhe – Universidade de São Paulo  
 José Carlos Francisco – Universidade Presbiteriana Mackenzie  
 José Eduardo Lourenço dos Santos – Centro Universitário Eurípedes de Marília  
 Juliana Marteli Fais Feriato – Universidade Estadual de Maringá  
 Karinne Emanoela Goettems dos Santos – Universidade Federal de Pelotas  
 Loiane da Ponte Souza Prado Verbicaro – Centro Universitário do Pará  
 Loreci Gottschalk Nolasco – Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul  
 Lucas Galvão de Britto – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo  
 Luis Alberto Reichelt – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul  
 Luiz Alberto Blanchet – Pontifícia Universidade Católica do Paraná  
 Luiza Landerdahl Christmann – Centro Universitário Católico de Santa Catarina  
 Marcelo Negri Soares – Universidade Federal do Rio de Janeiro  
 Marcelo Paulo Maggio – Fundação Escola Superior do Ministério Público/PR  
 Márcia Cristina Xavier de Souza – Universidade Gama Filho  
 Mariana Barboza Baeta Neves Matsushita – Universidade Presbiteriana Mackenzie  
 Maurinice Evaristo Wenceslau – Universidade Federal do Mato Grosso do Sul  
 Monica Paraguassu Correia da Silva – Universidade Federal Fluminense  
 Nelson Finotti Silva – Centro Universitário Eurípedes de Marília  
 Osvaldo Ferreira de Carvalho – Universidade Estácio de Sá/GO  
 Raquel Von Hohendorff – Universidade do Vale do Rio dos Sinos  
 Rene Erick Sampar – Pontifícia Universidade Católica do Paraná  
 Roberto de Paula – Universidade Federal do Paraná  
 Rogerio Mollica – Universidade de Marília  
 Rogerio Montai de Lima – Universidade Federal de Rondônia  
 Ronaldo Lindimar José Marton – Universidade Católica de Brasília  
 Rubens Beçak – Universidade de São Paulo  
 Sérgio Urquhart de Cademartori – Universidade Federal de Santa Catarina  
 Thais Bernardes Maganhini – Universidade Federal de Rondônia  
 Thami Covatti Piaia – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai/RS  
 Tula Wesendonck – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul  
 Wilson Engelmann – Universidade do Vale do Rio dos Sinos

### **Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito Negocial**

Universidade Estadual de Londrina/ Centro de Estudos Sociais Aplicados – CESA

Campus Universidade – CEP 86051-990 – Londrina – Paraná – Brasil

Fone/Fax: (43) 3371-4693 – E-mail: mestrados@uel.br Home

page: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/index>

<b>EDITORIAL .....</b>	<b>10</b>
<b>O DIREITO À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA É UM DIREITO FUNDAMENTAL NA ORDEM JURÍDICA-CONSTITUCIONAL BRASILEIRA? O DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO COMO SUA CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE.....</b>	<b>13</b>
<i>IS THE RIGHT TO GOOD PUBLIC ADMINISTRATION A FUNDAMENTAL RIGHT IN THE BRAZILIAN LEGAL AND CONSTITUTIONAL ORDER? THE RIGHT OF ACCESS TO INFORMATION AS ITS CONDITION OF POSSIBILITY</i>	
Rosana Helena Maas	
Mônica Clarissa Hennig Leal	
<b>FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO ADMINISTRATIVO COMO VETOR DE SUSTENTABILIDADE ECONÔMICA .....</b>	<b>34</b>
<i>SOCIAL FUNCTION OF THE ADMINISTRATIVE CONTRACT AS A VECTOR FOR ECONOMIC SUSTAINABILITY</i>	
Cibeli Simões Santos	
Lourival José de Oliveira	
<b>MINISTÉRIO PÚBLICO E TRIBUNAL DE CONTAS COMO COMPETENTE NA FISCALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....</b>	<b>50</b>
<i>PUBLIC PROSECUTION AND COURT OF AUDITORS AS COMPETENT IN THE FISCALIZATION OF PUBLIC POLICIES</i>	
Marcos César Botelho	
Larisso Leite Albuquerque	
<b>LIBERDADE DE CÁTEDRA E FUTURO DO TRABALHO DOCENTE .....</b>	<b>66</b>
<i>ACADEMIC FREEDOM AND FUTURE OF TEACHER'S LABOR</i>	
Lawrence Estivalet de Mello	
Camila Siqueira Katrein	
Alexandra Maciel Veiga	
<b>POLÍTICAS PÚBLICAS DE EDUCAÇÃO DIGITAL PARA O ENFRENTAMENTO DAS FAKE NEWS .....</b>	<b>85</b>
<i>PUBLIC POLICIES AND DIGITAL EDUCATION TO TACKLE FAKE NEWS</i>	
Fernanda Valone Esteves	
Renata Capriolli Zocatelli Queiroz	
<b>DA LEGALIDADE E DA CONSTITUCIONALIDADE DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS NAS OPERAÇÕES DE STREAMING .....</b>	<b>109</b>
<i>LEGALITY AND CONSTITUTIONALITY OF THE SERVICE TAX ON STREAMING OPERATIONS</i>	
Gilson Pacheco Bomfim	
Gustavo da Gama Vital de Oliveira	

<b>A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO À CIDADE: A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA SOB O VIÉS DA SOLIDARIEDADE ENQUANTO DEVER FUNDAMENTAL .....</b>	<b>131</b>
<i>THE CONSTITUTIONALIZATION OF THE RIGHT TO THE CITY: LAND REGULARIZATION UNDER THE BIAS OF SOLIDARITY AS A FUNDAMENTAL DUTY</i>	
Jorge Renato dos Reis	
Marcela Araujo Jantsch	
<b>EXECUÇÕES FISCAIS MUNICIPAIS E A RACIONALIZAÇÃO NA COBRANÇA: ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE MUNICÍPIOS DO ALTO TIETÊ .....</b>	<b>148</b>
<i>MUNICIPAL TAX EXECUTIONS AND RATIONALIZATION IN COLLECTION: COMPARATIVE ANALYSIS AMONG MUNICIPALITIES OF ALTO TIETÊ</i>	
Fábio Camargo	
Ricardo Geraldo Rezende Silveira	
<b>NORMA ISENTIVA E A INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA SOB O ASPECTO PRAGMÁTICO .....</b>	<b>170</b>
<i>EXEMPTIVE LEGAL PROVISIONS AND RESTRICTIVE INTERPRETATION FROM A PRAGMATIC ASPECT</i>	
José Orivaldo Peres Junior	
Argos Campos Ribeiro Simões	
<b>GESTÃO DE RISCOS NAS COMPRAS PÚBLICAS: REFLEXÕES SOBRE A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS .....</b>	<b>185</b>
<i>RISK MANAGEMENT IN PUBLIC PROCUREMENT: REFLECTIONS ON THE NEW LAW OF BIDDING AND CONTRACTS</i>	
Filipe Moreira Dumont	
Marciana Aparecida Hilario Pena Gonçalves	
Layon Carlos Cezar	
<b>HÁ DEMOCRACIA NA VULNERABILIDADE SOCIAL? REPENSANDO A DEMOCRACIA LIBERAL.....</b>	<b>207</b>
<i>IS THERE DEMOCRACY IN SOCIAL VULNERABILITY? RETHINKING LIBERAL DEMOCRACY</i>	
Thaís Dalla Corte	
Tiago Dalla Corte	
Guilherme Lunelli	
<b>METAVERSO E PODER JUDICIÁRIO: DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS IMPLICAÇÕES DA VIRTUALIDADE DIGITAL .....</b>	<b>221</b>
<i>METAVERSE AND COURT OF LAW: FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE IMPLICATIONS OF DIGITAL VIRTUALITY</i>	
Alejandro Knaesel Arrabal	
Giselle Marie Krepsky	
Anne Ferreira	

<b>O TRÁFICO E A SEGURANÇA DO ESPAÇO AÉREO: A LEI DO ABATE BRASILEIRA À LUZ DA CONVENÇÃO DE CHICAGO.....</b>	<b>246</b>
<i>AIR TRAFFICKING AND AIRSPACE SECURITY: THE BRAZILIAN SHOOT-DOWN LAW IN LIGHT OF THE 1944 CHICAGO CONVENTION</i>	
Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff	
Tiago Amadeu Borges Diniz	
<b>A ADOÇÃO DO COMPROMISSO SIGNIFICATIVO COMO FORMA DE DEMOCRATIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO TRATO DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS .....</b>	<b>265</b>
<i>ADOPTING MEANINGFUL COMMITMENT TO DEMOCRATIZE THE JUDICIARY IN STRUCTURAL CASES</i>	
Mateus Peixoto Leandro	
Eduardo Rocha Dias	
<b>RELEITURA DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO CONTEXTO DO CONTROLE JURISDICIAL DO MÉRITO ADMINISTRATIVO.....</b>	<b>285</b>
<i>REINTERPRETATION OF THE THEORY OF SEPARATION OF POWERS IN THE CONTEXT OF JUDICIAL CONTROL OF ADMINISTRATIVE MERIT</i>	
Bruno Leonardo Mantuano Costa	
Paulo Afonso Cavichioli Carmona	
<b>RESENHAS.....</b>	<b>302</b>
<b>A INVESTIGAÇÃO E HOMICÍDIOS: CONSTRUÇÃO DE UM MODELO .....</b>	<b>302</b>
Cláudio Ribeiro Lopes	
<b>SOFISMAS NA COMPARAÇÃO CONSTITUCIONAL PARA GUILLAUME TUSSEAU .....</b>	<b>306</b>
Renato Gugliano Herani	

## EDITORIAL

Caros leitores,

Apresentamos a segunda edição de 2024 (v. 19, n. 2) da Revista do Direito Públíco da Universidade Estadual de Londrina. Inicialmente, destacamos o grande fluxo de submissões e de trabalhos que temos recebido nos últimos meses, o que apenas corrobora o crescente interesse da comunidade jurídica e científica em utilizar nossa revista como meio de divulgação de suas pesquisas e trabalhos.

Trabalhamos incessantemente para atendermos essa demanda, sempre analisando os textos submetidos através de critérios objetivos e científicos, ressaltando o caráter democrático e plural do periódico. Nesta edição, iniciamos a implementação de algumas mudanças na sua formatação, derivada da aprovação de seu novo regimento interno, elaborado em face de um processo de adequação ao Portal de Periódicos da Universidade Estadual de Londrina, sempre buscando estar em sintonia com as mais modernas e atualizadas práticas editoriais.

Relativamente ao conteúdo dos artigos, apresentamos textos elaborados por autores de todo o Brasil, com temas que analisam questões prementes e desafiadoras do cenário jurídico contemporâneo.

No âmbito do Direito Administrativo, no artigo “Função social do contrato administrativo como vetor de sustentabilidade econômica”, os autores propõem uma reflexão sobre o contrato a partir da releitura decorrente do fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil e como essa nova perspectiva reflete nos contratos administrativos sob o viés da intersecção do público e privado. O artigo “Gestão de riscos nas compras públicas: reflexões sobre a nova Lei de Licitações e Contratos” explora como as mudanças introduzidas por meio da nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC) contribuem para a implementação de ferramentas gerenciais mais eficientes para gestão de riscos nas compras públicas.

No campo do Direito Constitucional, apresentamos artigos que envolvem temas atuais que relacionam as novas tecnologias e o desenvolvimento com a interpretação das normas constitucionais. Destaca-se o trabalho “Da legalidade e da constitucionalidade do imposto sobre serviços nas operações de *streaming*”, que analisa a tributação indireta incidente sobre essas operações, especialmente as normas federais e estaduais que submetem essas atividades ao ISS ou ao ICMS, bem como o artigo “Há democracia na vulnerabilidade social?”, que traz uma reflexão sobre a democracia participativa como alternativa ao modelo essencialmente representativo diante da vulnerabilidade social.

Além disso, a edição traz reflexões sobre direitos fundamentais. O artigo “O direito à boa administração pública é um direito fundamental na ordem jurídica-constitucional brasileira?”, estuda os contornos do direito de acesso à informação como condição de possibilidade do direito à boa Administração Pública. Em “Releitura da teoria da separação dos poderes no cotejo do controle jurisdicional do mérito administrativo” os autores buscam demonstrar que embora a teoria da separação dos poderes esteja consagrada na Constituição Federal como princípio fundamental, o Poder Judiciário tem realizado uma incursão nos atos típicos dos outros poderes.

Ampliando a discussão, o artigo “Liberdade de cátedra e futuro do trabalho docente” examina a compatibilidade entre reestruturação da atividade docente e o estatuto constitucional da liberdade de cátedra, como parte de um estudo mais amplo sobre contratualidades espoliativas no âmbito de Instituições de Ensino Superior Privadas. No artigo “A constitucionalização do direito à cidade: a regularização fundiária sob o viés da solidariedade enquanto dever fundamental”, os autores analisam o contexto da constitucionalização do direito à cidade a partir de um novo olhar ao espaço urbano, assim como o direito fundamental à moradia assegurada pelo instrumento da Regularização Fundiária Urbana.

As políticas públicas também são tema dessa edição. Em “Ministério Público e Tribunal de Contas como competente na fiscalização das políticas públicas”, examina-se o controle externo na administração pública. No artigo “Políticas públicas de educação digital para o enfrentamento das *fake news*” os autores buscam apresentar meios de enfrentamento das *fake news* para a garantia da democracia, considerando os potenciais problemas apresentados pelo big data e as consequências que os algoritmos provocam nas redes sociais.

No que concerne ao Direito Tributário, o artigo “Execuções fiscais municipais e a racionalização na cobrança: análise comparativa entre municípios do Alto Tietê”, observa o grau de satisfação dos créditos tributários submetidos à cobrança judicial entre 2016 e 2018, verificando também se as legislações locais contemplam métodos alternativos para a satisfação dos créditos.

A regulamentação da aviação e da segurança nacional também é objeto de análise nesta edição. Apresentamos o artigo “O tráfico e a segurança do espaço aéreo: a Lei do abate brasileira à luz da Convenção de Chicago de 1944”, que enfatiza a análise do artigo 3 bis, anexado à Convenção em 1984 – responsável por definir as normas relativas à aviação civil internacional –, como texto norteador da relação entre Estados e o uso da força contra aeronaves civis.

Na seara de estudo do Poder Judiciário, o artigo “Norma isentiva e a interpretação restritiva sob o aspecto pragmático” investiga os lindes da interpretação da norma

isenativa, tendo em vista o disposto no artigo 111 do Código Tributário Nacional, relativamente ao instituto da isenção fiscal. No artigo “A adoção do compromisso significativo como forma de democratização do poder judiciário no trato dos processos estruturais”, os autores examinam a utilização do compromisso significativo como técnica para superar as críticas realizadas ao modelo do *strong-form judicial review*. Em “Metaverso e o Poder Judiciário”, avalia o efetivo potencial das novas plataformas virtuais para consecução da justiça, sob pena de se obstar culizar direitos e garantias constitucionais individuais, coletivas e do processo.

Por fim, trazemos também duas resenhas de artigos de destaque no campo do Direito: “A investigação e homicídios: construção de um modelo”, de Isabel Figueiredo e Guaracy Mingardi e “*Más allá de los “modelos” de Justicia Constitucional, hacia una comparación pragmatista*”, de Guillaume Tusseau.

Esperamos que os textos selecionados estimulem o debate acadêmico e contribuam para o aprimoramento do conhecimento jurídico. Boa leitura!

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti

Agosto de 2024.

# O DIREITO À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA É UM DIREITO FUNDAMENTAL NA ORDEM JURÍDICA-CONSTITUCIONAL BRASILEIRA? O DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO COMO SUA CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE

IS THE RIGHT TO GOOD PUBLIC ADMINISTRATION A FUNDAMENTAL RIGHT IN THE BRAZILIAN LEGAL AND CONSTITUTIONAL ORDER? THE RIGHT OF ACCESS TO INFORMATION AS ITS CONDITION OF POSSIBILITY

Rosana Helena Maas\*

Mônica Clarissa Hennig Leal\*\*

\*Pós-Doutora pela Paris Lodron Universität Salzburg, Áustria. Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, com pesquisas realizadas na Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald, Rechts – und Staatswissenschaftliche Fakultät, Alemanha. Professora concursada da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, no Curso de Direito e na Pós-Graduação em Direito. Integrante do grupo de estudos “Jurisdição Constitucional aberta” coordenado pela Profa. Pós-Doutora Mônica Clarissa Hennig Leal, vinculado e financiado pelo CNPq. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9930-309X>

\*\*Pós-Doutora na Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemanha). Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, com pesquisas realizadas junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, Alemanha. Coordenadora e docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. Membro do Conselho Superior da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul – FAPERGS.

**Como citar:** MAAS, Rosana Helena; LEAL, Mônica Clarissa Henning. O direito à boa administração pública é um direito fundamental na ordem jurídica-constitucional brasileira? O direito de acesso à informação como sua condição de possibilidade. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 19, n. 2, p. 13-33, jul. 2024. DOI: 10.5433/1980-511X.2024.v19.n2.p13-33. ISSN: 1980-551X.

**Resumo:** O presente artigo estuda os contornos do direito de acesso à informação como condição de possibilidade do direito à boa Administração Pública, para o fim de investigar se esse último direito é compreendido como direito fundamental, em face da doutrina, legislação e jurisprudência pátria. Para dar conta dessa tarefa, utilizar-se-á o método dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Conclui-se que o direito à boa Administração Pública não está presente no rol dos direitos e das garantias fundamentais, previsto na Constituição de 1988, mas, na doutrina e na jurisprudência, ganha caráter fundamental, sendo assim, aplicado no direito pátrio, estando intimamente ligado aos preceitos do direito de acesso à informação, da participação e da gestão democrática e transparente da Administração Pública.

**Palavras-chave:** acesso à informação; boa administração pública; direitos fundamentais.

**Abstract:** This study examines the right of access to information as a condition for the possibility of the right to good Public Administration, with the aim of investigating whether the latter right is understood as a fundamental right in light of domestic doctrine, legislation, and jurisprudence. To achieve this task, the deductive method and the technique of bibliographic and jurisprudential research will be used. It is concluded that the right to good Public Administration is not included in the list of fundamental rights and guarantees provided in the 1988 Constitution, but in books and jurisprudence, it gains a fundamental character, thus being applied in domestic law and being closely linked to the precepts of the right to access information, participation, and the democratic and transparent management of Public Administration.

**Keywords:** access to information; good public administration; fundamental rights.

## INTRODUÇÃO

A busca por uma Administração Pública proba, eficiente e moral, torna-se ainda mais possível através da publicização dos atos administrativos, do acesso à informação e da transparência, propiciando uma gestão participativa de programas e projetos, uma boa Administração Pública. Ademais, agindo às escuras a Administração Pública não está cumprindo com o seu papel no Estado Democrático de Direito, sendo desnecessário dizer que não se pode falar em democracia e em participação popular somente pelo voto; todavia, para que os cidadãos participem, precisam ser informados, a gestão pública deve ser transparente. E, importante, fala-se aqui de obrigação estatal e não de mera liberalidade, assim sendo, a sociedade possui o direito de saber sobre o que está decidindo e o Estado possui o dever de informar.

Ao lado do direito de acesso à informação, como seu aliado, encontra-se o direito à boa Administração Pública, discutindo-se, atualmente, a doutrina e a jurisprudência, sobre o seu caráter fundamental, havendo críticas à sua dimensão aberta. Dessa forma, lança-se a seguinte problemática: o direito à boa Administração Pública é um direito fundamental na ordem jurídica-constitucional brasileira? Para responder tal questionamento, utiliza-se o método dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, dividindo-se o trabalho em dois pontos de análise, no primeiro, traz-se o direito de acesso à informação como condição de possibilidade do direito à boa Administração Pública, para, em seguida, investigar se esse último direito corresponde a um direito fundamental.

A contribuição deste ensaio vem para a melhor compreensão e visualização de alguns aspectos controvertidos relacionados ao tema, principalmente, tendo em vista a pesquisa realizada, para que, a partir dela, possa-se avançar no estudo do direito à boa Administração Pública no direito brasileiro.

## **1 O DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE DO DIREITO À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

O acesso à informação dos atos públicos deve permitir ao cidadão não só ter conhecimento do que já foi decidido pelos seus representantes, mas que lhe seja facultada a participação na condução dessa decisão. Em geral, o cidadão possui pouco espaço para atuar na Administração Pública de onde convive e mora, como partícipe, colaborador, ou mesmo, na feição de controlador e de fiscalizador dos atos administrativos. É preciso propiciar a ele o papel de espectador e não de mero ator.

Nesse sentido, apresenta-se o direito de acesso à informação aqui como direito humano e fundamental<sup>1</sup>, como um dos corolários do direito fundamental da boa Administração Pública, como se verá no que segue. Observa-se, desse modo, que o direito de acesso à informação, o direito de ser informado sobre a Administração Pública da sua cidade, bairro, configura como um verdadeiro

<sup>1</sup> Assim é entendido pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos, pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, pelo Conselho da Europa, entre outros órgãos internacionais de proteção aos direitos fundamentais.

“direito humano ao saber”, sendo resultado da democratização das relações de poder e das liberdades públicas conquistadas no processo civilizatório (Molinaro; Sarlet, 2015).

Nesse quadro, entende-se que o livre fluxo de informações e ideias ocupa lugar central na democracia, sendo crucial para o efetivo respeito aos direitos humanos e fundamentais. Se esse direito, que é compreendido como o direito de buscar, receber e transmitir informações e ideias, não é respeitado, violações de direitos humanos ocorrem em segredo<sup>2</sup>, a corrupção é fomentada e dá-se mais espaço para a ineficiência dos governos (Kahn, 2009).

Pode-se afirmar, inclusive, que “uma das formas mais eficazes de atacar a má governança, sobretudo com o passar do tempo, é por meio de um debate aberto e bem informado” (Mendel, 2009, p. 5). Sem acesso à informação, não há espaço à participação social, bem como para o controle e fiscalização social e judicial de políticas públicas e à abertura de um diálogo entre os entes envolvidos. O cidadão fica às escuras, não conhece a sua cidade, o local onde vive.

O próprio Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Segurança com Medida Cautelar 27141, de 2008 (Brasil, 2008), que versava sobre o alegado desrespeito do Chefe do Poder Executivo em face do artigo 49, inciso X, da Constituição Federal, no sentido de omissão referente à prestação de contas de bens por ele administrados, como os gastos do Gabinete da Presidência, deixou claro que o Estado Democrático de Direito mostra-se incompatível com a Política do Mistério<sup>3</sup>.

Importante é ter claro que as informações dos órgãos públicos não pertencem a eles próprios, mas aos cidadãos (Kahn, 2009). A regra é o livre acesso a essas informações, a exceção é o sigilo<sup>4</sup>. Esse é o paradigma que deve nortear o Poder Executivo, bem como os demais Poderes, evitando-se oportunidades e brechas para uma má e ardilosa Administração Pública.

2 Faz-se importante aqui trazer, com a Cartilha de Acesso à Informação Pública (CGU, 2011), publicada pela Controladoria-Geral da União, justamente o embate específico entre a cultura do segredo e a cultura do acesso, tendo-se a afirmação que a implementação de um sistema de acesso à informação com a Lei 12.527/2011, tem como um dos seus principais desafios vencer a cultura do segredo (em que o cidadão só possui o direito de solicitar informação que lhe diga respeito direto, compreendendo-se a sua demanda como um problema, como uma sobrecarga aos servidores, comprometendo as suas atividades, cabendo a decisão do acesso sempre à chefia) para uma cultura de acesso (em que os agentes públicos possuem a consciência de que a informação pública pertence ao cidadão e é obrigação do Estado provê-la de forma tempestiva, sendo a demanda do cidadão vista como legítima, sem necessidade de justificativa, com regras claras e procedimentos para a gestão de informações, por exemplo).

3 Na mesma ação, o Ministro Relator Celso de Mello afirma que na democracia não cabe o regime do segredo, mas da publicidade dos atos: “Tenho salientado, em decisões proferidas no Supremo Tribunal Federal, que um dos vetores básicos que regem a gestão republicana do poder traduz-se no princípio constitucional da publicidade, que impõe transparência às atividades governamentais e aos atos de qualquer agente público, inclusive daqueles que exercem ou exerceram a Presidência da República. No Estado Democrático de Direito, não se pode privilegiar o mistério, porque a supressão do regime visível de governo compromete a própria legitimidade material do exercício do poder. A Constituição republicana de 1988 dessacralizou o segredo e expôs todos os agentes públicos a processos de fiscalização social, qualquer que seja o âmbito institucional (Legislativo, Executivo ou Judiciário) em que eles atuem ou tenham atuado. Ninguém está acima da Constituição e das leis da República. Todos, sem exceção, são responsáveis perante a coletividade, notadamente quando se tratar da efetivação de gastos que envolvam e afetem a despesa pública. Esta é uma incontornável exigência de caráter ético-jurídico imposta pelo postulado da moralidade administrativa. Sabemos todos que o cidadão tem o direito de exigir que o Estado seja dirigido por administradores íntegros, por legisladores probos e por juízes incorruptíveis, que desempenhem as suas funções com total respeito aos postulados ético-jurídicos que condicionam o exercício legítimo da atividade pública. O direito ao governo honesto - nunca é demasiado reconhecê-lo - traduz uma prerrogativa insuprimível da cidadania” (Brasil, 2008).

4 Observa-se decisão no Mandado de Segurança 28.178 nesse sentido: “MANDADO DE SEGURANÇA. ATO QUE INDEFERE ACESSO A DOCUMENTOS RELATIVOS AO PAGAMENTO DE VERBAS PÚBLICAS. INOCORRÊNCIA

Aliás, o direito de acesso à informação configura um dever do Estado e um direito subjetivo público do indivíduo e da sociedade (Martins Júnior, 2010), ou seja, trata-se de um dever do ente estatal em prestar informações públicas, na garantia desse direito fundamental. Nesse sentido, não constitui um favor ou agrado da Administração Pública publicizar os seus atos, é sua obrigação, podendo o cidadão requerer, através de mecanismos específicos, como se verá, toda e qualquer informação.

Destaca-se ainda, que o direito de acesso à informação é mais comumente associado ao direito de pedir e receber informações de órgãos públicos, mas essa não é, contudo, a sua única via. A maioria das leis atribui o encargo aos órgãos administrativos de disponibilizar informações de forma proativa ou rotineira, independentemente de requisições específicas, como ocorre na lei brasileira, com o Portal da Transparência, que apresenta uma forma de transparência ativa, devendo o ente estatal disponibilizar informações de cunho financeiro-fiscal aos cidadãos.

No entanto, outro aspecto desse direito deve ser observado, no sentido de atribuir uma obrigação positiva em relação ao Estado, para assegurar a disponibilidade de determinadas categorias-chave de informações, como, por exemplo, o andamento e a realização das políticas públicas. Ao Estado compreende uma obrigação positiva e substantiva de assegurar que o cidadão tenha acesso à informação sobre as violações dos direitos humanos e fundamentais. Ele possui o dever de proteger os direitos fundamentais, de resguardar os cidadãos nas relações que envolvam esses direitos.

O que desperta a concepção de que ao Estado não basta simplesmente fornecer o acesso à informação que já está de posse dos órgãos públicos, mas, ir além, no sentido de sobre ele recair a atribuição de coletar e de compilar novas informações, disponibilizando-as de forma simples e de fácil compreensão (Mendel, 2009), interligando o acesso à informação à transparência dessas mesmas informações.

Nesse quadro, o público tem o direito de perquirir os atos de seus líderes e participar de um debate pleno e aberto sobre as escolhas por eles realizadas; e aqui outro exemplo não poderia surgir como o da escolha entre a construção de uma escola ou de um hospital, decisões que não cabem, em primeira linha, apenas à Administração Pública e nem ao Poder Judiciário, como ocorre no caso de controle jurisdicional de políticas públicas, mas à comunidade, à cidade que será beneficiada, pois, atrás de cada ato administrativo, encontram-se as aspirações de cidadãos.

Conveniente, nesse sentido, é a nota que Muños (2012, p. 25) apresenta, afirmando que é aos homens e as mulheres que a Administração Pública serve, aos seus interesses particulares próprios e legítimos:

---

DE SIGILO. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. A regra geral num Estado Republicano é a da total transparência no acesso a documentos públicos, sendo o sigilo a exceção. Conclusão que se extrai diretamente do texto constitucional (arts. 1º, caput e parágrafo único; 5º, XXXIII; 37, caput e § 3º, II; e 216, § 2º), bem como da Lei nº 12.527/2011, art. 3º, I. 2. As verbas indenizatórias para exercício da atividade parlamentar têm natureza pública, não havendo razões de segurança ou de intimidade que justifiquem genericamente seu caráter sigiloso. 3. Ordem concedida” (Brasil, 2015).

Não posso deixar de sublinhar insistentemente a centralidade do indivíduo em meu entendimento na vida pública. O indivíduo real, a pessoa, com o conjunto de circunstâncias que o acompanham o seu entorno social, é o autêntico sujeito dos direitos e liberdades que na Constituição proclamamos. A esse homem, a essa mulher, com sua determinada idade, seu grau de cultura e de formação, maior ou menor, com sua procedência concreta e seus interesses particulares, próprios e legítimos, é a que a Administração Pública serve. Ao serviço dessa pessoa concreta o aparato administrativo deve promover as condições para que exerça com a maior qualidade e profundidade suas liberdades.

Para que se possa compreender melhor esse processo, contudo, faz-se necessário conceituar e situar historicamente o direito de acesso à informação, que é tido, por vezes, também como liberdade de expressão, porém não se confundem, visto que, enquanto na liberdade de expressão o cidadão tem o direito de expressar seus pensamentos e ideias de forma livre, desde que não seja para fins ilícitos, no acesso à informação o cidadão busca informações das atividades dos entes públicos, ou seja, procura obter informações quanto à atividade da Administração Pública.

Nesse sentido, utiliza-se, aqui, o conceito da Organização dos Estados Americanos (OEA), que, em 2004, em Declaração Conjunta sobre Acesso à Informação e sobre a Legislação que Regula o Sigilo, conceituou-o da seguinte forma: “[...] constitui um direito humano fundamental que deve ser efetivado em nível nacional através de legislação abrangente [...] baseada no princípio da máxima divulgação, estabelecendo a presunção de que toda informação é acessível e está sujeita somente a um sistema estrito de exceções” (OEA, 2004).

Historicamente, o direito de acesso à informação possui seu primeiro reconhecimento na Suécia, através da Lei de Dados Pessoais de 1766 (Mendel, 2009). Também, pode-se citar os Estados Unidos, que, em 1966, aprovaram sua Lei de Liberdade de Expressão, conhecida como FOIA (*Freedom of Information Act*), ainda vigente, recebendo diversas emendas para adequar-se ao tempo. Na América Latina, a pioneira em estabelecer lei sobre o assunto foi a Colômbia, em 1985, dispondo sobre o acesso do cidadão às informações produzidas ou constantes no interior da Administração Pública; além disso, cita-se o México que, em 2002, promulgou a Lei Federal de Transparência e Acesso à Informação (Heinen, 2015).

Em termos internacionais, observa-se que a Organização das Nações Unidas (ONU), em 1966, adotou a noção de “liberdade de informação”, sendo reconhecida em sessão da Assembleia Geral através da Resolução 59(1), a qual afirma que a liberdade de informação constitui um direito humano e fundamental. Entretanto, a Declaração Universal de Direitos Humanos, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 1948, no seu artigo 19, já previa o direito de liberdade de opinião e de expressão, dispondo que: “todos têm o direito de liberdade de opinião e de expressão: este direito inclui a liberdade de expressar opiniões sem interferência e de buscar, receber e emitir informações e ideias por quaisquer meios e sem limitação de fronteiras” (Mendel, 2009; ONU, 1948).

Além disso, a Organização dos Estados Americanos, no artigo 13<sup>5</sup> da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, garante a liberdade de expressão – em termos semelhantes aos da Organização das Nações Unidas e reconhece, de forma explícita, o direito à informação como direito fundamental –. Outro documento importante foi aprovado pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos em 2003, apresentando resoluções sobre o acesso à informação pública, sendo que essas resoluções enfatizam o respeito e a promoção do acesso à informação pública de todos os países, sendo considerado um requisito do exercício da democracia. A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), em vista do artigo 13, advoga que o mesmo constitui uma ferramenta de transparência da informação e de controle da corrupção, ao atribuir o dever positivo do Estado de providenciar e fornecer informações (Mendel, 2009).

Observa-se que a própria Corte Interamericana reconhece tal direito como dever de proteção estatal, o que decorre da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, na proteção desses direitos não apenas em face do Estado (dimensão subjetiva), mas através do ente estatal (dimensão objetiva). Oportuno, nesse sentido, é citar a decisão ímpar sobre o direito de informação e transparência no caso *Claude Reyes e outros versus Chile*, caso que se refere à responsabilidade internacional do Estado pela negativa de informações referente a um projeto de industrialização florestal:

Violación del artículo 13 de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma (Libertad de pensamiento y de expresión) 73. El Tribunal encuentra claro que la información que no fue entregada por el Estado era de interés público, ya que guardaba relación con un contrato de inversión extranjera celebrado originalmente entre el Estado y dos empresas extranjeras y una empresa chilena receptora, con el fin de desarrollar un proyecto de industrialización forestal, que por el impacto ambiental que podía tener generó gran discusión pública. (...) 1.1. Derecho a la libertad de pensamiento y de expresión 77. (...) [L]a Corte estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención (...). Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. (...) 86. (...) [E]l actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas (...). 87. El control democrático, por parte de la sociedad a

<sup>5</sup> Aponta-se o artigo 13: “Liberdade de pensamento e de expressão: 1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias(sic) de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar: a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias(sic) e opiniões” (OEA, 1969).

través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. Por ello, para que las personas puedan ejercer el control democrático es esencial que el Estado garantice el acceso a la información de interés público bajo su control. Al permitir el ejercicio de ese control democrático se fomenta una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad. [...] (CIDH, 2006).

Prosseguindo, é interessante destacar o uso do termo “direito à informação”, sendo que o direito ao acesso à informação estava, em legislações passadas, atrelado ao termo “liberdade de informação” e “liberdade de expressão”. Nesse sentido, como parâmetro de mudança, encontra-se a Lei Indiana de 2005, que concede acesso às informações em posse de órgãos públicos, ou seja, muda a terminologia de “liberdade” para “acesso” (Mendel, 2009).

Na Lei de Acesso à Informação brasileira, a terminologia empregada não é liberdade, como se percebe, mas “acesso” à informação. A própria Constituição Federal já utilizava o termo acesso à informação no artigo 5º, inciso XIV, que refere “é assegurado a todos o acesso à informação [...]” e no inciso XXXIII, quando assevera que “todos têm direito de receber dos órgãos políticos informações [...]”, apesar da doutrina comumente abordar como liberdade de informação (Brasil, 1988).

Nesse contexto, no Brasil, o direito de acesso à informação é compreendido como originário do direito de liberdade de expressão e de pensamento, conforme Molinaro e Sarlet (2015) e, nesse olhar, acham-se resquícios dele desde a Carta Imperial de 1824; mas a denominação “liberdade de informação”, no Brasil, aparece apenas (ironicamente), no domínio da Ditadura Militar instaurada pela Revolução de 31 de março de 1964, isso com a Constituição de 1967, na qual emerge a denominação “direito à informação”, sendo que é a partir desse momento em que se observa tal direito na condição de elemento central na ordem constitucional brasileira. Nota-se assim, que, justamente, onde a liberdade de expressão e de informação era oprimida, velada, ela passa a ser garantida.

Com a Constituição Federal de 1988, tal conteúdo passa a aparecer como direito e garantia fundamental, no Capítulo dos Direitos e Deveres Fundamentais Individuais e Coletivos, apesar de a lei específica para regular a matéria só haver sido publicada em 2011 (Lei de Acesso à Informação). Contudo, antes de se fazer uma leitura do direito ao acesso à informação como direito e garantia fundamental, entende-se que se pode identificar nos fundamentos da República Federativa do Brasil, no seu artigo 1º, os princípios norteadores e propulsores do acesso à informação, sendo eles, no inciso II, a cidadania, e no parágrafo único, o fato de o poder emanar do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente (Brasil, 1988).

Entende-se que esses princípios são considerados como um dos direitos base do acesso à informação, pois, como já se mencionou, a pessoa não tem como exercer seu papel de cidadão, como povo, agindo diretamente no poder, participando da coisa pública, sem acesso à informação dos atos, contratos, convênios e políticas públicas praticados pela Administração Pública.

Nesse sentido, Martins Júnior (2010) assevera que se torna elementar no Estado Democrático de Direito a participação do cidadão na Administração Pública. A participação da comunidade

na condução dos negócios públicos é fator de sua legitimidade, não se podendo dar chance a uma noção formal de uma democracia representativa.

No catálogo dos Direitos e Garantias Fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal<sup>6</sup>, o primeiro dispositivo a ser analisado diz respeito ao inciso XIV, que prevê que “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional” (Brasil, 1988). Importante é dizer que esse direito não só assume uma dimensão coletiva, mas também, uma dimensão individual, na condição de direito subjetivo de acessar informações perante qualquer sujeito de direito – independente do direito da coletividade em buscar, acessar, receber e divulgar informações em poder do Estado, de seus agentes, de instituição e de entes privados com interesses vinculados à Administração (Molinaro; Sarlet, 2015).

Prosseguindo-se, no inciso XXXIII do artigo 5º da Constituição Federal, lê-se que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”; tem-se, pois, um dever estatal de prestar informações, o que gera um binômio entre o direito do sujeito e o dever da Administração.

Ademais, objetiva-se uma amplitude do direito de informação, que pode abranger informações individuais, gerais e coletivas. Destaca-se que a diferença entre o direito previsto no inciso XIV e no inciso XXXIII diz respeito ao órgão detentor dessas informações: no primeiro, refere-se às informações detidas por instituições públicas ou privadas, enquanto que, no segundo, diz respeito apenas às informações de posse dos organismos estatais (Heinen, 2015).

Para mais desses dois dispositivos, encontra-se, também, no Capítulo VII (Administração Pública, Seção Disposições Gerais), o artigo 37, *caput* e parágrafo 3º, incisos I a III<sup>7</sup>, da Constituição Federal, que apresentam, entre os princípios que devem nortear a Administração Pública, o princípio da publicidade, reforçando, assim, o dever do Estado com o acesso à informações públicas e na transparência dos seus atos aos seus administrados (Brasil, 1988).

Além disso, tem-se, nesses dispositivos, a previsão da participação do usuário da Administração Pública direta e indireta, para assim regular o direito de representação quanto à qualidade do

<sup>6</sup> Em uma amplitude maior, Molinaro e Sarlet (2015) apresentam o direito ao acesso à informação atrelado aos incisos IV, X, XII, XXXIII, XXXIV (alínea “b”), LX, LXXII, do artigo 5º da Constituição Federal; bem como, no seu artigo 37, §3º, inciso II; no artigo 93, inciso IX; no artigo 216, parágrafo 2º; e no artigo 22º e parágrafos, afirmando que tais artigos são apresentados sem prejuízo de outras manifestações normativas atributivas de posições jurídicas subjetivas ativas, por força da cláusula de abertura contida no § 2º do artigo 5º.

<sup>7</sup> Observa-se o teor desse dispositivo: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública” (Brasil, 1988).

serviço e quanto à negligência e ao abuso do exercício de função pública, bem como o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, ou seja, reúnem diretrizes para a atribuição de um papel mais ativo<sup>8</sup> do administrado frente à Administração Pública, com a interligação da publicidade e da participação como fatores de articulação da transparéncia (Martins Júnior, 2010).

Destaca-se ainda, como pano de fundo do direito de acesso à informação, o artigo 216, §2º, da Constituição Federal, que, no Capítulo da Educação, Cultura e Desporto, na Seção II, da Cultura, dispõe: “cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem”. E no artigo 216-A, §1º, inciso IX, verifica-se o dever de transparéncia e compartilhamento das informações públicas (Molinaro; Sarlet, 2015).

A legislação marco referente ao acesso à informação, trata-se da Lei de Acesso à Informação, Lei 12.527/2011, que trouxe procedimentos a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o fim de garantir o acesso a informações previsto como direito fundamental na Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XXXIII, bem como no artigo 37, parágrafo 3º, inciso II, e artigo 216, parágrafo segundo, já discutidos anteriormente (Brasil, 2011b). A Lei foi regulamentada em 2012, pelo Decreto 7.724, tendo como avanços a criação de mecanismos que possibilitem que qualquer pessoa, sem necessidade de apresentar motivo, receba informações públicas requeridas a órgãos e entidades, a fim de fiscalizar o gerenciamento da coisa pública, o que faz novamente dizer que a prerrogativa é a publicidade, sendo a exceção o sigilo (Bitencourt; Reck, 2016).

Para mais, cita-se alguns instrumentos de acesso à informação existentes no direito brasileiro, sendo o Portal de Transparéncia, criado em 2004, recebendo avanços progressivos em sua utilização, e o Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC), de 2012, pela Controladoria-Geral da União, face ao Decreto Regulamentar da Lei de Acesso à Informação, Decreto 7.724/12 (Brasil, 2011a).

O Portal de Transparéncia aparece para assegurar a boa e correta aplicação dos recursos públicos. O objetivo é aumentar a transparéncia da gestão pública, permitindo que o cidadão acompanhe como o dinheiro público está sendo utilizado e ajude a fiscalizar. Vê-se, portanto, que a transparéncia se restringe aos gastos realizados pelos entes estatais, às informações sobre os recursos financeiros, receitas e despesas, convênios, servidores e sanções, que é o que a princípio o Portal da Transparéncia do Governo Federal permite o acesso (CGU, [2020]).

Tamanha importância recebeu o Portal de Transparéncia que não só a Administração Pública que possui o dever de implantar o fez, também, verifica-se a existência de portais autônomos e independentes como o Portal Transparéncia Brasil constituídos por grupos não governamentais focados no combate a corrupção, em que se encontra estudos a respeito de desvios e do mau uso dos

<sup>8</sup> Interessante destacar com Muños (2012) que o cidadão deixa de ser mero receptor das decisões, ou seja, de um sujeito passivo, mero receptador mecânico de serviços e bens públicos, para atuar como um sujeito ativo, protagonista, que aspira ter uma participação destacada na configuração dos seus e dos interesses gerais.

recursos públicos, servindo para difundir o conhecimento sobre o tema. Igualmente, pode-se citar o Programa “Olho Vivo no Dinheiro Público”, criado pela Controladoria-Geral da União (CGU), e que possui programação voltada para incentivar o cidadão para o controle social e com educação presencial, educação à distância, distribuição de material didático e incentivo à formação de acervos técnicos em conjunto como Programa de Fortalecimento da Gestão Pública.

A outra forma de acesso à informação, o e-SIC, tem o objetivo de ser um canal para que o cidadão, sendo pessoa física ou jurídica, capaz ou incapaz, encaminhe pedidos de acesso à informação, acompanhe o prazo e receba a resposta da solicitação realizada para o órgão, ou seja, garante a transparência passiva, em que a divulgação de informações depende de solicitação do cidadão.

Distinguindo-se, quando se fala em Portal de Transparência, há uma transparência ativa, em que cabe a Administração Pública divulgar informações à sociedade independente de solicitação, ou seja, por iniciativa própria, devendo constar, obrigatoriamente, informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária dos entes estatais. No e-SIC, instrumento de transparência passiva, o ente estatal possui a obrigação de disponibilizar informações requeridas pelo cidadão, podendo essas serem de qualquer natureza, por exemplo, quantas vagas há na escola infantil do seu bairro, o horário da coleta seletiva de lixo, informações sobre saúde, esporte, lazer, entre outros.

Delineados as principais normativas presentes na Constituição Federal, como a legislação apartada, assevera-se que as mesmas não podem ser apenas tidas como fundamentos para o acesso à informação, mas também para acesso à participação, à decisão, ao controle e à fiscalização<sup>9</sup>. A tônica é que o cidadão deve participar, não atuando meramente como administrado, mas como cidadão ativo na concretização de uma Administração Pública democrática; para isso, porém, as informações precisam ser publicizadas, devem ser disponibilizados instrumentos que permitam ao cidadão ter acesso às informações, como também, devem ser claras, comprehensíveis<sup>10</sup> e verdadeiras, para que ele possa exercer seu direito de participação e de construção da gestão da coisa pública. Como assevera Heinen (2015), o cidadão não pode mais tomar o papel de fantoche!<sup>11</sup>

9 Heinen (2015, p. 25) assevera que oriundo dos preceitos constitucionais se verifica um “direito de fiscalização na prestação dos serviços público”, isso em um sentido qualitativo como quantitativo, sendo fundamental a implementação de um controle da prestação de serviços públicos pela população, o que só seria compatível com a efetiva transparências dos atos.

10 Friedrich e Leal, R.G. (2015, p. 272-289) apontam a importância da Administração Pública ser “clara”, compreensível pela sociedade, pois assim não sendo inviabiliza a participação e o controle: “A principal justificação de tal impossibilidade de participação social é a de que o tema da administração pública possui graus de complexidade e especificidade desde sua dimensão gramatical/lingüística até a operacionalização, pois conta com um universo categorial tão próprio e pontual que só é alcançado pelos já iniciados em sua ciência, deixando os incautos cidadãos comuns do povo sem compreensão de suas práticas, eis que decorrência da operacionalização daqueles conceitos e discursos. Em tal cenário, o que resta à sociedade é, tão-somente, avaliar os resultados e deliberação sobre a concepção/eleição daquelas ações e políticas – questões restritas às instituições competentes”.

11 Heinen (2015, p. 14) aborda a nova perspectiva do direito do cidadão na Administração Pública, em que não é mais tido como “simples” destinatário de decisões, mas destinatário de direitos: “Para tanto, deve-se ter atenção especial no que se refere ao intenso autoritarismo e à falta de profissionalismo por vezes inserido naqueles que se colocam e são sujeitos de relações jurídico-administrativas, como se o cidadão, por exemplo, fosse apenas um destinatário de medidas administrativas e legislativas, herança dos anos de clientelismo, do cordialismo, do paternalismo, etc. Tornam-se, nesse caso, não mais sujeitos de direito, mas sim destinatários de direito”.

Participação, acesso à informação e transparência são elementos que se complementam, sendo propulsores uns dos outros, pois, sem publicidade, acesso à informação e transparência não haverá *lócus* para a participação, bem como, sem participação, o acesso à informação e à transparência se tornam elementos vazios, na ordem de uma eficácia meramente formal, do ato praticado e/ou da decisão tomada. Ademais, não adiantará a união desses três elementos, se as informações não forem qualificadas, claras e “transparentes”. O cidadão deve ter acesso às escolhas sobre a sua cidade, precisa ter oportunidade de participar, controlar e fiscalizar o processo de implementação de uma política pública e não avaliar apenas os seus resultados. Só assim haverá espaço para a concretização de uma boa Administração Pública, de uma Administração Pública que não se dá mais em uma concepção fechada, mas aberta, em que o cidadão poderá participar, fiscalizar e controlar essa mesma Administração.

Nesse sentido, conveniente torna-se a reflexão de Muños (2012, p. 6) quanto a uma Administração tida como aberta, plural e dinâmica, isso quando trata do direito fundamental à boa Administração Pública:

Portanto, o governo e a administração nunca poderão ser aparatos que se fechem à criatividade, ou a impeçam com qualquer tipo de algemas, nem tampouco poderão deixar os indivíduos – especialmente os mais frágeis – ao arbítrio de interesses egoístas. A boa administração, ou bom governo, realiza-se com base nessa consideração aberta, plural, dinâmica e complementar dos interesses gerais, do bem-estar integral do cidadão.

Nessa concepção de uma boa Administração ou de um bom Governo, que se realiza com base na abertura e na pluralidade aos interesses gerais do bem-estar dos cidadãos, através do acesso à informação e da transparência dos atos administrativos, é que se fundamenta o direito de acesso à informação como condição de possibilidade do direito à boa Administração Pública, direito que se perquire na sequência.

## **2 O DIREITO À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA É UM DIREITO FUNDAMENTAL NA ORDEM JURÍDICA-CONSTITUCIONAL BRASILEIRA?**

O direito à boa Administração Pública nasce no ambiente do Direito Comunitário Europeu e, após, ganha espaço e é aperfeiçoado pelo Direito Iberoamericano. Todavia, antes, na Europa, pode-se encontrar tal direito na Constituição Italiana de 1942. Também, em 1984, já era invocado pela jurisprudência dos Tribunais Europeus e pelo próprio Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Hachem, 2014). Na América, ainda, a Constituição Uruguaia, de 1952, previa no artigo 311, segundo inciso, que é caso de nulidade dos atos administrativos a inobservância das regras de direito da boa Administração Pública nos seguintes termos: “cuando la decisión declare la nulidad de de acto en interés la regla de derecho o de la buena administración, producirá efectos generales y absolutos” (Durán Martínez, 2013).

Todavia, tal direito sobressaiu-se quando, no ano de 2000, foi aprovada, em Nice, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (UE, 2000), que o converteu de um princípio a ser seguido pela Administração Pública, em um direito humano: “[...] inovou ao converter o princípio – até então encarado somente sob o viés objetivo – em *direito humano*, outorgando-lhe também uma dimensão subjetiva possível de exigibilidade” (Hachem, 2014, p. 264, grifo do autor).

Tal direito está previsto no artigo 41<sup>12</sup> na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, prevendo, em síntese, segundo Friedrich e Leal, R.G. (2015), três pressupostos (não excluindo outros), sendo eles: direito de os cidadãos serem ouvidos nos assuntos públicos, havendo, no caso, uma legitimidade tida como material e não formal, no sentido de que a partir de sua manifestação advenha uma resposta fundamentada do Poder Público em tempo tido como razoável; acesso à informação, não somente de forma tida como indutora, mas como política pública de transparência e de publicidade dos atos e atividades da Administração Pública, sendo que essa transparência deve se dar de forma clara e de fácil compreensão; e, por fim, dever de motivação dos atos da Administração Pública em todos os seus âmbitos, desde a formulação à (in)execução dos atos, como também prestação de contas, o que permitiria o controle dos mesmos, seja por ilícitos praticados ou por omissões, falta de competência, entre outros. Sendo assim, calcado no acesso à informação, na transparência das decisões, para possibilitar o controle dos atos praticados ou das omissões existentes.

Pode-se dizer, portanto, que a boa Administração Pública comprehende-se como estruturante do núcleo da cidadania, contribuindo para reafirmar o protagonismo do cidadão nas relações com a Administração Pública, marcada pela legitimidade – material e não meramente formal, numa participação que seja tida como norte nas decisões públicas a serem tomadas e não apenas para legitimar uma decisão antes já consolidada.

Não só isso, tal direito busca reafirmar a permanente necessidade de se repensarem as relações entre cidadãos e Estado, entre sociedade e Estado e, de forma mais específica, o direito de acesso às informações administrativas (Ohlweiler, 2015).

Frente a essas bases, aponta-se que o direito fundamental à boa Administração Pública precisa, antes de tudo, ser entendido como processo democrático, como resultado de compromissos entre interesses públicos e privados concorrentes entre si, o que vem implicar que as regras desse processo político sejam responsáveis pela sua transparência e honestidade e justificadas através de direitos humanos e fundamentais (Leal, 2014).

---

12 Segue o artigo 41: “Direito a uma boa administração: 1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições, órgãos e organismos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. 2. Este direito compreende, nomeadamente: O direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente; O direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito pelos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial; A obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões. 3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da União, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respetivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros. 4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma” (UE, 2000).

Desse modo, o direito à boa Administração Pública pode ser compreendido como correspondente ao dever de observar, nas relações administrativas, a totalidade de princípios constitucionais e suas prioridades, podendo-se conceituar, conforme Freitas (2014, p. 21), a um direito fundamental à Administração Pública, sendo ela “[...] eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade, respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas”.

Por oportuno, conclui-se que o direito fundamental à boa Administração Pública configura o somatório de direitos subjetivos públicos, podendo-se verificar que o conceito abrange o direito à Administração Pública transparente, sustentável, dialógica, proba, respeitadora da legalidade, preventiva, precavida e eficaz, em que “as escolhas administrativas são legítimas se – e somente se – forem sistematicamente eficazes, sustentáveis, motivadoras, proporcionais, transparentes, imparciais e ativadoras da participação social, da moralidade e da plena responsabilidade” (Freitas, 2014, p. 21-23), o que só se concretiza com o acesso à informação e a transparência dos atos.

Importante se faz destacar, nesse contexto, a crítica trazida por Hachem (2014), no sentido de que o direito fundamental à boa Administração Pública apresenta-se como um “direito guarda-chuva”, por abrigar um feixe de direitos fundamentais cujo destinatário é o Estado-Administrador. O artigo 41 da Carta de Direitos Humanos da União Europeia tem-se exibido em um resumo dos direitos fundamentais mais relevantes que as pessoas possuem frente à Administração, o que o torna um direito de “perfil aberto e contornos fluídos”, no sentido de que se vale dos demais princípios fundamentais da Administração Pública, não possuindo, ele próprio, um conteúdo jurídico completamente autônomo, determinado e diferenciado, o que leva ao risco de que sua utilização não passe do plano da retórica, não acrescentando ao direito constitucional nenhum valor, podendo essa ausência ser considerada como um entrave à sua qualificação como direito fundamental.

Ao prosseguir, é preciso que se compreenda que o direito fundamental à boa Administração Pública relaciona-se com a totalidade da ordem jurídica constitucional e infraconstitucional, com o dever de agir de forma transparente, de relacionar-se com o cidadão, primando pelo diálogo e permitindo o mais amplo acesso às informações da Administração Pública (Ohlweiler, 2015). Sua pedra basilar está no direito da participação, do acesso à informação, da transparência e da Administração Pública de qualidade e eficiente.

Há de se destacar que, no Brasil, o direito à boa Administração Pública não está no rol dos direitos e garantias fundamentais, apesar de assim ser entendido, por exemplo, na Espanha<sup>13</sup>. Apesar disso, segundo Hachem (2014), esse direito, no Brasil, vem sendo interpretado como direito fundamental, isso através do caráter aberto do catálogo de direitos fundamentais da Constituição, principalmente frente ao artigo 5º e seu parágrafo segundo. Sustenta-se que tal direito decorre dos princípios fundamentais do Título I da Lei Maior, tais como: a cidadania e a dignidade da pessoa humana, no artigo 1º, inciso II e III, respectivamente; dos objetos de construção de uma socieda-

13 Lei 19/2013, Lei de Transparência, Acesso à Informação e Bom Governo (Espanha, 2013).

de livre, justa e solidária e de promoção de bens de todos, conforme o artigo 3º, inciso II e IV; e de possuir conexão direta com os princípios regentes da Administração Pública, conforme se verifica no *caput* do artigo 37<sup>14</sup>.

No entanto, cabe afirmar que, no Supremo Tribunal Federal, ao pesquisar pela expressão “boa administração pública”, utilizando-se os recursos de pesquisa do site (<http://portal.stf.jus.br>), especificadamente “adj”, que auxilia na busca de palavras aproximadas, encontra-se um acórdão (Recurso Extraordinário 760931/DF) (Brasil, 2017c) e sete decisões monocráticas (Medida Cautelar na Reclamação 28711/PI; Petição 5660/PA; Medida Cautelar em Mandado de Segurança 32169/DF; Recurso Extraordinário 633635/DF; Recurso Extraordinário com Agravo 721364/RS; Habeas Corpus 102819/DF; e Mandado de Segurança 28212/DF) (Brasil, 2010, 2012a, 2012b, 2013a, 2013b, 2017a, 2017b), todavia não há pelo Supremo uma orientação sobre o conteúdo e aplicabilidade do princípio da boa Administração Pública até 2019.

No Superior Tribunal de Justiça, tem-se o primeiro acórdão a respeito do tema com o Recurso Especial 1139496/SC, de 2009 (Brasil, 2009), Ministro Relator Humberto Martins, referente ao caso envolvendo terceira pessoa que havia adquirido um automóvel e este, erroneamente, teve seu certificado emitido sem anotação de nenhum gravame pelo Departamento de Trânsito do Distrito Federal (DETRAN), o que foi feito pelo Departamento posteriormente à venda do veículo. O Tribunal interpretou que houve ofensa ao princípio da boa-fé e ao princípio da confiança, no sentido de que, dessa forma, tem-se como abalada a confiança do administrado com o Poder Público, violando-se assim, o direito fundamental à boa Administração Pública<sup>15</sup>. Dessa maneira, o direito fundamental à boa Administração Pública, nessa decisão, teve o seu contexto marcado pelo princípio da boa-fé e da confiança na Administração Pública, no sentido que é direito fundamental do

14 Refere-se a obra de Leal (2003, p. 43) sobre a temática dos princípios implícitos, onde assevera que: “[...] a Constituição se encontra imersa num sistema objetivo de costumes, valores e fatos que compõe uma realidade viva e dinâmica, não sendo ela algo separado da sociedade, senão um feixe de normas e princípios que devem refletir não somente o sentimento social, mas também a força presente à consciência de uma época e que, por ser uma ordem racional, deve atuar eficazmente, normativamente, sobre a realidade de que é parte”. Nesse contexto, o que pretende afirmar que a Constituição não apenas é formada por princípios expressos, mas, também, por princípios implícitos, que decorrem das alterações sociais, da adaptação do direito à realidade social.

15 Segue a decisão Recurso Especial 1139496/SC, acórdão encontrado no Superior Tribunal de Justiça sobre a temática: “ADMINISTRATIVO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – TERCEIRO ADQUIRENTE DE AUTOMÓVEL – CERTIFICADO DE REGISTRO DE VEÍCULO EMITIDO SEM ANOTAÇÃO DE NENHUM GRAVAME – ULTERIOR IMPORTAÇÃO DE RESTRIÇÕES PRETÉRITAS – VIOLAÇÃO DA BOA-FÉ E DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. 1. O recorrente adquiriu um automóvel, sobre o qual não havia qualquer gravame registrado no órgão de trânsito, e na emissão do Certificado de Registro e Licenciamento do Veículo também não constava qualquer observação. Posteriormente, quando a autarquia passou a integrar o Sistema Nacional de Gravame, houve a importação de restrições pretéritas. 2. A situação descrita no acórdão recorrido malfere o princípio segundo o qual se deve proteger terceiros de boa-fé. Abala também a confiança que deve existir entre os administrados e o Poder Público, em ultima análise, viola o direito fundamental à boa administração pública. 3. Não é concebível que um cidadão que adquire um automóvel e se cerca de todas as providências cabíveis para conhecer da existência de possíveis gravames sobre o bem, que obtém uma certidão oficial de um órgão público no qual é atestado a inexistência de ônus, venha, posteriormente, a ser surpreendido com a importação de restrições pretéritas. Quando agiu desta forma, a administração pública violou uma das dimensões do princípio da confiança - quebrar as expectativas legítimas depositadas nos atos administrativos. 4. Com efeito, a anotação de restrições pretéritas à transferência, uma vez que não constavam no certificado de registro do veículo automotor quando adquirido por terceiro de boa-fé é ato ilegal, imputável à autoridade administrativa, que merece ser extirpado. Aplicação, no caso, da ratio essendi da Súmula 92/STJ, segundo a qual, “A terceiro de boa-fé não é oponível a alienação fiduciária não anotada no certificado de registro do veículo automotor.” Recurso especial provido” (Brasil, 2009).

cidadão ter expectativas legítimas dos órgãos públicos em seus negócios, não podendo atribuir-se a ele esse encargo por erro do Poder Público<sup>16</sup>.

Prosseguindo, realizou-se, também, uma pesquisa no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (<https://www.tjrs.jus.br>), em todas as jurisprudências até o ano de 2019, pela expressão “boa administração pública”, sendo apenas encontrados onze acórdãos do período compreendido entre 10 de agosto de 2011 a 29 de setembro de 2012, em matéria restrita ao direito administrativo, tendo todos eles como relator o Desembargador Leonel Pires Ohlweiler (Rio Grande do Sul, [2020]). Destaca-se, ainda, que todos os casos envolveram a demanda de Execução Fiscal referente a débito de Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) inexistente ao contribuinte, sendo entendido que houve a violação do direito fundamental à boa Administração Pública pelo fato de a Administração deixar de adotar o princípio da eficiência<sup>17-18</sup>.

A questão que se deve ter presente é que a jurisprudência, apesar das poucas decisões sobre a matéria, vem comprovar a noção de “guarda-chuva” do direito à boa Administração Pública já referida. Observa-se que, no Superior Tribunal de Justiça, o direito à boa Administração Pública aparece atrelado ao princípio da confiança, já no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao princípio da eficiência, ou seja, ele não apresenta contornos delineados, o que pode levar a que “tudo” seja entendido como direito fundamental à boa Administração Pública, como também que “nada” seja interpretado dessa forma.

Com efeito, observa-se que esse direito é relativamente novo em solo brasileiro, havendo o entendimento, por parte de Leal (2014), de que, no atual “estado da arte” da Administração Pública no Brasil, está-se, de uma forma geral, muito longe de concretizá-lo, principalmente no que diz respeito ao conceito normativo e teórico da boa Administração, visto que esta opera de forma fechada, em circuitos de Poderes institucionais – Executivo, Legislativo e Judiciário – tomados como os únicos espaços legítimos de deliberação e de execução do interesse público, o que ocorreria devido

16 Com a pesquisa atual realizada, encontraram-se mais 22 decisões monocráticas com a menção da boa Administração Pública, atrelada muito mais ao “dever de boa Administração Pública”, mas decisão específica sobre o assunto só se observa o acórdão aqui mencionado.

17 Ementa do primeiro julgado, Apelação Cível n. 70040247348, sobre o direito à boa Administração Pública no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. DÉBITO INEXISTENTE. DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA. DANO MORAL CONFIGURADO. MANUTENÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. - RECURSO DE APELAÇÃO - O ajuizamento de ação fiscal em razão de débito de IPTU inexistente, decorrente da desídia do ente público na identificação do correto devedor, constitui-se em ilícito indenizável. Precedentes da Corte. Caso em que a ação executiva foi ajuizada em desfavor de quem não era proprietário do imóvel que gerou o débito de IPTU. Violão do direito fundamental à boa Administração Pública caracterizada, pois a Administração Municipal olvidou o princípio da eficiência (art. 37, “caput”, CF), ao deixar de adotar um eficiente dever de diligência na correta identificação do devedor do tributo municipal. O dano moral resultante do ajuizamento de ação fiscal baseada em débito inexistente caracteriza-se como *in re ipsa*, prescindindo da comprovação quanto ao efetivo prejuízo. Precedentes da Câmara. - RECURSO ADESIVO - Mantido o quantum indenizatório fixado pela sentença. APELAÇÃO E RECURSO ADESIVO DESPROVIDOS” (Rio Grande do Sul, 2011).

18 Por outra pesquisa, utilizando-se a expressão “boa administração”, sem limitar datas, foram analisadas 201 decisões, destas, 50 mencionavam muito mais ao dever de boa Administração Pública que a análise do direito da boa Administração Pública.

à “falência do modelo endógeno de representação política tradicional”, o que emerge a concepção de que o direito de acesso à informação aparece como condição de sua possibilidade.

Delineado o quadro, força-se a dizer que a ideia de boa Administração Pública vem com o fim de garantir índices minimamente democráticos no exercício do poder, de que, na democracia, as instituições políticas não são de propriedade dos políticos ou de altos funcionários, mas de domínio popular, dos cidadãos, das pessoas de carne e osso (Muños, 2012).

Com efeito, assevera-se que a maior contribuição encontrada no direito fundamental à boa Administração Pública consiste em reconectar a organização estatal com o ser humano, funcionalizando o Poder Público em favor do cidadão, concretizando os fins para os quais foi criada, ou seja, para a promoção do bem-estar do povo, através de uma atuação responsável, eficaz e direcionada à consecução dos interesses da coletividade: a Administração Pública pela óptica de uma função serviente, isto é, de serviço à sociedade (Hachen, 2014).

Por fim, o direito fundamental à boa Administração Pública no Brasil está regrado por princípios democráticos, em que não se concebe uma Administração Pública fechada, que age em sigilo, está atrelada ao direito de acesso à informação, à participação e à gestão democrática e transparente, em que o cidadão não seja concebido como mero administrado, mas como condutor do seu próprio destino.

## **CONCLUSÃO**

O direito de acesso à informação configura direito fundamental previsto na Carta Magna e, atualmente, no Brasil, é regulamentado, principalmente, pela Lei de Acesso à Informação. É direito que toma feições de direito humano e fundamental, face a sua garantia e defesa pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e demais organismos internacionais. Como direito do cidadão, configura direito subjetivo individual e coletivo; nas faces de direito objetivo, merece proteção estatal, compreendendo dever de os entes estatais disponibilizarem informações claras, transparentes dos assuntos estatais. Através do acesso à informação, possibilita-se e dá-se espaço à participação social, ao controle e à fiscalização dos atos e omissões da Administração Pública.

Nesse enredo e fundamento, verifica-se um direito novo, o direito à boa Administração Pública, que não integra o catálogo dos direitos fundamentais da Constituição Federal brasileira, recebendo tímido olhar jurisprudencial na atualidade. A doutrina o interpreta, frente ao artigo 5º, parágrafo segundo, da Constituição Federal, como direito fundamental, em virtude do caráter aberto do catálogo de direitos fundamentais da Lei Fundamental. No entanto, apesar das críticas traçadas ao seu perfil aberto, observa-se que para haver uma boa Administração Pública, essa Administração deve cumprir com a totalidade de seus princípios constitucionais, agindo de forma transparente, proba, moral, eficaz, eficiente, respeitando a legalidade, primando pelo diálogo e pela participação dos cidadãos.

Nesse olhar, pode-se observar a busca por uma Administração Pública em que haja o protagonismo do ser humano, do cidadão, com o entendimento de que o voto é apenas uma das tarefas que lhe são delegadas no Estado Democrático de Direito, na escolha de seus representantes; entretanto, para garantir os seus direitos fundamentais, combater a corrupção, possuir uma maior eficácia, eficiência e confiança na Administração Pública, só é possível e legítimo na medida que ele tenha conhecimento e acesso aos assuntos públicos. Nesse contexto, o acesso à informação, a transparéncia e a participação aparecem como elementos interligados e propulsores um dos outros, além de pressupostos básicos e primários a concretizar uma boa Administração Pública.

Uma última palavra: a tríade, o acesso à informação, a transparéncia e a participação, aparecem como elementos interligados, permitindo uma Administração Pública eficaz e eficiente, servindo como condição de possibilidade de uma boa Administração Pública.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Controle da transparéncia na contratação pública do Brasil: o acesso à informação como forma de viabilizar o controle social da administração pública. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 49, p. 96-115, maio/ago. 2016. DOI 10.17058/rdunisc.v2i49.7892.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 21 jul. 2020.

BRASIL. **Decreto 7.724, de 16 de maio de 2011**. Regulamenta a lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do caput do art. 5, no inciso II do § 3 do art. 37 e no § 2 do art. 216 da constituição. Brasília, DF: Presidência da República, 2011a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/decreto/d7724.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7724.htm). Acesso em: 21 jul. 2020.

BRASIL. **Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5, no inciso II do § 3 do art. 37 e no § 2 do art. 216 da constituição federal; altera a lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a lei n. 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei n. 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm). Acesso em: 21 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1139486/SC**. Administrativo. ausência de violação do art. 535 do CPC. terceiro adquirente de automóvel. certificado de registro de veículo emitido sem anotação de nenhum gravame. ulterior importação de restrições pretéritas. violação da boa-fé e do princípio da confiança. Recorrente: Paulo Ribeiro Machado. Recorrido: Departamento de Trânsito do Distrito Federal Detran DF. Relator: Min. Teori Albino Zavascki, 25 de junho de 2009. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200901722930&dt\\_publicacao=07/12/2009](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901722930&dt_publicacao=07/12/2009). Acesso em: 10 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 102819/DF.** Impetrante: Arggeu Breda Pessoa de Mello. Relator: Min. Marco Aurélio, 26 de fevereiro de 2010. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3838129>. Acesso em: 10 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 28178/DF.** Impetrante: Empresa Folha da Manhã S/A. Impetrado: Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Roberto Barroso, 4 de março de 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2694711>. Acesso em: 21 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 28212/DF.** Processo administrativo. tribunal de contas da união. defesa. Se ficar demonstrado que foi aberta ao administrador oportunidade de defesa, descabe cogitar de violência ao devido processo administrativo. Impetrante: Francisco Medeiros Sobrinho. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Marco Aurélio, 4 de dezembro de 2012a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=125526169&ext=.pdf>. Acesso em: 10 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança com Medida Cautelar 27141/DF.** Impetrante: Arthur Virgílio do Carmo Ribeiro Neto. Impetrado: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello, 10 de março de 2008. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2594303>. Acesso em: 10 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança 32169/DF.** Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado pelo estado de São Paulo, contra decisão proferida pelo conselho nacional de justiça – CNJ, nos autos do pedido de providências 0003220-79.2013.2.00.0000, proposto pela associação paulista do ministério público contra ato da juíza substituta da comarca de Cachoeira Paulista/SP, dra. Roseane Cristina Aguiar Almeida. Impetrante: Estado de São Paulo. Impetrado: Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 18 de dezembro de 2013a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=192802987&ext=.pdf>. Acesso em: 10 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Reclamação 28711/PI.** Trata-se de reclamação, com pedido de medida liminar, na qual se sustenta que o ato judicial impugnado – emanado do juízo de direito da vara única da comarca de Pedro II/PI (ação civil pública n. 0001164-31.2017.8.18.0065) – teria desrespeitado a autoridade do julgamento que esta suprema corte proferiu, com efeito vinculante, no exame da ADI 4.876/DF, Rel. Min. Dias Toffoli. Reclamante: Município de Milton Brandão. Reclamado: Juiz de Direito da Vara única da Comarca de São Pedro II. Relator: Min. Celso de Mello, 7 de novembro de 2017a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313234010&ext=.pdf>. Acesso em: 10 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição 5660/PA.** Penal. queixa-crime. calúnia, difamação e injúria. imputação que não individualiza as condutas dos querelados. acusação que se baseia na qualidade de sócios proprietários de empresa de radiodifusão sonora [...]. Reclamante: Wladimir Afonso da Costa Rabelo. Reclamado: Helder Zahluth Barbalho. Relator: Min. Luiz Fux, 14 de março de 2017b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311746091&ext=.pdf>. Acesso em: 10 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 633635/DF.** Mandado de injunção. artigo 19, V, lodf. mora. violação ao direito à boa administração pública. significado. direito fundamental. não configuração. Reclamante: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Reclamado: Distrito Federal. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 8 de outubro de 2013b. Dis-

ponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=175900835&ext=.pdf>. Acesso em: 10 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 760931/DF**. Recurso extraordinário representativo de controvérsia com repercussão geral. direito constitucional. direito do trabalho. terceirização no âmbito da administração pública. súmula 331, IV e V, do TST. constitucionalidade do art. 71, § 1.º da lei n. 8.666/93. terceirização como mecanismo essencial para a preservação de postos de trabalho e atendimento das demandas dos cidadãos. histórico científico. literatura: economia e administração. inexistência de precarização do trabalho humano. respeito às escolhas legítimas do legislador. precedente: ADC 16. efeitos vinculantes. recurso parcialmente conhecido e provido. fixação de tese para aplicação em casos semelhantes. Reclamante: União. Reclamado: Priscila Medeiros Nunes. Relator: min. Rosa Weber, 30 de março de 2017c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13589144>. Acesso em: 10 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo 721364/RS**. Agravo em recurso extraordinário. execução fiscal. responsabilidade civil. dano moral. impossibilidade de reexame do conjunto fáticoprobatório. súmula n. 279 do supremo tribunal federal. agravo ao qual se nega seguimento. Reclamante: Município de Porto Alegre. Reclamado: Jaime Antônio Cimenti e outros(a/s). Relator: Min. Cármem Lúcia, 15 de novembro de 2012b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=112938944&ext=.pdf>. Acesso em: 10 out. 2023.

CGU – CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Cartilha acesso à informação pública**. Brasília, DF: CGU, 2011.

CGU – CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Portal da transparência**. Brasília, DF: CGU, [2020]. Disponível em: <http://www.transparencia.gov.br>. Acesso em: 21 jul. 2020.

CIDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso 12.108**: Claude Reyes e outros vs. Chile: sentencia de 19 de septiembre de 2006. San José: CIDH, 2006. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_151\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf). Acesso em: 21 jul. 2020.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Motivación del acto administrativo y buena administración. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 18-32, jan./jun. 2013. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/409/295>. Acesso em: 13 mar. 2020.

ESPAÑHA. Lei 19, de 09 de dezembro de 2013. Lei de transparência, acesso à informação e bom governo. **Boletim Oficial do Estado**: sec. I, Madri, n. 295, p. 97922, 10 dez. 2013. Disponível em: <http://www.boe.es/boe/dias/2013/12/10/pdfs/BOE-A-2013-12887.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2020.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Mameiros Editores, 2014.

HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. 2014. 625 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. Disponível em: <http://acervodigital.ufpr.br/>

br/bitstream/handle/1884/35104/R%20-%20T%20-%20DANIEL%20WUNDER%20HACHEM.pdf?sequence=1. Acesso em: 4 mar. 2020.

HEINEN, Juliano. **Comentários à lei de acesso à informação:** lei n. 12.257/2011. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

KAHN, Abdul Waheed. Prefácio. In: MENDEL, Toby. Liberdade de informação: um estudo de direito comparado. 2. ed. Brasília, DF: UNESCO, 2009. p. 1-2.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig. **A constituição como princípio:** os limites da jurisdição constitucional no Brasil. São Paulo: Manole, 2003.

LEAL, Rogério Gesta. Fundamentos interlocutivos da boa administração pública: algumas matrizes reflexivas. **Revista Direito e Justiça**, Santo Angelo, Ano 13, n. 22, p. 19-36, abr. 2014 . Disponível em: [http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direito\\_e\\_justica/article/view/1407/63](http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/view/1407/63). Acesso em: 13 mar. 2020.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência administrativa:** publicidade, motivação e participação popular. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDEL, Toby. **Liberdade de informação:** um estudo de direito comparado. 2. ed. Brasília, DF: UNESCO, 2009.

MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. O direito à informação na ordem constitucional brasileira: breves apontamentos. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARTOS, José Antônio Montilla; RUARO, Regina Linden (coord.). **Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 6-15.

MUÑOS, Jaime Rodríguez-Arana. **Direito fundamental à boa administração pública.** Tradução de Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

OEA – ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção americana de direitos humanos.** São José da Costa Rica: Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos, 1969.

OEA – ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaração conjunta sobre acesso à informação e sobre a legislação que regula o sigilo.** Washington, DC: OEA, 2004.

OHLWEILER, Leonel Pires. A efetividade do acesso às informações administrativas e o direito à boa administração pública: questões hermenêuticas sobre a transparência na administração pública e a lei n. 12.527/2011. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARTOS, José Antônio Montilla; RUARO, Regina Linden (coord.). **Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 37-38.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos.** Paris: Assembleia Geral das Nações Unidas, 1948.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70040247348.** Apelação cível. responsabilidade civil. execução fiscal. IPTU. débito inexiste- te. direito fundamental à boa administração. princípio da eficiência. dano moral configurado. ma- nutenção do quantum indenizatório. recurso de apelação. Apelante: Município de Santa Maria. Apelada: Maria Esteli da Rosa. Relator: Leonel Pires Ohlweiler, 26 de janeiro de 2011. Disponí- vel em: <https://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 21 jul. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Jurisprudência.** Porto Ale- gre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, [2020]. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 21 jul. 2020.

UE – UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos direitos humanos da união europeia.** Nice: Parlamento Europeu; Conselho Europeu; Comissão Europeia, 2000.

Recebido em: 24/07/2020

Aceito em: 08/05/2024

# FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO ADMINISTRATIVO COMO VETOR DE SUSTENTABILIDADE ECONÔMICA

## SOCIAL FUNCTION OF THE ADMINISTRATIVE CONTRACT AS A VECTOR FOR ECONOMIC SUSTAINABILITY

Cibeli Simões Santos\*

Lourival José de Oliveira\*\*

**Como citar:** SANTOS, Cibeli Simões; OLIVEIRA, Lourival José de. Função social do contrato administrativo como vetor de sustentabilidade econômica. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 19, n. 2, p. 34-49, jul. 2024. DOI: 10.5433/1980-511X.2024.v19.n2.p34-49. ISSN: 1980-551X.

**Resumo:** O artigo propõe uma reflexão sobre o contrato a partir da releitura decorrente do fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil e como essa nova perspectiva reflete nos contratos administrativos sob o viés da intersecção do público e privado. A análise se pauta sobre o princípio da função social previsto no artigo 421 do Código Civil e como esse princípio produz efeitos no contrato administrativo de forma a concebê-lo como vetor de realização e concretização da sustentabilidade, esta que foi elevada à envergadura de princípio constitucional. Assim, a par da concepção de que a função social do contrato ultrapassa a relação dos envolvidos diretamente no enlace obrigacional, inclusive, na esfera administrativa, refletir-se-á o contrato a partir de sua contribuição para o bem social e para a vida em sociedade como finalidade da atuação estatal. Para tal proposição, foi adotado o método dedutivo, na vertente jurídico sociológica, sendo a pesquisa enquadrada no tipo descritiva e propositiva.

**Palavras-chaves:** contrato; constitucionalização; função social; sustentabilidade.

**Abstract:** This paper proposes a reflection on the purpose of contracts based on the rereading resulting from the phenomenon of the Constitutionalization of Civil Law and how this new perspective reflects in administrative contracts under the bias of the intersection of the public and private spheres. The analysis is based on the principle of social function provided for in article 421 of the Brazilian Civil Code and how this principle produces effects in administrative contracts in order to conceive it as a vector for the realization and concretization of sustainability, which has now been understood as a constitutional principle. Thus, alongside the conception that the social function of the contract goes beyond the relationship of those directly involved in the mandatory link, including in the administrative sphere, the contract is reflected from its contribution to social good and to life in society as the purpose of state action. For this proposition, the deductive method was adopted, in the sociological legal aspect, the research being framed in the descriptive and propositive type.

**Keywords:** contract; constitutionalization; social role; sustainability.

\*Doutoranda em Direito pela Universidade de Marília-SP. Mestra em Linguística pela Universidade Estadual de Mato Grosso. Advogada. Diretora do núcleo regional do IBDFAM-MT. E-mail: cibelisimoes@hotmail.com ORCID: http://orcid.org/0000-0003-3272-4540

\*\*Doutor em Direito das Relações Sociais (PUC-SP). Professor Titular dos Programas de Doutorado/Mestrado da Universidade de Marília. Professor Associado da Universidade Estadual de Londrina. Advogado.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo trará como proposição uma reflexão sobre a função social do contrato aplicada de forma mais específica ao contrato administrativo de modo a compreender seu funcionamento como vetor de sustentabilidade.

Para tal abordagem necessário será, então, fazer uma imersão no conceito e compreensão do contrato previsto no ordenamento privado a partir da releitura promovida pelo fenômeno da constitucionalização do direito civil e, consequentemente, observar como e se essa releitura também possibilitará deslocamentos e promoverá efeitos no contrato administrativo.

Essa percepção permitirá uma reflexão da função social no contrato administrativo de forma a tomarmos como ponto de análise a sustentabilidade como decorrência desse princípio e, ao mesmo tempo, suporte para a promoção do desenvolvimento econômico da sociedade.

Para tanto necessário será considerar a sustentabilidade como princípio constitucional capaz de produzir efeitos, inclusive, na órbita do contrato administrativo devendo funcionar como elemento de otimização da função social produzindo efeitos práticos na salvaguarda do alcance da efetividade em prol do administrado e, também, de toda a coletividade.

Assim, em consonância com a proposta de reflexão que se pretende desenvolver no presente trabalho, debruçar-se-á sobre o contrato como objeto de pesquisa de modo a refletir sobre suas novas nuances que se materializam a partir da releitura constitucional e como este irá, a partir dessa percepção, produzir efeitos e reflexos no direito administrativo em virtude da dicotomia que se entrelaça entre o público e o privado conforme já demonstrado alhures.

Portanto, através do método dedutivo de cunho jurídico sociológico descritivo e propositivo, tomar-se-á como eixo central da reflexão, o desenvolvimento social e como este está relacionado à aplicação da função social dos contratos administrativos considerando a sustentabilidade como espinhar dorsal que realmente possibilita que um contrato administrativo se torne efetivo através do alcance social.

## 1 O CONTRATO SOB O ESPEQUE DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E SUA FUNÇÃO SOCIAL

Não se pode olvidar que o contrato tal qual apresentado no código civil, em que pese trazer arraigadas características do vetusto Código Civil de 1916, sofreu uma releitura a partir da aplicação dos princípios gerais do direito, inclusive, de ordem constitucional.

A denominada constitucionalização do direito civil como defendida por Lobo (2013, p. 31) é compreendida como o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil de forma a condicionar a observância pelos cidadãos, tribunais em sua aplicação bem como pela legislação infraconstitucional pertinente.

Importante consignar que o direito civil ao longo de sua história sempre forneceu categorias, conceitos e classificações que serviam de base para consolidação de vários ramos de direito público, inclusive, o direito constitucional. Então, pensar na constitucionalização do direito é promover na sua essência, a interpretação dos institutos de direito privado, código civil e demais leis civis a par das categorias fundamentais da constituição.

A par dessa abordagem percebe-se que valores fundamentais foram absorvidos do ordenamento jurídico civil pela constituição federal, na medida que também diferentes conceitos do direito constitucional, a exemplo da propriedade, família e contrato se tornam aplicáveis e explicáveis se levarmos em consideração a prévia definição jusprivatista de seu conteúdo (Lobo, 2013, p. 32).

A constitucionalização do direito civil traz como essência a vinculação e aplicabilidade direta dos princípios e normas constitucionais nas relações privadas.

Nesse sentido Eros Graus (2007 *apud* Lobo, 2013), em voto proferido no RE 407.688-8, afirma que

[...] os constitucionalistas que negam a vinculação dão prova cabal de que, aqui, entre nós, a doutrina do direito público anda na contramão da evolução da nossa doutrina do direito privado, no seio da qual germina uma muito rica ‘constitucionalização do direito civil’. Parece estranho, mas, no Brasil, a doutrina moderna de direito público é a produzida pelos civilistas (Grau, 2007, p. 171 *apud* Lobo, 2013, p. 89).

Sabe-se que são os ramos do direito civil e do direito constitucional que mais dizem respeito ao cotidiano das pessoas como um todo, assim, tais normas incidem permanentemente de forma diária, pois, todos nós somos sujeitos de direitos ou de deveres na órbita civil, seja como pessoas adquirentes de coisas e serviços ou como integrantes das relações negociais e familiares e, ao mesmo tempo, exercem a cidadania garantidos pelos direitos fundamentais.

Eis a proximidade dos ramos que possibilitam um certo imbricamento de forma a promover a releitura constitucional do ordenamento privado a partir da horizontalização dos princípios e garantias constitucionais sobre o ordenamento privado.

Nesse tocante, assevera de forma salutar Caio Mário da Silva Pereira (2004, p. 17) ao nos trazer que a posição ocupada pelos princípios gerais do direito tem sido preenchida pelas normas constitucionais, em especial, pelos direitos fundamentais que notadamente a doutrina denomina de direito civil constitucional.

Importante mencionar que sob a perspectiva analítica de Timm a constitucionalização do direito privado parte primeiramente da descodificação de forma que seria uma tendência geral da evolução do Direito que “[...] tem origem no pós Segunda Guerra Mundial e consiste num movimento de fuga dos códigos, criando-se uma verdadeira alergia ao sistema codificado” (Timm, 2008, p. 26).

De toda forma, para além, das nomenclaturas e conceitos epistemológicos, esse fenômeno doutrinário conhecido como Direito Civil Constitucional ou Direito Civil Constitucionalizado tomou corpo, principalmente, a partir da última década do século XX com a preocupação de juristas que

viam a necessidade de uma revitalização do direito civil e, consequentemente, sua adequação aos valores que tinham sido consagrados na Constituição Federal de 1988.

Essa reflexão tornava-se necessária tendo em vista que a sociedade que servira de base ideológica e de paradigma para a codificação brasileira do direito privado sob os fundamentos ideológicos do Estado Liberal e do individualismo jurídico já estava superada.

Ou seja, pode-se dizer que essa releitura constitucional do ordenamento privado se dava pela compreensão da repersonalização consistente na emancipação humana repondo ou deslocando a pessoa humana como centro do direito civil, de forma, que é a pessoa a ser considerada e, a partir dela, seu patrimônio.

Nota-se com essa forma de conceber o ordenamento privado que a proposição é obter a máxima realização dos valores constitucionais no campo das relações privadas, assim, direito civil constitucional é, em última análise, uma releitura do ordenamento jurídico infraconstitucional em que nessa releitura a Constituição Federal deixa de ser um mero fundamento de validade das normas infraconstitucionais para ser um vetor hermenêutico axiológico de todo o sistema.

Nesse movimento os principais institutos do direito civil, aqueles conhecidos como as suas vigas fundamentais, passaram a sentir e receber os efeitos da reverberação da incidência do direito constitucional e, consequentemente, dos princípios e valores constitucionais.

Nesse tocante podemos citar institutos como a propriedade, a família e o contrato, sendo esses os mais afetados diante dessa nova roupagem interpretativa normativa do ordenamento privado, ou como assevera Timm (2008, p. 60) “[...] passam a ser orientados por critérios distributivistas próprios do Direito Público”.

Em qualquer estudo sobre o direito o recuo histórico se faz necessário e em toda reflexão há duas disciplinas que sempre se farão presentes a partir dessa perspectiva, a teoria do delito e a teoria das obrigações, mais especificamente, o direito contrato que se molda a partir da existência do contrato, portanto, seja na antiguidade oriental representada pela Índia, Código de Manu ou na Antiguidade clássica da Grécia Antiga ou Roma, com seus códigos até os dias atuais já na ordenação jurídica moderna, incluindo a brasileira.

Nesse tocante Tartuce ensina que

Com as recentes inovações legislativas e com a sensível evolução da sociedade brasileira, não há como desvincular o contrato da atual realidade nacional, surgindo a necessidade de dirigir os pactos para a consecução de finalidades que atendam aos interesses da coletividade. Essa a primeira face da real função dos contratos. O contrato é um ato jurídico bilateral, dependente de pelo menos duas declarações de vontade, cujo objetivo é a criação, a alteração ou até mesmo a extinção de direitos e deveres de conteúdo patrimonial. Os contratos são, em suma, todos os tipos de convenções ou estipulações que possam ser criadas pelo acordo de vontades e por outros fatores acessórios (Tartuce, 2020, p. 81).

Assim, comprehende-se o contrato como sendo negócio jurídico bilateral ou até mesmo plurilateral que cria, modifica ou extingue direitos e deveres tendo como sustentação o conteúdo patrimonial, ou, ainda na percepção de Álvaro Villaça Azevedo (2002, p. 56) o contrato é manifestação de duas ou mais vontades que tem por objetivo criar, regulamentar, alterar e extinguir uma relação jurídica de direitos e obrigações de cunho patrimonial.

A par dos conceitos clássicos civilistas, interessante trazer uma compreensão mais moderna sobre o conceito de contrato, nesse tocante cita-se Nalin (2005, p. 41) quando comprehende o contrato como sendo o instrumento que promove uma relação jurídica subjetiva, tendo como viga de sustentação a solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, tanto para os titulares subjetivos da relação como também perante terceiros.

Assim, na concepção do autor, o instrumento prático de consolidação da solidariedade é a funcionalização da propriedade e do contrato.

[...] A questão leva em conta qual o valor ou valores que realmente se propõe a realizar o contrato contemporâneo à luz dos comandos constitucionais a ele relacionados. [...] No Brasil, mesmo havendo uma previsão constitucional expressa, há uma resistência no sentido de não se atribuir dignidade ao sujeito contratante, sem antes se pensar na causa ou função econômica do contrato (Nalin, 2005, p. 42).

Nesse tocante percebemos a partir da reflexão do autor e com supedâneo de uma leitura constitucional do direito civil que um dos espeques mais importantes do contrato é a solidariedade constitucional de forma que sem sua presença o contrato fica prejudicado, inclusive, no que tange aos seus efeitos, quando não está consagrado sobre um mote social.

Não à toa o Código Civil em seu artigo 421<sup>1</sup> traz de forma clara e direta a necessidade de que o contrato tenha por motivação o alcance ou a aplicação da função social, ou seja, sem que a função social seja alcançada, ao contrato faltaria essa viga de sustentação e finalidade que robustece e vincula a liberdade de contratar.

Fica bastante perceptível que a constitucionalização do direito civil produz efeitos em prol da coletividade como assevera Ferreira e Mazeto (2005, p. 89) ao concluir que “[...] A constitucionalização do Direito Civil define e limita a autonomia privada, a liberdade de contratar, consolidando a função social dos contratos, em favor da coletividade. O ganho social é fator democratizante que humaniza os pactos.”

Então, pensar a função social do contrato é conceber que a relação que se estabelece entre contratantes, sejam eles quem forem, deverá, ao final de tudo, promover efeitos sociais para a coletividade e, nessa dinâmica não se torna difícil o exercício de refletir o contrato que, se ao se constituir sob e partir do *locus* administrativo, ter motivação e sustentação na e pela função social.

---

1 A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

## 2 O CONTRATO ADMINISTRATIVO SOB UM ENFOQUE CONSTITUCIONAL

Marcada pela queda do muro de Berlim, pelos movimentos de “Diretas Já” no Brasil, pelo lançamento oficial da Música “que país é esse” da Banda de Rock Legião Urbana, a década de 80 (oitenta) se mostrou promissora nos aspectos políticos, econômicos e culturais, bem como um excelente momento histórico para se conceber uma nova Constituinte, forjada sob o manto da redemocratização e pelo anseio de participação popular na política brasileira que, assim ocorreu, sendo apresentada a Carta Cidadã em 05 de outubro de 1988 para a sociedade Brasileira.

Forjada sob o espírito do neoconstitucionalismo, pensamento este difundido na Europa e voltado a reconhecer a supremacia material e axiológica da Constituição, a Carta Magna de 1988 se consolidou como uma verdadeira carta do Estado Democrático de Direito, incutindo no seu bojo a rematerialização do texto Constitucional, a centralização da Constituição no ordenamento jurídico, a imposição de força normativa aos princípios, garantias e direitos fundamentais e a compreensão do texto máximo como fonte de validade de todo o ordenamento jurídico, introduzindo na nova ordem jurídica a constitucionalização dos demais ramos do Direito, a exemplo do direito civil como diagnosticado anteriormente, e também, sobre o Administrativo de uma forma bastante sensível.

Logo, não é só o corpo legislativo que deve guardar conformidade com a Constituição, por ser esta a sua fonte de validade, mas, também, todos os ramos do direito, que devem se revestir do manto da constitucionalidade, devendo ser interpretados sob o filtro axiológico dos princípios, direitos e garantias constitucionais.

Quanto à concepção da Constitucionalização do Direito, ensina Guastini (2006 *apud* Cunha Júnior, 2016, p. 51), que esse evento é um verdadeiro processo de transformação do ordenamento jurídico, com o objetivo de condicionar a ordem jurídica às normas constitucionais, afetando a legislação, a jurisprudência, a doutrina, as ações dos atores políticos e as relações sociais.

Assim, se toda ordem jurídica está impregnada pelos preceitos constitucionais, os ramos do direito, entre eles o Direito Administrativo, as suas especificidades e instrumentos afins também devem ser compreendidos e visualizados pelas lentes da Constitucionalidade e, em consequência, toda a sistematização principiológica que incide de forma horizontalizada sobre o arcabouço jurídico.

Ao tratar sobre o ramo Direito Administrativo, inicialmente deve-se visualizá-lo sustentado por duas grandes pilastras, quais sejam, a supremacia e a indisponibilidade do interesse público. Isso se deve ao fato de que ao levar a cabo o critério da Administração Pública, compreende-se o Direito Administrativo como sendo o conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado (Di Pietro, 2020, p. 54).

Nesse sentido ainda,

A existência da Administração Pública só tem sentido em função de uma justa e equitativa distribuição, entre os cidadãos, dos direitos e os encargos sociais. As

sobranceras e números as tarefas administrativas conferidas aos mandatários públicos e ao corpo administrativo não resultariam exitosas sem a imposição de princípios de atuação capazes de oferecer garantias exigíveis de um Estado justo e igualitário (Bacellar Filho, 2011, p. 215).

Assim, considerando o conceito apresentado e o critério adotado, pode-se constatar que o Direito Administrativo reconhece a prevalência do interesse público sobre o privado, bem como o reconhece como indisponível por ser inapropriável, o que nas palavras de Ferraz exsurge sob a reflexão de “o conceito de interesse público configura um dos pontos centrais do Direito Público, a exigir elaboração cuidadosa, detida e exclusiva” (Ferraz, 2003, p. 203).

Importante ressaltar que as respectivas vigas que sustentam todo o Direito Administrativo se estendem a todos os fatos e atos da administração pública, entre eles os contratos administrativos, vez que representam os ajustes celebrados pela Administração com pessoas jurídicas ou físicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, sob a ótica do regime de direito público, logo, trata-se de instrumento jurídico com nítida supremacia do interesse público sobre privado.

Inclusive, a própria análise das características dos contratos administrativos confirma o mandamento, pois, são contratos que têm natureza de contrato de adesão, ou seja, as suas cláusulas são fixadas unilateralmente pela Administração, com a disposição prévia das condições em que se pretende contratar.

São contratos que permitem cláusulas exorbitantes, quais sejam, aquelas que não seriam comuns ou até mesmo lícitas em contratos celebrados entre particulares, como a possibilidade de alteração unilateral das cláusulas pela Administração, a possibilidade de rescisão unilateral pela Administração, a possibilidade de aplicação de sanções de natureza administrativa, tudo isso estabelecendo como escopo de finalidade, o interesse público.

Certamente esses aspectos contratuais são reflexos da forma concebida do Direito Administrativo que histórica e originalmente é prepotente pois nasce do reforço do autoritarismo estatal e assim perdura por muito tempo, na verdade pode-se falar de um direito administrativo dialógico, coparticipativo e visgos de consensualidade nas últimas três décadas, mas, ainda, considerado um processo em elaboração. E é com a Constituição Federal de 1988 que esses aspectos permeiam trazendo nuances mais interessantes na relação entre administração e administrado que, inclusive, vai reverberar sobre o contrato administrativo.

Mas, sob a perspectiva clássica da doutrina administrativa, nos contratos administrativos, sempre haverá a supremacia do interesse público sobre o privado, havendo nessa relação uma verticalidade entre a Administração Pública e a pessoa física ou jurídica contratante, sendo estas submetidas a uma imposição de cláusulas predeterminadas e decorrentes de um processo licitatório ou não, com um severo segmento à legislação imposta.

Entretanto, ao analisar o contrato administrativo sob esse rigoroso sistema sustentado pela supremacia do interesse público sobre o privado, levando em consideração o atual cenário de polí-

tica neoliberal, pode haver deturpação na finalidade deste contrato e aquele que era para atender o princípio do interesse público, pois, por vezes, passa a atender determinados segmentos sociais, que acabam por se beneficiar da formatação legal do respectivo instrumento jurídico tendo em vista que amiúde o princípio da supremacia do interesse público deixa de ser um instrumento que visa dar resposta às necessidades coletivas para ser utilizado pelo Estado a fim de que os administradores públicos se perpetuem no poder.

Diante desse real risco, cabe advertir que o contrato administrativo não pode ser compreendido como produto de uma Administração impositiva, ao contrário, ao direito administrativo também deve ser aplicado os princípios que regem a Constituição, devendo ser analisado, processado e executado sob o manto da Constitucionalidade, transformando os respectivos em verdadeiros instrumentos de efetivação dos objetivos constitucionais que, em consequência, representará a exata consolidação do interesse público.

Os objetivos constitucionais encontram-se expressamente previstos no art. 3º da Constituição Federal de 1988, quais sejam, “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, “garantir o desenvolvimento nacional”, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (Brasil, 1988).

Não se pode olvidar que estes são elementos norteadores do Estado Dirigente assumidos pela Carta Magna e que decorrem da sua característica nominalista, pois traz em seu bojo metas e objetivos prospectivos, com a real finalidade de em um dado momento cumpri-los.

Ademais, os respectivos objetivos devem ser interpretados sobre o viés do princípio do fundamento da dignidade da pessoa humana, meta norma que corresponde ao núcleo intangível de todos os direitos e garantias fundamentais, além de servir como objeto de ponderação da atuação positiva do Estado em face dos administrados, inclusive, na atuação axiológica e dirigente sobre a ordem econômica e financeira quando o próprio texto legal estabelece que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a existência digna de todos conforme previsão do artigo 170 da Constituição Federal (Brasil, 1988).<sup>2</sup>

Desse modo, incumbe ao Estado cumprir com os objetivos fundamentais, bem como garantir a aplicação da dignidade da pessoa humana em todos os setores e em todo engajamento social, cultural e econômico, para, só assim, ser atingindo, definitivamente, o interesse público que é beneficiar toda a sociedade com os atos a serem desenvolvidos, praticados e executados.

Aliás, essa concepção deve ser levantada como uma verdadeira máxima, ao passo que, com o neoconstitucionalismo, o homem<sup>3</sup> se tornou a finalidade do ordenamento, no momento em que

2 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios.

3 Compreender o termo homem na sua concepção mais abrangente compreendido como referência aos direitos e garantias fundamentais, aos aspectos culturais, políticos, sociais e religiosos, bem como ao processo de despatrimonialização do direito com seu deslocamento para o centro das relações privadas e públicas.

passou a ser visto sob as lentes desse macro princípio da dignidade da pessoa humana que robustece a constitucionalidade e o movimento da constitucionalização, haja vista, não bastar somente, a aplicação do direito sob o espectro da constitucionalidade, mas, também, que essa aplicação possa ser efetuada de forma a observar a dignidade da pessoa como valor supremo de toda a sociedade (Cunha Júnior, 2016, p. 39).

Logo, se o Estado, no seu texto máximo, assumiu um compromisso dirigente e do bem-estar social, assim deverá cumprir, devendo respaldar todos os seus atos e fatos de modo que contemple todos os princípios, objetivos, direitos e garantias constitucionais, pois, só assim, efetivará o interesse público. E essa intervenção é necessária, considerando o atual cenário político neoliberal.

Com origem na Europa Ocidental e na América do Norte, a ideologia neoliberal desenvolveu-se no pós-segunda Guerra Mundial, baseada na revalorização do liberalismo econômico dos séculos XVIII e XIX, surgindo como uma solução ao intervencionismo estatal nos mecanismos de mercado, pregando-se uma política de liberdade individual, tanto econômica como política, sustentando que as instituições políticas características do Estado de Bem-Estar, corroeriam, progressivamente a liberdade política (Matos, 2008, p. 201).

Assim, sob a concepção do neoliberalismo, a política a ser praticada é a do *laissez-faire*, sendo compreendido o Estado como mínimo, devendo esse atuar de forma limitada, em um regime democrático formal, ficando restrito a criar e manter as condições necessárias à manutenção de um mercado concorrencial eficiente, atuando como um árbitro e garantindo o cumprimento das leis (Matos, 2008, p. 204).

O atual cenário político nacional revela a opção pela política neoliberal, diante dos atos políticos praticados, como as reformas trabalhistas e previdenciárias, com alterações significativas nas legislações que envolvem direitos sociais, haja vista se tratar de espécie de direito que exige uma atuação positiva do Estado, bem como a atual proposta de reforma administrativa e política de austeridade, com a promulgação da EC 95, que dispõe sobre o congelamento dos gastos públicos.

E é sob esse atual cenário que a análise dos contratos administrativos se torna mais complexa, vez que, ao invés de atender o interesse público, poderá ser utilizado como instrumento para atender os fins de grupos distintos, sob a perspectiva utópica de alavancar a economia.

Nesse ponto, importante observação a se fazer é que a crise econômico-financeira que, a partir de 2007, atingiu todas as partes e para além das fronteiras globais, provocou, como uma de suas consequências, a redução do alcance da administração infra estrutural (Gonçalves, 2017 *apud* Bitencourt Neto, 2017, p. 211), com a consequente retração dos investimentos públicos. Assim, para dentro de nossas fronteiras, o que se assiste nos últimos tempos é a estratégia de se valer do investimento privado a partir de uma seara de modelos de parcerias, cujo objetivo é reduzir o déficit de infraestrutura que direcionado a economia brasileira.

Como ressaltado, o contrato administrativo é conceituado como sendo o ajuste que a Administração, em uma relação vertical, celebra com pessoas físicas ou jurídicas para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público.

Assim, se o objetivo do contrato administrativo é atingir o interesse público, para a sua completa conclusão, necessário se faz regular, aplicar e executar esse contrato sob o manto da Constituição e consequentemente sob os princípios por ela apresentados como o da sustentabilidade que se apresenta, em última análise, como a aplicação do equilíbrio nas várias ambientes que permeia, inclusive, sob o viés administrativo, pois, verdadeiro mote constitucional é a finalidade de concretizar os objetivos fundamentais da constituição.

Logo, ao ajustar os termos do contrato, deverá a Administração objetivar na sua construção os valores do Estado Democrático de Direito, atuando de forma positiva e fiscalizando o cumprimento do contrato, compreendendo que embora a imposição das cláusulas seja unilateral, o objetivo é comum para todos, que é atingir o interesse público, vez que a Máquina Pública deve ser movida a fim de beneficiar toda a coletividade e não, apenas, alguns segmentos sociais.

A atual ordem constitucional é imposta por uma Carta Cidadã do bem-estar social e assim deve ser interpretada. Logo, se o seu espírito advém do movimento neoconstitucionalista, como filtro axiológico da atuação estatal que deverá ser interpretada, razão pela qual, todo contrato administrativo, ao ser pactuado, aplicado e executado, deverá ser consubstanciado em respeito e observâncias às normas, princípios, objetivos e direitos expressamente previstos na Constituição, o equilíbrio entre o fim administrativo e o desenvolvimento da sociedade, pois é a expressão superior do poder constituinte originário que é fruto do próprio povo.

Embora a política atual se revele como neoliberal, a Administração Pública na execução dos seus atos não poderá deixar de aplicar as normas Constitucionais, devendo aplicar no bojo dos contratos o espírito da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, vez ser essa a norma máxima em vigência no país, de observância e cumprimento obrigatório.

Assim, não se pode recair no erro da aplicação metódica dos contratos administrativos sob o viés procedural da supremacia do interesse público, como elemento de verticalização das obrigações, pois a aplicação do contrato administrativo tem que transcender a essa compreensão, devendo ser interpretado sob o filtro axiológico da Constituição, em respeito à dignidade da pessoa humana e com a meta final de alcançar os objetivos fundamentais do Estado, pois, só assim que o interesse público, de fato, será atingido, portanto, trazer à lume a função social do contrato como base para a concreção da sustentabilidade que, consequentemente se torna vetor para o desenvolvimento econômico de uma sociedade, é em sua essência, alcançar a verdadeira finalidade do contrato.

### 3 O CONTRATO ADMINISTRATIVO SOB O VIÉS DA SUSTENTABILIDADE ECONÔMICA

Importante, refletir que a função social do contrato, considerando a vocação adotada pela ordem econômica tem por mote definir limites e fins. Assim, a ordem econômica e, notadamente, os fins sociais do contrato são vistos como instrumentos de natureza hermenêutica voltados para a contemplação social e, para Theodoro Júnior (2004, p. 31), “[...] a função social do contrato consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade e não apenas no campo das relações entre as partes que o estipulam”.

Nesse sentido, e trazendo para o contrato administrativo, percebe-se que ele não fica imune às considerações gerais que recaem sobre tal instrumento, pois, o conceito jurídico em sua essência não muda, seja na esfera privada ou pública e, notadamente, diante da releitura constitucional também reflexa sobre a esfera administrativa que sofreu, nas palavras de Freitas (1995, p. 34) “[...] profundas imposições de realidades cambiantes [...]”, até mesmo porque segundo Moreira (2016, p. 30) a despeito de suas características, o Direito Administrativo não é uma disciplina estática, firme e imutável e, portanto, não é algo que se torna incontroverso no tempo e no espaço.

Nesse contexto, obviamente tem-se sob a ótica do público uma relação contratual ainda mais complexa, pois, em última análise há um imbricamento entre a vontade, supremacia do interesse público e o interesse privado, mas, essa supremacia deve estar pautada em outros aspectos ou externalidades a serem consideradas.

Um desses aspectos que devem ser observados é, sem sombra de dúvidas, a sustentabilidade, inclusive, sob o viés econômico a partir do esqueleto contratual que dá guarida na condição de instrumento que pode promover ou contribuir para resultados efetivos de desenvolvimento social voltados para a sociedade.

Na verdade, ao contrário do que o senso comum nos condiciona, a sustentabilidade pode e deve ter relação com a racionalidade econômica. E, nesse sentido, nos ensina Freitas (2003, p. 21) que “[...] numa perspectiva econômica a sustentabilidade é a busca pelo equilíbrio entre a utilização de recursos naturais e produção de riqueza”, ou seja, é perfeitamente crível uma relação intrínseca entre a economia e a sustentabilidade de forma que os contratos administrativos podem, inclusive, serem os instrumentos de potencialização dessa relação cujos efeitos voltam-se para a coletividade.

Nessa perspectiva Freitas comprehende que:

[...], os contratos administrativos sustentáveis são concebidos como ajustes que a Administração Pública celebra com terceiros, cujos benefícios globais excedem os custos diretos e indiretos, induzindo racionais padrões de produção e consumo compatíveis com o desenvolvimento duradouro (Freitas, 2003, p. 32).

Portanto, muito possível compreender que o discurso econômico sobre sustentabilidade pode e deve estar inserido no discurso social constitucional, inclusive, sob o esqueleto da administração

pública através dos contratos administrativos, pois estes devem ser compreendidos como instrumentos potencializadores da intersecção de ambos os discursos, seja porque em sua conceituação clássica o contrato traz em sua essência características de maximizador de riqueza, seja porque se apresenta também sob o cunho social de promover o desenvolvimento da sociedade.

Importante a percepção de que a sustentabilidade não deve ser buscada tão somente pelos empresários, pois dado o aspecto da continuidade e permanência, cujos resultados promovem o equilíbrio entre a utilização comedida e escorreita de recursos e a produção de riquezas, deve também ser o palanque da Administração Pública.

Importante assentir que se pode dizer que uma contratação é sustentável quando esta é capaz de dirigir o contratado com base no balanceamento de custos e benefícios, contemplando a manutenção naquilo que Freitas denomina de “[...] ampliação gradativa de capacidade, quando cabível, em horizonte temporal prolongado” (Freitas, 2003, p. 32).

Nesse sentido o autor é certeiro quando assevera que:

[...] os contratos administrativos sustentáveis são concebidos como ajustes que a Administração Pública celebra com terceiros, cujos benefícios globais excedem os custos diretos e indiretos, induzindo racionais padrões de produção e consumo compatíveis com o desenvolvimento duradouro. Quando alguns resistem a tais noções, nada mais fazem do que expressar a crença distorcida de que a preservação de bens e serviços ecossistêmicos acarretaria efeitos destemperados. Reação típica de quem precisa rever os conceitos, porquanto, uma vez assimilada corretamente, a sustentabilidade revela-se, ao contrário, franca aliada de resultados sistematicamente positivos, inclusive econômicos (Freitas, 2003, p. 32).

Ao afirmar que a sustentabilidade se trata de princípio de direito fundamental e, portanto, incidente em todas as relações que resultam impactos para a sociedade, a exemplo do contrato que se apresenta como importante instrumento que traz arraigado em sua própria constituição esse aspecto que acaba por teus seus efeitos jurídicos e práticos refletidos sobre a sociedade, não se pode dissociar que esses efeitos também resultam ainda mais quando a contratação traz como agentes a Administração Pública, de um lado, o particular do outro, mas, cuja finalidade é alcançar, a sociedade, pois esta é o beneficiário titular de toda essa relação contratual estabelecida.

Ora, no trilhar dessa reflexão, reafirma-se que a sustentabilidade, no direito e arcabouço jurídico brasileiro, é princípio de envergadura constitucional conforme depreendemos da leitura dos dispositivos constitucionais arts. 3º, 225, 170, VI da Constituição Federal, incidente, inclusive, no âmbito do sistema administrativo, de forma a alterar seus pressupostos e a se converter na mais provável e expressiva fonte de inovação.

Portanto, o conceito de sustentabilidade é o de princípio constitucional que determina, seja com eficácia direta e imediata, tanto a responsabilidade do Estado quanto da sociedade na concretização solidária do desenvolvimento material, imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime,

ambientalmente limpo e preservado, além de inovador e ético que tenha em seu intuito o de assegurar, no presente e no futuro, o direito fundamental ao bem-estar (Freitas, 2003, p. 37).

Dessa forma se a sociedade não for beneficiada com a contratação administrativa de forma a promover desenvolvimento econômico e sustentável, poder-se-ia dizer que esse contrato não alcança sua função social, portanto, ineficiente, pois, nas palavras de Azevedo, o contrato não pode ser percebido como “[...]um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais”, ou seja, o aturo reconhece que “[...]o contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade” (Freitas, 1998, p. 116).

Assim, a partir dessas reflexões assevera-se que o princípio da sustentabilidade deve ser alcançado como pressuposto do contrato administrativo, pois, sustentabilidade está diretamente relacionada à função social do contrato que, em última análise, condiciona a execução e finalidade do contrato, seja este aplicado em qualquer ambência, privada ou pública, trazendo como consequência o alcance do bem comum como o desenvolvimento econômico, ou, ainda na perspectiva de que o desenvolvimento econômico passa a fazer sentido quando a sustentabilidade é efetivamente compreendida como instrumento para o alcance do bem-estar social (Grau, 2008, p. 194).

O contrato pode ser concebido como ato de efeitos jurídicos em que as pessoas estão no mesmo patamar de forças, com objetivos diversos e cuja finalidade é de ajustar um vínculo pelo qual pode determinar harmonização e a concretização teleológica do ajuste que, em última análise, pode significar colocar a Administração pública na mesma posição que o administrado se encontra ou, ainda, como meramente serviente deixando o papel de protagonista ao administrado, pois é indivíduo que reflete a realidade concreta.

Então, refletindo a partir dessa ambência é perfeitamente possível pensar no contrato administrativo sob todo o viés outrora apresentado considerando a base principiológica e axiológica do direito civil que recai sobre a teoria geral dos contratos, sendo perfeitamente aplicável ao contrato administrativo aqui discutido.

A função social do contrato como reflexo dessa teoria geral dos contratos nos permite compreender que a figura desse importante instrumento jurídico transpassa a representação daqueles que estão envolvidos diretamente no enlace obrigacional de forma que o contrato deve trazer em sua essência contribuir ou colaborar para o bem social, para a vida em sociedade, pois, os contratos não podem ser visualizados tão somente pela ótica jurídica, portanto, acertada a compreensão de Roppo (1999, p. 93) ao afirmar que os contratos “[...] reflectem sempre uma realidade exterior a si próprios, uma realidade de interesses, de relações, de situações económico-sociais, relativamente aos quais cumprem, de diversas maneiras, uma função instrumental”.

Desta feita, o artigo 421 do Código Civil se apresenta para o esqueleto dorsal do contrato como uma viga capaz de sustentar e dar diretrizes sobre a forma e a motivação de contratar, portanto, vinculando a vontade contratual, eficácia e efetividade à promoção do bem estar social como vertente do desenvolvimento econômico, indo na direção do que Juarez Freitas atesta como pon-

to ótimo do “Estado Essencial”, “[...] longe do Estado mínimo assim como do Estado máximo, o Estado essencial busca ter o tamanho viabilizador do cumprimento de suas funções, nem mínimas, nem máximas, simplesmente essenciais” (Freitas, 1997, p. 35).

Para Moreira (2016, p. 19) o estado permanece capitalista, mas, qualificado pela participação em parcelas da atividade econômica e com deveres promocionais e, notadamente os contratos da administração pública não estão isentos ou não suscetíveis a tal aplicação, pois “parafraseando o art. 421 do Código Civil, a liberdade de contratação administrativa só poderá ser exercida “em razão e nos limites” da sustentabilidade” (Freitas, 2003, p. 40), ou seja, deverá refletir a atuação do estado tanto sob a vertente da atividade econômica quanto nos deveres condicionados a um perfil de desenvolvimento sustentável.

Isso quer dizer que a Administração Pública revestida do caráter de supremacia do interesse público não pode sob a perspectiva aqui demonstrada da aplicação da teoria geral dos contratos e sua base principiológica e axiológica, contratar sem ter a finalidade de promoção do bem-estar social do administrado, ou seja, sem a aplicação e observação do princípio da sustentabilidade sob o manto da função social contratual.

## CONCLUSÃO

As indagações que surgiram e que sustentaram o presente artigo se deram partir da observância da relação intrínseca ou da intersecção entre o direito público e o direito privado, principalmente quando temos como pano de fundo a horizontalização dos preceitos e princípios fundamentais da Constituição Federal sobre todo o ordenamento jurídico.

Essa horizontalização promove a releitura do ordenamento e arcabouço jurídico como um todo resultando consequências sensíveis sobre a interpretação e aplicação material dos ramos do direito.

Desta feita, pode-se notar que o direito privado ao passar pelo fenômeno da constitucionalização, especificamente, sobre o direito civil, inclusive, com a inserção de base principiológica sobre alguns dos mais importantes institutos do direito privado, em especial, o contrato, objeto da análise proposta, também, em face da intersecção com o direito público, constatou-se que tais efeitos também ressoaram e reverberaram sobre o direito administrativo, inclusive, sobre o contrato administrativo.

Notadamente esse fenômeno é possível pelo fato de que natureza do contrato e suas características são as mesmas independente do ramo ao qual será aplicado, pois o que altera é a configuração e suas peculiaridades na vertente a ser executado.

Diante dessas constatações considera-se a função social do contrato prevista no código civil, mais precisamente no artigo 421, como uma decorrência dessa nova visão do direito privado sob as lentes da constituição e, portanto, da mesma forma que tal princípio produz efeitos moduladores sobre o contrato no direito privado, deverá, também, refletir no contrato de natureza administrativa.

A par dessa reflexão pode-se conceber que o princípio abordado se coloca na esfera pública como um potencializador de outro importante conceito que hoje é elevado à categoria de princípio, a sustentabilidade, em que a concebe-se como um vetor de promoção da efetividade dos contratos administrativos, inclusive, para promover o desenvolvimento econômico.

Não se torna redundante, portanto, afirmar que a sustentabilidade, compreendida como a racionalidade e equilíbrio deve sustentar o contrato administrativo, pois, sem a sustentabilidade não há função social, e sem ambos, não se pode afirmar que haverá eficiência administrativa na aplicação e execução do contrato.

Portanto, a função social do contrato como efeito reflexo da teoria geral dos contratos a partir da releitura constitucional proposta, nos permite refletir e compreender que a figura desse importante instrumento jurídico ultrapassa a relação dos envolvidos diretamente no enlace obrigacional, inclusive, na esfera administrativa, de forma que o contrato deve trazer em sua essência a contribuição e colaboração mútua e voltadas para o bem social e para a vida em sociedade como finalidade da atuação do Estado.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**. São Paulo: Atlas, 2002.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 87, n. 750, abr. 1998.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A administração pública entre o direito público e o direito privado. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte**, Belo Horizonte, MG, v. 4, n. 8, p. 203-226, jul./dez. 2011. Disponível em: <http://dspace/xmlui/bitstream/item/9672/PDIlexibepdf.pdf?sequence=1>. Acesso em: 28 fev. 2021.

BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a administração pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, PR, v. 4, n. 1, p. 207-225, fev. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v4i1.49773>

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 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: 28 fev. 2021.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FERRAZ, Sérgio. Regulação da economia e livre concorrência: uma hipótese. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, MG, v. 1, n. 1, p. 201-213, jan./mar. 2003.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; MAZETO, Cristiano Souza. Constitucionalização do negócio jurídico e ordem econômica. **Revista Argumentum-Argumentum Journal of Law**, Marília, SP, v. 5, p. 75-92, 2005.

FREITAS, Juarez. **Estudos de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

FREITAS, Juarez. O Estado essencial e o regime de concessões e permissões de serviços públicos. In: FREITAS, Juarez. **Estudos de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

FREITAS, Juarez. Regulação administrativa e os principais vieses. **A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 11, p. 93-104, jan. 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

LOBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MATOS, Sidney Tanaka S. Conceitos primeiros de neoliberalismo. **Mediações**, Londrina, v. 13, n. 1-2, p. 192-213, 2008. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/3314>. Acesso em: 17 dez. 2020.

MOREIRA, Egon Bockmann. **O direito administrativo contemporâneo e suas relações com a economia**. Curitiba: Editora Virtual Gratuita -EVG, 2016.

NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno. 5. tir. Curitiba: Juruá, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.

ROPPÓ, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. A necessária constitucionalização do direito: o óbvio a ser desvelado. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, n. 9-10, jan./dez. 1998.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 3.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TIMM, Luciano Benetti. **O novo direito civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Recebido em: 23/08/2021

Aceito em: 01/12/2022

**MINISTÉRIO PÚBLICO E TRIBUNAL  
DE CONTAS COMO COMPETENTE NA  
FISCALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

PUBLIC PROSECUTION AND COURT  
OF AUDITORS AS COMPETENT IN THE  
FISCALIZATION OF PUBLIC POLICIES

**Marcos César Botelho\***

**Larisso Leite Albuquerque\*\***

**Como citar:** BOTELHO, Marcos César; ALBUQUERQUE, Larisse Leite. Ministério Público e Tribunal de Contas como competente na fiscalização de políticas públicas. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 19, n. 2, p. 50-65, jul. 2024. DOI: 10.5433/1980-511X.2024. v19.n2.p50-65. ISSN: 1980-551X.

\*Doutor em Direito Constitucional no programa da Instituição Toledo de Ensino/Bauru-SP. Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Professor adjunto vinculado ao programa de mestrado em ciências jurídicas na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Analista de Sistemas. Advogado.

\*\*Mestranda em Ciência Jurídica pela UENP - Universidade Estadual do Norte do Paraná. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Faculdade Farese. Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Futura. Pós-graduada em Gestão Tributária pela Faculdade, Ciências e Letras de Cajazeiras (PB). Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras-FAFIC. Professora de Direito Penal, Direito Processual Penal, Administrativo e Estatuto da OAB, comentando questões no site do QConcursos.com. Advogada. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0883-3296>

**Resumo:** Este artigo trata sobre o Ministério Público de Contas e a sua atuação para uma boa governança na administração pública, tem como objetivo analisar se o Ministério Público e o Tribunal de Contas teriam competência para fiscalizar e controlar as políticas públicas. Este problema levou à utilização do método dedutivo, utilizando-se do referencial proposto na literatura para a realização deste trabalho, formulado para democracias não unificadas com estruturas de sistema político e padrões político-administrativos instáveis. Como resultado da pesquisa, um conjunto de pareceres sobre o desenvolvimento da interação com outros atores da política pública para garantir a eficácia de suas atividades de avaliação nas diferentes etapas do processo, a necessidade de capacitação técnica e a utilidade dos tribunais, para uma análise mais aprofundada.

**Palavras-chave:** ministério público; tribunal de contas; fiscalização; políticas públicas.

**Abstract:** This article examines the role of the Public Prosecutor of Auditors in promoting good governance within public administration. It aims to analyze whether the Public Prosecutor and the Court of Auditors have the authority to monitor and control public policies. This issue prompted the use of the deductive method, drawing on literature relevant to unified democracies with political systems and political-administrative structures that are unstable. The research results include various opinions on enhancing interaction with other public policy stakeholders to ensure effective evaluation activities throughout different stages of the process, emphasizing the need for technical capacity-building and the utility of the courts for more comprehensive analysis.

**Keywords:** Public Prosecutor; Court of Auditors; public policy.

## INTRODUÇÃO

O Tribunal de Contas da União - TCU - e alguns outros órgãos de fiscalização de alto nível - EFS - realizam atividades de avaliação da administração pública relacionadas à economia, eficiência e eficácia. Esta é uma atividade relativamente nova: muitas instituições superiores de auditoria ainda não realizam avaliações, e essas instituições superiores de auditoria continuam a estudar métodos e técnicas apropriados e os resultados produzidos.

Portanto, este tópico ainda abre espaço para discussão sobre como desenvolver esta ferramenta no âmbito do EFS. O Tribunal de Contas da União deseja promover esse desenvolvimento, a fim de cumprir sua missão de garantir uma gestão eficaz e regular dos recursos públicos e, em benefício da sociedade, buscar melhorar sua percepção sobre a gestão pública e seu entorno e explorar como buscar maior eficácia em seus produtos de trabalho.

Como as atividades de gestão pública fazem parte do curso mais amplo de ação das políticas públicas, as teorias, modelos e referenciais desenvolvidos por estudiosos de políticas públicas são adequados para estudar o papel do TCU na avaliação da gestão pública, pois são utilizados para a formulação de políticas públicas. “Formulação da política”, que trata do processo político e do contexto de sua implementação (política-administração, sistema, legislação, cultura, história), que permite ao TCU visualizar limitações, desafios e oportunidades.

O objetivo deste trabalho não é esgotar os temas, pois conforme visto em seu desenvolvimento, são mais de cem métodos de políticas públicas possíveis e muitas mais combinações possíveis. O objetivo aqui é estudar o tema com base em um referencial teórico coerente, buscar refletir sobre o tema e tirar algumas conclusões úteis para a discussão referente à possibilidade do TCU ser competente para a fiscalização e controle das políticas públicas.

Por fim, ao considerar os demais métodos do arcabouço adotado: redes de políticas, áreas de política, novo institucionalismo e análise do estilo político, conclui-se a análise do papel do Tribunal de Contas da União na avaliação da gestão pública. O quadro de referência elaborado desta forma pode fornecer uma compreensão mais ampla das três dimensões da política pública - instituição (política), procedimento (política) e material (política) - e sua influência mútua e, dessa forma, pode visualizar as demais dimensões que o TCU enfrenta, vez que desafios devem ser enfrentados de forma direta para melhor desempenhar o papel de avaliadores.

## 1 FUNÇÃO DE FISCALIZAÇÃO E CONTROLE E ENTIDADES DE FISCALIZAÇÃO E CONTROLE

Desde a criação do primeiro país, registros de atividades relacionadas às funções de inspeção e controle das atividades nacionais foram descobertos: “Procurando o protótipo de atividades

de controle em materiais de referência remotos, encontramos o Código Manu Indiano, Eclesiastes Rei Salomão e Geral Os Escritos Romanos de Linney e Cícero”(Ribeiro, 2002, p. 47).

Nessa altura, já existiam entidades estabelecidas para o efeito em alguns países para desempenhar esta função: “Em Atenas existia um Tribunal de Contas composto por 10 funcionários, eleitos anualmente pela Assembleia do Povo, responsáveis pelo controlo das contas públicas para este fim” (Ferreira *apud* Ribeiro, 2002, p. 48).

Outro exemplo ocorreu durante o Império Romano:

Em Roma, destacamos a instituição de legislações como a Profecti Aerari, com a instituição de cargos de Tabulari e Numerarii, que funcionavam como verificadores (“auditores”) de contas, assistindo os magistrados no exercício de suas atividades, bem como a responsabilidade do Senado pela apuração de responsabilidades de agentes públicos. Todas essas instituições foram consolidadas nos códigos Justinianos que consolidam uma estrutura de controle única para todo o Império (Ribeiro, 2002, p. 48).

No Brasil, os órgãos de fiscalização e controle foram instituídos apenas na República, e o Tribunal de Contas da União foi instituído de acordo com o Decreto nº 966/1890 (Brasil, 1980), promulgado conjuntamente pelo Presidente da República, Marechal Deodoro, em 7 de novembro de 1890.

A sociedade possui um conjunto de normas cujo objetivo é organizar a sociedade, manter a disciplina e exercer o poder, e o objetivo é a paz social. Esse mecanismo se consolida em uma forma inegável de governança ou de sua legitimidade jurídica. De acordo com Santin (2004, p. 67), “a situação do poder institucionalizado passou a exigir um saber novo e a definição das competências do Estado, da sociedade e do indivíduo”.

## **2 O USO DA DISCIPLINA DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA ANALISAR O PAPEL DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO NA AVALIAÇÃO DA GESTÃO PÚBLICA**

A avaliação da gestão pública pode ser vista como um campo de outra disciplina denominada políticas públicas. Trata-se de um campo de pesquisa relativamente novo, e as inspeções de desempenho, cujo desenvolvimento ainda está em andamento, são, portanto, afetadas e influenciadas pelo processo de reformas da gestão pública promovidas por diversos países.

Neste capítulo, apresentaremos as ferramentas analíticas selecionadas para analisar o papel do Tribunal de Contas da União na avaliação da gestão pública. Com a exposição da disciplina de políticas públicas e dos diversos métodos e possibilidades de estabelecimento de um quadro de referência, as instituições superiores de auditoria, em especial o TCU, como usuários dessa ferramenta, estará resolvido.

## 2.1 CONCEITO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Como referiu Theodoulou (1995), devido à natureza multidisciplinar e ao grande número de métodos diferentes que se seguem, definir os objetos de investigação da disciplina de políticas públicas não é uma tarefa simples. O autor não adotou uma definição específica, mas sugeriu identificar os elementos presentes na maioria das definições, ou seja, os principais elementos que compõem o conceito amplo (Theodoulou, 1995, p. 1-2).

Segundo Appio (2006, p. 14 *apud* Gonçalves, 2009, p. 187) a política pública pode ser conceituada como um instrumento de implementação de planos políticos baseados na intervenção do Estado na sociedade, com o objetivo de garantir oportunidades iguais para os indivíduos e as condições materiais para que todos possam viver com dignidade.

Howlett, Ramesh e Perl (1995, p. 5-7) usaram um procedimento semelhante ao se referir a algumas definições e comentários sobre elementos implícitos de conceitos gerais. A partir dos comentários desses três autores, podemos concluir que o objeto de política pública possui as seguintes características básicas:

- a) As políticas públicas são as linhas de ação efetivamente adotadas por um governo. O *public policy making* é o processo de desenvolvimento dessa linha de ação.
- b) As linhas de ação são intencionais – decididas pelo governo – e envolvem o estabelecimento de metas a cumprir e dos meios de alcançá-las, ou seja, a intenção do governo quanto ao que fazer e como, que é distinta do que o governo realmente faz. O *public policy making* é o processo orientado ao alcance das metas por parte dos governos.
- c) Há uma ligação entre uma linha de ação estabelecida e a percepção da existência de um problema ou questão demandando atenção.
- d) As políticas públicas envolvem decisões deliberadas dos governos sobre o que fazer, incluindo a opção de não fazer (por exemplo, não fazer um programa), que é igualmente relevante.
- e) Em uma política pública, normalmente não há uma decisão singular, mas um conjunto de decisões interrelacionadas tomadas por indivíduos ou grupos de indivíduos dentro do governo.
- f) As políticas públicas envolvem todos os níveis do governo e não são necessariamente restritas aos atores formais; atores informais também são importantes.
- g) As políticas públicas não são limitadas à legislação promulgada e regulamentos aprovados, mas abrangem todas as ações subsequentes de implementação e avaliação.
- h) As políticas públicas são influenciadas pelo contexto político-jurídico e pelo histórico das políticas anteriores (Howlett; Ramesh; Perl, 1995, p. 5-7).

Esse conjunto de atributos revela preocupações em descrever a implementação real de políticas públicas sem cair na abstração teórica. Dessa forma, o objetivo é garantir o cumprimento das orientações da disciplina e focar na solução de problemas do mundo real.

Outra observação importante é que com a definição ampla de política pública, como um curso de ação, que vai desde a percepção da existência do problema até a decisão do que fazer no processo de implementação, comportamentos formais e informais podem ser investigados para a mesma extensão.

No que diz respeito à Instituição Suprema de Auditoria, o uso desta definição ampla para analisar políticas públicas nos permite não apenas observar o papel dos avaliadores na parte de políticas públicas relacionadas à gestão pública - implementação e avaliação de políticas, mas também analisar e prever o impacto dos produtos em que atuam na política pública geral, ao mesmo tempo em que considera as demais partes que a compõem para tornar suas atividades mais eficazes para o cumprimento de seus objetivos de fiscalização.

## **2.2 A BOA GOVERNANÇA FINANCEIRA PÚBLICA**

Do século XX para o XXI, houve uma modificação no modo como são tomadas as decisões relacionadas às políticas públicas, percebe-se uma maior fragmentariedade, uma maior descentralização da responsabilidade pelas decisões, de modo que agora há um maior número de atores envolvidos. Se antes havia uma centralização de poder, hoje há uma descentralização:

As causas de tal transformação são várias: a globalização, a reconfiguração do Estado; etc.; para adentrar ao tema é necessário que se entenda a diferença entre governança e governo. O termo governo está ligado às instituições, às estruturas que compõem a administração pública como um todo, são as entidades responsáveis pelas decisões políticas e pelas prestações de serviços públicos. Já a governança é o modo como qual é feita a gestão da administração pública, são as instituições, os processos que influenciam o exercício do poder em sociedade, o que diz respeito também ao modo como as decisões são tomadas.

Levando em conta alguns estudos, para Tom Palmer (2008, p. 56), a governança é o conjunto de mecanismos que sustentam o Estado de Direito, são as políticas que conduzem a melhoria de vida, diminuem o desemprego, dentre outros. Daniel Kaufmann (2005, p. 88), introduz a governança como a capacidade de formular e implementar políticas e prestar serviços públicos, é o exercício da gestão através das instituições que tem como objetivo o bem comum. Há então subdimensões da governança que totalizam seis: Voz e responsabilidade externa; estabilidade política e ausência de violência, criminalidade e terrorismo; eficácia do governo; ausência de carga regulatória; Estado de Direito; controle da corrupção.

Como pode se perceber, a governança possui um papel ativo na afetação dos recursos, é a capacidade do Estado de servir ao bem comum. Desse modo, pergunta-se qual o papel das instituições do Estado na promoção da boa governança, mais precisamente, qual o papel do Tribunal de Contas na boa governança?

Um dos papéis importantes é a justicialização do direito financeiro ou a da financiarização da avaliação de políticas públicas, os tribunais de contas devem orientar, capacitar cada vez mais os gestores, devem ser cada vez mais protagonistas, deixar de analisar somente analisando conformidades legais. Deve-se verificar também se ações, mesmo em conformidade com a lei, tem alcance na comunidade. Observe então que o Tribunal de Contas é um grande instrumento de avaliação de políticas públicas.

Quando se fala em governança, é imperioso saber também sobre a boa governança, para que assim seja considerada, ela deve atender a alguns critérios e por meio de resultados da avaliação da governança. À medida que os direitos humanos vão sendo respeitados, à medida em que há democratização no país, uma partilha descentralizada de poder, a governança irá melhorando.

Alguns dos critérios para se tornar uma governança boa, segundo Comissão Econômica e Social para a Ásia e o Pacífico é a participação popular, o respeito pelo Estado de Direito, a transparência das contas públicas, a responsividade (entendida aqui como a capacidade de realizar metas coletivas e responder às preferências dos cidadãos por meio das políticas públicas postas em prática); a inclusividade e a igualdade também são pontos extremamente importantes, pois visa justamente em tratar do interesse das minorias.

Entra nesta seara também a eficiência e a eficácia, bem como a *accountability*. Importante também compreender a boa governança à luz da nova gestão pública que significa uma disruptura no governo, mudança de comportamentos, de como gerir os serviços, a nova gestão pública então é um novo modelo de gestão.

### **3 O PAPEL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E O CONTROLE EXTERNO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL**

Motta (2007, p. 78) destacou que as diretrizes para uma boa administração pública acatam integralmente o conteúdo da fiscalização da gestão estadual na Constituição Federal de 1988. Desde a redação inicial, o texto constitucional agregou o controle tradicional sobre a legitimidade e a economia dos gastos públicos e, por meio das ações coordenadas do sistema de controle, prevê a avaliação da eficácia e eficiência dos resultados. Este último agrupa-se em dois eixos: a legalidade, que corresponde à tradicional análise jurídica do cumprimento da regulamentação financeira, e o cumprimento dos padrões de boa governação, que corresponde à auditoria da gestão das finanças públicas na perspectiva da eficiência e eficácia.

Assim, popularizou-se um modelo de gestão pública que evoluiu de um modelo ideal de administração pública burocrática, baseado em uma organização funcional profissional e que deve seguir regras e procedimentos rígidos no exercício das atividades, de modo a evitar a infiltração do poder discricionário na decisão., portanto, sua eficácia começa a ser criticada. Da mesma forma, os serviços públicos estão começando a ser questionados por causa da demora em atender as necessi-

dades da população. O termo burocracia passou a ter um significado pejorativo e estava relacionado à ineficiência, procedimentos excessivos para a realização das atividades ou acesso aos serviços públicos e falta de flexibilidade.

O ambiente proporcionado pela Constituição de 1988 (Brasil, 1988) vem provocando mudanças vivenciadas pelo Estado e pela administração pública contemporânea, fazendo com que os órgãos políticos se adaptem às necessidades demográficas atuais. Esse esboço atingiu o clímax na reforma administrativa nacional iniciada em meados da década de 1990, e o estado tentou substituir o modelo burocrático por um modelo de gestão por meio do plano geral de reforma administrativa. Nos aspectos positivos e negativos desse novo modelo, a atenção tem sido dada à *accountability*, e alguns mecanismos para induzir e facilitar sua ocorrência são apontados, pois garantem maior transparência no comportamento público (Sano, 2003, p. 345).

Nas palavras de Valter Foleto Santin (2007, p. 240): “É norma constitucional aberta, que se amolda perfeitamente à finalidade institucional de defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis. [...] inclusive para maior eficiência do exercício da ação penal [...].”

A literatura aponta que a *accountability* pode ser uma ferramenta de gestão voltada para o controle do poder político, portanto, sua aplicação terá impacto no desempenho do governo, principalmente nas políticas públicas.

Segundo Andréas Schedler, Larry Diamond e Marc Plattner (1999, p. 130), existem três obstáculos para prevenir o abuso de poder: as sanções por abuso de poder, as obrigações de transparência e a necessidade obrigatória de justificar o comportamento.

O autor define o termo *accountability* a partir de três dimensões: a capacidade de resposta do governo (*accountability*) e a capacidade das agências de *accountability* de impor sanções (*enforcement*) e a perda de poder para aqueles que violam deveres públicos.

Da mesma forma, Bronzo (2004, p. 88) destacou que a necessidade de *accountability* decorre da opacidade do poder e do contexto da informação imperfeita, cujo eixo básico é o princípio da abertura. No que diz respeito ao espaço público, o exercício da responsabilidade é significativo e retém suas três dimensões: informação, razão e punição. A discussão se voltou para diferentes tipos de *accountability*: vertical, horizontal e social, embora para a última tenha sido discutida a existência de novos tipos ou apenas subtipos verticais.

Uma maneira de entender os tipos de responsabilidade é entender quem são seus agentes. Desta forma, o principal agente do sistema de *accountability* vertical é o eleitor. O eleitor usa seu voto para verificar a gestão do governo e, por sua vez, satisfaz as preferências do eleitor (resposta ao governo) ou assume uma posição diferente.

Do ponto de vista dos eleitores, a crítica à *accountability* vertical é a sua insuficiência, a razão é a incerteza das políticas que os próprios eleitores esperam. Essa incerteza dá espaço para o

governante, em vez de satisfazer as preferências das massas e, em última instância, alcançar uma agenda que está fora de sintonia com os desejos da maioria.

Para suprir as deficiências do sistema de *accountability* vertical, surgiu uma espécie de sistema de *accountability* horizontal, que se define por uma rede de instituições que têm legitimidade e podem atuar, desde a auditoria até a imposição de sanções, e até mesmo a perda de autoridade da agência reguladora. A própria empresa, a máquina estatal, ou seja, o órgão estadual, assume o papel de fiscalizadora.

Este tipo de sistema de responsabilização pressupõe a equivalência entre os poderes executivo, legislativo e judiciário e requer recursos institucionais e autonomia para implementá-lo.

Além das agências governamentais, os tipos horizontais também incluem instâncias responsáveis pela análise da apresentação das contas, que serão discutidas nos itens a seguir.

Conforme destacou Bronzo (2004, p. 94), a transformação da participação cidadã em responsabilidade social é assegurada pelo conselho, e a institucionalização da representação igualitária entre o Estado e a sociedade civil. Portanto, esse sistema de prestação de contas ajuda a promover novos temas na agenda pública, especialmente para monitorar o processo de implementação das políticas.

Ao longo dos anos, com base nos conceitos envolvidos na *accountability*, uma série de ferramentas surgiram em certas sociedades que permitem o controle dos agentes públicos e a *accountability* que deles advém. Além disso, na ausência desses conceitos em culturas como a América Latina, o avanço da democracia também promoveu a evolução das questões relacionadas ao controle das atividades públicas, e sua prática pode torná-lo permanente. “Só os cidadãos vigilantes têm consciência dos seus direitos e haverá condições de responsabilização. Enquanto as pessoas se definirem como tutores e o Estado como tutores, não haverá tais condições” (Campos, 1990, p. 35 *apud* Sano, 2003, p. 36).

Como mencionado anteriormente, o sistema de prestação de contas inclui padrões de racionalidade econômica, eficiência e eficácia, como componentes dos direitos básicos da boa administração pública, e também caminha para a constituição de uma instituição pública pautada na busca pela qualidade e satisfação. No contexto da Constituição de 1988 (Brasil, 1988), no controle das contas públicas, novos padrões de mensuração são necessários.

Analisando a Constituição Federal de 1988, vários são os meios para exercer o papel de facilitador no controle da conduta dos agentes públicos. Alguns possibilitam a abertura e transparência das ações públicas, outros podem questionar a própria conduta e trazer a possibilidade de sanções. No ordenamento jurídico brasileiro, alguns princípios constitucionais orientam a atuação da administração pública e contribuem para a existência de boas práticas administrativas, promovendo a responsabilização, sendo exatamente os princípios da administração pública previstos no artigo 37 da Constituição Federal: legalidade, objetividade e moralidade, Publicidade e eficiência. Sob esse enfoque, os artigos 70 e 71 da Constituição Federal conferem ao Tribunal de Contas da União múltiplas funções e atribuições.

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados (Brasil, 1988).

Segundo Chadid (2013, p. 45), nove funções básicas podem ser elencadas: uma função de supervisão com capacidade para realizar auditorias e fiscalizações em instituições e entidades; uma função judicial, desde que efetivamente execute julgamentos contábeis sobre atividades do poder público; uma função de sanção, impor multas aos responsáveis por violações e determinar danos ao erário; função docente, exercer a capacidade de emitir trocas, sugestões e orientações; função consultiva, responsável por expressar opiniões; função informativa, envio de informações ao legislativo, alerta e divulga dados sobre a atividade dos departamentos administrativos competentes;

regula funções, quando edita regulamentos no âmbito da sua competência; funciona como fiscalização, aceita reclamações.

A natureza da decisão do tribunal de auditoria também merece atenção. Segundo Simões (2014, p. 67), essas decisões estão divididas em quatro grupos semelhantes às decisões judiciais: declarativa, constitutiva, compulsória e condenatória, sendo, segundo Simões, definidas da seguinte forma:

As declarações visam habitualmente os atos jurídicos que, depois de passarem por fases relevantes no âmbito da gestão, após a obtenção do selo de controlo externo exercido pelo Tribunal de Contas, obtêm uma certa permanência. Eles não apresentam os efeitos inovadores de condições ou fatos jurídicos pré-existentes.

A representação constitutiva do julgamento do tribunal implica uma inovação, uma criação possível, ou seja, haverá alguma situação inexistente após o julgamento, e vice-versa, de forma que a situação se alterará após o tribunal analisar o projeto de lei. Um exemplo de decisão constitutiva é uma decisão tomada no processo de revisão de um contrato assinado pelo governo. Quando o contrato está cheio de vícios irreparáveis, ele produz efeitos de uma forma que não torna o tribunal irresistível.

As decisões obrigatórias são semelhantes aos procedimentos judiciais da mesma natureza e podem ser atribuídas a sentenças com elevada carga fiscal. A regra final, caso a ação prossiga, deve constituir ordem ou despacho e ser expedida à autoridade pública responsável pela adoção das medidas preventivas mencionadas. Uma vez especificado o prazo de cumprimento da decisão obrigatória, o seu descumprimento é classificado como crime de desobediência. Por fim, a decisão de condenação é a mais importante, pois uma decisão de anúncio sem despacho só vale como preceito, anunciando a existência ou inexistência de relação jurídica.

### 3.1 O PAPEL DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE E OS TRIBUNAIS DE CONTAS NO BRASIL

A abordagem de responsabilidade horizontal leva à necessidade de definir o papel dos órgãos de supervisão, especialmente o papel do Tribunal de Contas da União. Em Simões (2014, p. 67), extrai-se que compete ao tribunal de contas exercer a missão constitucional de controlo e fiscalização das contas públicas na contabilidade, finanças, orçamento, operações e heranças. Eles estão institucionalizados em um órgão federal, o Tribunal Federal de Contabilidade, têm jurisdição em todo o país e são responsáveis pelo controle externo da aliança. Além disso, os tribunais de contas dos Estados e Distritos Federais são responsáveis por ter jurisdição em seus respectivos estados, e têm como função assessorar a assembleia legislativa e a prefeitura, incluindo sete membros. Sua função é supervisionar a execução orçamentária e as contas do governo estadual e municipal, incluindo as contas do prefeito (estas últimas, quando não houver também naquele Estado Tribunal de Contas dos Municípios).

O Tribunal de Contas Municipal tem muitos membros semelhantes aos tribunais de contas estaduais, a diferença é que eles atuam apenas em alguns estados: Ceará, Bahia, Goiás e Pará, portanto, são responsáveis pela fiscalização e orçamento. Cidades como São Paulo e Rio de Janeiro possuem tribunais de contabilidade próprios.

Compreender a relevância dos tribunais de contas significa considerar a autonomia e independência que lhes foi conferida no contexto da Constituição de 1988, envolvendo os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. A desobediência a qualquer poder legitima a democracia.

Essa legitimidade significa integração com a sociedade civil, alcançando o controle social. Como observa Simões (2014, p. 77), essa dinâmica atribui aos tribunais de auditoria responsabilidades que vão além das fiscalizações formais, desde os procedimentos administrativos até as normas orçamentárias, financeiras e patrimoniais. A inovação está no controle operacional.

Em Sano (2003, p. 56), o controle exercido pelo Tribunal de Contas aparece na lista de controle clássico. A partir dessa perspectiva, os controles derivados do governo constitucional fortalecem o controle clássico incluído na distribuição do poder para evitar sua concentração e consequente visão. Tendo em conta o papel do Tribunal de Contas, o controlo operacional exercido pelo órgão de controlo decorre da necessidade de planeamento relacionado, incluindo a determinação de planos e projetos prioritários, e a implementação de parâmetros económicos, de eficiência e eficácia.

Nesse ponto, reforça-se a diversidade entre a *accountability* de processos (inseridos nas práticas de auditoria que priorizam o compliance) e a *accountability* de resultados, esta última se refere a um conceito de desempenho que é instrumentado por meio de auditoria operacional. Também é importante destacar que as auditorias tradicionais são principalmente adversárias, pois transmitem ao auditado a sensação de constatar violações na consistência dos objetos de auditoria, portanto, as sanções e as auditorias operacionais priorizam a lógica de colaboração e cooperação. A auditoria operacional valoriza o sucesso e busca um desempenho bom e satisfatório, aumentando as medidas de cooperação, de forma que os participantes do ciclo de prestação de contas não sejam oponentes, mas sim aliados e parceiros.

Willeman (2016, p. 120) enfatizou que, quando as auditorias operacionais se concentram em planos governamentais específicos, elas se concentram em todo o ciclo, desde a gestão até seu impacto social. Assim, por exemplo, uma auditoria operacional para revisar os planos de educação avaliará o número de escolas construídas ou reformadas, podendo ultrapassar essa faixa, e medirá o impacto da medida na redução do abandono. Ou seja, as auditorias operacionais têm potencializado sobremaneira a reflexão contínua sobre o eixo central da tomada de decisão no domínio público e a avaliação do sucesso ou desvio da implementação das políticas.

No entanto, tendo em conta as responsabilidades dos agentes públicos inconsistentes com os parâmetros legais, o Tribunal de Contas necessita de atuar no âmbito das auditorias de conformidade, sendo cada vez mais evidente que este modelo de consideração isoladamente está desatualizado e insatisfatório. Portanto, a auditoria operacional, como um mecanismo, pode controlar os resultados

das políticas nacionais e promover a revisão de aspectos substantivos consistentes com a eficiência e eficácia das políticas públicas - não apenas revisões procedimentais (Willeman, 2016, p. 121).

Nesta perspectiva, a auditoria empresarial efetuada pelo Tribunal de Contas permitiu melhorar a eficácia das políticas públicas e, por isso, desempenhou um papel de destaque, não sem finalidade. Chadid (2013, p. 18) verificou o conceito de auditoria operacional:

O conceito que mais se aproxima do que deva ser uma auditoria operacional, dentro do enfoque do Controle Externo, entretanto, é aquele que concebe a Auditoria Operacional como uma avaliação da eficácia de uma entidade em cumprir seus objetivos, programas e metas, e da legalidade, economicidade e eficiência na administração de seus recursos [...]. Preliminarmente, cabe ressaltar que a auditoria operacional é uma evolução natural da auditoria tradicional, que deixou de ser especificamente contábil para tornar-se abrangente, acrescentando à verificação da legalidade e correção dos registros contábeis, a determinação da economicidade e eficácia das entidades (Chadid, 2013, p. 20 *apud* Rocha, 1990).

Portanto, para além do aspecto formal, a atenção ao desempenho tornou-se um contributo inovador para as auditorias operacionais, que associa em grande medida elementos éticos e morais, clarificando não só a relação entre objetivos e planos e recursos públicos, mas também como usar esses recursos e os resultados obtidos.

#### **4 O PAPEL DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO COMO ÓRGÃOS DE AVALIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

Na literatura, é possível apurar a questão da capacidade democrática do tribunal de contas para controlar as políticas públicas, a partir da separação das funções de poder, discricionariedade e déficits democráticos. Apesar da atual defesa de ação restrita contra o tribunal de contas, Rezende (2007, p. 54) enfatizou que os princípios constitucionais e o poder discricionário do governo não podem proteger a política pública do controle externo. Curi Neto (2019, p. 123) afirma:

Aliás, a teoria da discricionariedade deve ser vista com desconfiança, por ter servido à conformação do aparato autoritário da Administração Pública, colocando a salvo de qualquer controle inúmeros atos administrativos assaz suspeitos. Essas considerações já permitem entrever que a separação das funções de poder gizada na Lei Maior - com os inúmeros pontos de comunicação, dentre os quais o do art. 70 -, bem como a fragilidade da teoria da discricionariedade não oferecem sustentação à tese da competência reduzida dos Tribunais de Contas.

Depois de fundir o debate sobre a competência do tribunal de contas, existem cinco tipos de controlo externo da ordem pública autorizados pela Carta Magna em 1988, que são: Legalidade; Controlo econômico comportamental e controlo funcional; Agentes de gestão de fidelização responsáveis por bens e valores públicos; Controle de resultados e Cumprimento de planos e metas de trabalho.

No âmbito do tribunal de contas, os parâmetros objetivos envolvem o controle da legalidade e da lealdade funcional dos agentes administrativos, que devem atuar de acordo com a lei e reportar sua atuação ao tribunal de contas na forma de leis, sistemas e disposições constitucionais. O papel do Tribunal de Contas na política de educação pública reflete-se no julgamento do chefe do departamento administrativo. A aplicação da tributação nas políticas de manutenção e desenvolvimento da educação é definida pelas restrições do art. 212 da CF/88 (18% para a União, 25% para os estados, distritos federais e municípios) (Brasil, 1988). O papel do Tribunal de Contas em parâmetros objetivos está mais relacionado com as normas de auditorias operacionais.

O parâmetro de resultado refere-se à realização dos bens mínimos que o país deve fornecer. Não se trata apenas de controle burocrático, ao buscar os resultados esperados e as metas pactuadas, é econômico, eficaz e eficiente inferir a partir dos aspectos legais e processuais a gestão dos recursos públicos sob sua responsabilidade. É neste ambiente que o Tribunal de Contas realiza auditorias empresariais, permitindo a implementação ou o restabelecimento de políticas públicas baseadas na legalidade, na economia e no controlo do cumprimento de metas.

No que se refere à política pública formulada pela aliança, Rezende (2007) citou exemplos de operacionalidade da auditoria do Tribunal de Contas da União. Dentre eles, destacou-se a auditoria de 2012 na política nacional de drogas, que detectou falhas no controle, monitoramento, fiscalização e avaliação, por isso a auditoria foi decisiva para recomendar a implantação de uma nova parte da rede de tratamento e atenção ao dependente químico. Esses dispositivos se relacionam melhor com a formação de seus profissionais, a eficácia das ações preventivas e a eficácia e transparência do monitoramento, fiscalização e controle das atividades realizadas com os recursos públicos alocaados nas referidas políticas nacionais.

Assumir que as políticas públicas realizam os direitos civis básicos por meio do dispêndio de recursos públicos é dado como certo, o que mostra que o controle do tribunal de contas sobre as políticas públicas é realizado e se torna concreto quando ultrapassa os métodos tradicionais de auditoria e atinge o escopo de operação.

## **CONCLUSÃO**

Os reflexos do controle externo do Tribunal de Contas no processo de avaliação das políticas públicas são favorecidos pelos instrumentos discutidos neste trabalho. Em particular, a auditoria usa parâmetros de conformidade, mas o mais importante é usar parâmetros orientados para resultados.

A metodologia utilizada permite compreender que a atuação do Tribunal de Contas é em grande medida semelhante ao denominado ciclo das políticas públicas. Para a implementação de auditorias e formulação de políticas públicas, existe um plano que envolve técnicas de diagnóstico, além disso, as auditorias parecem envolver equipes com integrantes de diferentes áreas, assim

como o debate conceitual, resumindo suas muitas disciplinas, como as que envolvem ciências sociais e economia.

O impacto das instituições, que são o foco desta pesquisa, melhora a gestão pública, pois permite que governantes e gestores obtenham orientações para otimizar o uso de recursos públicos no desenvolvimento de planos e projetos, o consenso óbvio entre eles é que a instituição e a administração auditadas não estão preparadas e, na maioria dos casos, não o estão. A realidade enfrentada pelos auditores é que os objetivos dos projetos são inconsistentes, não existe um padrão para o monitoramento dos resultados e faltam indicadores de desempenho.

A proposta esclarece a competência dos órgãos de controle interno do poder legislativo e judiciário (como estamos falando do tribunal de contas, é controle externo, mas até onde sei, é apenas do Legislativo) para avaliar as políticas públicas implementadas pelo poder executivo em termos de efetividade, eficácia e eficiência. Os resultados da pesquisa também fornecerão suporte técnico para melhorar a gestão governamental e formular novas políticas.

Em termos de políticas públicas, o Tribunal de Contas da União, enquanto instituição, não só consolidou o seu papel constitucional, mas também consolidou o seu âmbito de influência na intersecção da avaliação das políticas públicas.

O envolvimento do Ministério Público de Contas na formulação de políticas públicas passa primeiramente pelo entendimento da realidade da efetivação dos direitos sociais em cada município, estadual e federal, buscando atuar junto aos poderes executivo e legislativo, comitês gestores e sociedade civil organizada para determinar as prioridades para que possam ser corrigidas corretamente. Quaisquer falhas neste serviço, recomendando a melhor forma de garantir que o orçamento público contenha recursos suficientes.

Para não haver tais discussões sem sentido, os administradores públicos devem sempre ter em mente a possibilidade de que, se ele não cumprir suas obrigações constitucionais, o judiciário pode ser obrigado a proteger os direitos sociais.

## REFERÊNCIAS

**BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constiticao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constiticao.htm). Acesso em: 15 jun. 2021.

**BRASIL. Decreto n. 966, de 7 de novembro de 1890.** Autoriza a empreza das obras de melhoramentos do porto de Santos, no estado de S. Paulo, a prolongar o caes em construcção e proroga e prazo das concessões constantes dos decretos ns. 9979 de 12 de julho de 1888 e 10.277 de 30 de julho de 1889. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1890. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-966-7-novembro-1890-523794-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=Autoriza%20a%20Empreza%20das%20Obras,30%20de%20julho%20de%201889>. Acesso em: 15 jun. 2021.

BRONZO, Carla. **Governança e accountability**: algumas notas introdutórias. Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 2004. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.mg.gov.br/consulta/consultaDetalheDocumento.php?iCodDocumento=57301>. Acesso em: 11 out. 2018.

CHADID, Ronaldo. Os tribunais de contas e a eficiência das políticas públicas. **Atricon**, Brasília, DF, 11 nov. 2013. Disponível em: <https://www.atricon.org.br/artigos/os-tribunais-de-contas-e-a-eficiencia-das-politicas-publicas/>. Acesso em: 15 maio 2021.

CURI NETO, Paulo. **O controle das políticas públicas pelo tribunal de contas**: fundamentos teóricos. Porto Velho: Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, 2019. Disponível em: <http://www.tce.ro.gov.br/nova/publicacoes.asp>. Acesso em: 18 maio 2021.

GONÇALVES, Leonardo Augusto. O ministério público na tutela dos direitos sociais: atuação no âmbito das políticas públicas. **Argumenta**, Jacarezinho, n. 11, p. 183-216, jul. 2009. DOI: <https://doi.org/10.35356/argumenta.v11i11.151>

HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. **Studying public policy**: policy cycles and policy subsystems. Ontario: Oxford University Press, 1995.

KAUFMANN, Daniel. **Myths and realities of governance and corruption**. Washington, D.C.: World Bank, 2005.

MOTTA, Fabrício. **Função normativa da administração pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

PALMER, Tom G. “Globalização e governança”. In: MOREIRA, José Manuel; JALALI, Carlos; ALVES, André Azevedo (coord.). **Estado, sociedade civil e administração pública**: para um novo paradigma do serviço público. Coimbra: Almedina, 2008. p. 81-97.

REZENDE, Nádia. **O controle das políticas públicas pelo tribunal de contas do Brasil**: fundamentos teóricos. Goiânia: Tribunal de Contas do Estado de Goiás, 2007. Disponível em: <https://portal.tce.go.gov.br/Documents/20181/91-633/Controle%20das%20Pol%C3%A3ticas%20P%C3%BAblicas%20pelo%20Tribunal%20de%20Contas/a4500811-fd7b-4890-91d3-f59f57088411>. Acesso em: 15 jun. 2021.

RIBEIRO, Renato Jorge Brown. **Controle externo da administração pública do Brasil**: o tribunal de contas da união: uma análise jurídico-administrativa. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

SANO, Hironobu. **Nova gestão pública e accountability**. 2003. 113 f. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, São Paulo, 2003. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10438/2419>. Acesso em: 15 jun. 2021.

SANTIN, Valter Foleto. **Controle judicial da segurança pública**: eficiência do serviço na preservação e repressão ao crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SANTIN, Valter Foleto. **O ministério público na investigação criminal**. 2. ed. Bauru: Edipro, 2007.

SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry; PLATNER, Marc F. **The self-restraining state, power and accountability in new democracies**. Boulder: Lynne Rienner, 1999.

SIMÕES, Edson. **Tribunais de contas**: controle externo das contas públicas. São Paulo: Saraiva, 2014.

THEODOULOU, Stella Z. The contemporary language of public policy: a starting point. In: THEODOULOU, Stella Z.; CAHN, Matthew. A. **Public policy**: the essential readings. Upper Saddle River: Prentice Hall, 1995.

WILLEMAN, Marianna Montebello. **O desenho institucional dos tribunais de contas e sua vocação para a tutela do accountability democrática**: perspectiva em prol do direito à boa administração pública no Brasil. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: [https://www2.dbd.puc-rio.br/permum/tesesabertas/1221597\\_2016\\_completo.pdf](https://www2.dbd.puc-rio.br/permum/tesesabertas/1221597_2016_completo.pdf). Acesso em: 15 jun. 2021.

Recebido em: 22/09/2021

Aceito em: 02/10/2022

## LIBERDADE DE CÁTEDRA E FUTURO DO TRABALHO DOCENTE

### ACADEMIC FREEDOM AND FUTURE OF TEACHER'S LABOR

**Lawrence Estivalet de Mello\***

**Camila Siqueira Katrein\*\***

**Alexandra Maciel Veiga\*\*\***

**Como citar:** MELLO, Lawrence Estivalet; KATREIN, Camila Siqueira; VEIGA, Alexandra Maciel. Liberdade de cátedra e futuro do trabalho docente. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 19, n. 2, p. 66-84, jul. 2024. DOI: 10.5433/1980-511X.2024.v19.n2.p66-84. ISSN: 1980-551X.

\*Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Bacharel em Direito pela UFPEL e em Filosofia pela UFPR. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA) e membro do corpo docente permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da UFBA (PPGD/UFBA). Pesquisador do Grupo Transformações do Trabalho, Democracia e Proteção Social (TTDPS/UFBA) e do Grupo Trabalho, Trabalhadores e Reprodução Social (TTRS/UFBA). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2882-4883>

\*\*Mestra e Doutoranda em Educação pela Universidade Federal de Santa Catarina (PPGE/UFSC). Bacharela em Direito e Licenciada em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Pelotas (UFPEL). Assessora Jurídica do Sindicato dos Trabalhadores do Judiciário de Santa Catarina (SINJUSC). Pesquisadora do Grupo Transformações no Mundo do Trabalho (TMT/UFSC). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5835-4528>

\*\*\*Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pós-graduanda na Abdconst. Advogada. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6730-4709>

**Resumo:** Este artigo se situa no campo dos estudos sobre erosão de direitos sociais fundamentais e reestruturação neoliberal do trabalho, com recorte para seus efeitos sobre a regulação laboral pública de professores e professoras. O problema de pesquisa é delimitado pelo exame de compatibilidade entre reestruturação da atividade docente e estatuto constitucional da liberdade de cátedra, como parte de um estudo mais amplo sobre contratuais espóliativas no âmbito de Instituições de Ensino Superior Privadas. Mediante estudo bibliográfico e documental sobre a liberdade de cátedra na Constituição Federal (seção 1) e análise dos problemas da gravação de aulas e da divisão do trabalho proposta no ensino à distância (seção 2), verificou-se um processo de expropriação de atributos da personalidade de professores e professoras. O processo de investigação tem caráter qualitativo e exploratório, utilizando-se dos métodos de revisão bibliográfica e análise de conteúdo de documentos jurídicos.

**Palavras-chave:** liberdade de cátedra, trabalho docente, ensino remoto.

**Abstract:** This article is situated within the field of studies on the erosion of fundamental social rights and the neoliberal restructuring of labor, focusing on its impact on the public regulation of teachers, both male and female. The research problem is centered on examining the compatibility between the restructuring of teaching activities and the constitutional guarantee of academic freedom, as part of a broader investigation into exploitative contractual practices within Private Higher Education Institutions. Through a bibliographic and documentary study on academic freedom in the Federal Constitution (Section 1) and an analysis of issues such as lecture recording and the proposed division of labor in distance education (Section 2), the study reveals a process of expropriation of teachers' personal attributes. This qualitative and exploratory investigation employs methods including literature review and content analysis of legal documents.

**Keywords:** academic freedom, teaching work, remote education.

## INTRODUÇÃO

A reestruturação neoliberal da regulação do trabalho, fermentada constitucionalmente pelo Supremo Tribunal Federal a partir de 2014 (Coutinho, 2018, p. 228) e sistematizada pela contrarreforma trabalhista de 2017, requalificou de forma rebaixada direitos fundamentais garantidos a uma parcela significativa da classe trabalhadora brasileira. É certo que uma alteração no estatuto jurídico do trabalho deste porte seria acompanhada de transformações na regulação da educação e daqueles que com ela trabalham, como docentes e funcionários de escolas e universidades.

Durante a pandemia da Covid-19, temas como atividades síncronas e assíncronas, nova divisão do trabalho docente, gravação e direito de uso sobre aulas em plataformas online estão no centro da discussão sobre o futuro do trabalho de professores e professoras em instituições de ensino superior privadas, como discutido por Gediel, Katrein e Mello (2020, p. 181) e por Delgado e Rocha (2020, p. 28).

Este universo de discussões tem sua harmonia perturbada pelas consequências da ausência de concreção da proteção contra os efeitos da automação, sobre a qual ainda silencia o legislador ordinário, apesar da relevância jurídica do artigo 7º, XXVII e da iniciativa do PL 1.091/2019, na Câmara dos Deputados, como discutiram Guilherme Feliciano Guimarães e Paulo Douglas Almeida de Moraes (Feliciano; Moraes, 2019, p. 948).

Para professores da rede privada de ensino durante a pandemia Covid-19, os efeitos da automação têm sido maior desemprego e exercício abusivo do poder empregatício. Como se pode observar em pesquisa do Sinpro-Guarulhos, empregadores descumprem recomendações da Nota Técnica 11/2020 do Ministério Público do Trabalho ou, se as cumprem, fazem-no em contratos individuais que não preveem manutenção de equipamentos utilizados na atividade laboral ou outros tipos de verba indenizatória no trabalho remoto (SINPRO Guarulhos, 2020, Brasília, 2020).

Aparentemente, trabalhadores precários devem ser formados por uma educação igualmente precária, conduzida e animada por um trabalho docente em processos de diminuição de custos, simplificado, focado preferencialmente em saberes práticos e competências socioemocionais, como já apresentado no campo de estudos sobre a reforma do ensino médio (Silva, 2017, p. 23). Os estudos sobre a modalidade ensino a distância nas licenciaturas do setor privado revelam uma concentração média de 671 alunos por professor, nas seis maiores escolas (Seki; Souza; Evangelista, 2019, p. 93). Durante a pandemia, tem-se noticiado a fusão de turmas menores presenciais em turmas de 180 alunos por professor (Vieira, 2020). Como consequência, demissões em massa foram noticiadas em julho, agosto e setembro de 2020, em São Paulo e no Paraná (Oliveira, 2020; SINPES, 2020).

Será a reestruturação do trabalho docente compatível com o estatuto constitucional da liberdade de cátedra? Este é o problema de pesquisa sobre o qual se debruça o presente trabalho, que faz parte de uma perspectiva de pesquisa mais ampla, que se propõe ao estudo de contratualidades

espoliativas<sup>1</sup> no âmbito de IES privadas durante a pandemia e, por meio deste exame, ensaia análises sobre o futuro do trabalho docente.

A produção deste texto, em que se expõem resultados de pesquisa qualitativa e exploratória, foi precedida por investigação em que foram manejados os métodos da revisão bibliográfica, da análise documental e da análise de conteúdo de decisões judiciais (Leipnitz, 2017, p. 226; Silva, 2017, p. 284). Como descreve Bardin, a etapa de descrição dessas decisões permite passar a um segundo momento, no qual se inferiram significados de tais documentos jurídicos. Expõe-se, neste texto, apenas a última etapa do processo de investigação, concernente à interpretação dos dados colhidos em decisões emblemáticas no conjunto documental examinado (Bardin, 2011, p. 131). Trata-se de oferecer uma síntese interpretativa a respeito da reestruturação neoliberal da liberdade de cátedra, após serem analisados documentos como manifestação de estágios, dados e fenômenos desta processualidade.

Para discutir o tema, o artigo se divide em dois capítulos. No primeiro, discorre-se sobre o poder empregatício e a liberdade de cátedra, em sua compreensão constitucional dada pelo Supremo Tribunal Federal, e na formulação do provocativo problema sobre renunciabilidade à liberdade de pensamento. No segundo, examinam-se temas concretos sobre liberdade de cátedra, provocados pelo ensino remoto em IES privadas, durante a pandemia Covid-19, e pelas alterações no trabalho docente em países periféricos.

## 1 LIBERDADE DE CÁTEDRA E PODER EMPREGATÍCIO

O objeto específico desta seção pode ser enunciado da seguinte forma: quando há uma relação de poder estabelecida entre duas partes, em que uma delas dirige, regula, fiscaliza e disciplina a outra, como subsiste a liberdade de pensamento? Qual a natureza jurídica deste direito fundamental, que valoriza o elemento pessoal, da dignidade do trabalhador, em detrimento de um viés estritamente econômico? Este direito fundamental resistirá às expropriações realizadas pela contrarreforma trabalhista e terá limites à sua renunciabilidade desenhados pelos direitos fundamentais e da personalidade do sujeito trabalhador<sup>2</sup>?

O poder empregatício compreende o poder diretivo, o poder regulamentar, o poder fiscalizatório e o poder disciplinar (Delgado, 2019, p. 791). Como bem define Aldacy Coutinho, o empregador é um centro de imputação de poder, relacionado à liberdade de iniciativa, ao sistema de relações laborais, à estrutura contratual e à organização produtiva. São distintas as abordagens, mas todas levam a apenas uma realidade: “quem manda, as razões para comandar e quem obedece, as razões para obedecer” (Coutinho, 2016, p. 228).

1 “Contratualidade espoliativa” é categoria teórica cunhada por Mello (2020) para discutir a violência laboral na obrigação trabalhista e expressar os processos de *ajustes corretivos* e segmentação contratual realizados pelo Estado brasileiro, pelos quais torna a antiga anormalidade uma nova normalidade híbrida.

2 Sobre o tema das expropriações de direitos da personalidade do sujeito trabalhador na contrarreforma trabalhista, indica-se o texto de Gediel e Mello (2017).

Acontece que, na relação entre professores empregados e estabelecimentos de ensino privados, a liberdade de profissão tem uma qualificação especial e se situa em uma “[...] tensão dialética entre capacidade e liberdade e entre liberdade e responsabilidade” (Miranda, 1988, p. 34). Como leciona Jorge Miranda, algumas profissões são caracterizadas pela autonomia de decisão, pela atitude crítica e pela renovação científica e tecnológica. Daí que professores detêm liberdade não apenas para iniciar sua profissão e continuar a praticá-la, mas também “[...] para determinar o sentido de cada um dos atos da profissão. Os resultados podem ser heteronomamente fixados, não os meios” (Miranda, 1988, p. 34).

A liberdade de cátedra é princípio do ensino no Brasil, conforme previsto no artigo 206 da Constituição Federal, que institui entre os princípios basilares do ensino a: “[...] II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino”.

É certo que a liberdade de ensinar e de aprender adquire formas distintas nas instituições públicas e privadas, dada a particular incidência do poder empregatício sobre a atividade docente. No entanto, vale lembrar que o valor social do trabalho e o pluralismo político são princípios da República Federativa do Brasil (CRFB/1988, art. 1º, IV e V), convivendo em tensão e disputa com os princípios da livre iniciativa e do livre exercício da atividade econômica (CRFB/1988, art. 1º, IV; art. 170, §único; e art. 174), como reforçado pela Lei 13.874/2019 (Declaração de Direitos da Liberdade Econômica).

O exame da liberdade de cátedra, em instituições de ensino, começa pela sua relação direta com o princípio da liberdade de expressão, como definido no art. 5º, inciso IV. O conteúdo jurídico do princípio também é delineado pelo inciso XIV do mesmo artigo, o qual determina que “[...] é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”, bem como pelo art. 220 da CRFB/1988, ao dispor que “[...] a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

A liberdade de expressão em sentido amplo pode ser compreendida como uma exteriorização da liberdade de pensamento e possui relação com a liberdade informativa, que garante o acesso às fontes e sua preservação, bem como o direito à busca, transmissão e difusão das informações (Ossola, 2012, p. 199, 206). Para Uadi Lammêgo Bulos, a liberdade de cátedra, em específico, é “[...] o direito subjetivo do professor ensinar aos seus alunos, sem qualquer ingerência administrativa” (Bulos, 2015, p. 1589).

Nesse contexto, é também imbricada a relação da liberdade de cátedra com a autonomia universitária, prevista constitucionalmente no artigo 207: “Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão”. A autonomia universitária possui um duplo sentido: primeiro, a garantia de proteção contra a pressão externa, do ponto de vista

da produção do conhecimento e da liberdade de pensamento; segundo, a garantia de formação de uma estrutura interna que “a proteja contra tendências surgidas eventualmente no seu próprio seio [...]” (Bulos, 2015, p. 752).

Para verificar nos atuais debates a dimensão concreta<sup>3</sup> dos princípios jurídicos, considerando o entendimento de Couto e Silva, serão analisados o teor dos votos da Ministra Cármem Lúcia e Ministro Alexandre de Moraes na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 548 (ADPF 548), a qual teve como objeto medidas que buscaram tolher a livre expressão de professores e discentes em universidades públicas, durante o processo eleitoral realizado em 2018 (Brasil, 2018b, p. 5).

No caso em tela, o Supremo Tribunal Federal confirmou, por unanimidade, a existência de violação à liberdade de cátedra e de expressão, ao pluralismo de ideias, à autonomia universitária na ofensiva realizada pelo Tribunal Eleitoral em mais de cinco estados federativos, nos quais juízes eleitorais determinaram a busca e apreensão, com utilização de aparato policial, de materiais de campanha eleitoral, bem como o cancelamento de eventos, a interrupção de aulas e debates, a remoção de faixas e de cartazes em universidades federais, estaduais e em associação de docentes (Shalders; Mota; Gragnani, 2018).

Dentre os atos coercitivos ocorridos, cita-se a emblemática interrupção de aula pública sobre fascismo na Universidade Federal da Grande Dourados. Também, vale a pena mencionar o caso da Universidade Estadual da Paraíba, em que fiscais vistoriaram os auditórios do *campus*, em Campina Grande, interromperam exibição de filme em disciplina de Ética e, inclusive, interpelaram a professora responsável quanto ao conteúdo da aula (Universidades [...], 2018).

Em linhas gerais, os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal analisados apoiam-se na ligação imbricada entre a liberdade de expressão, pluralismo de ideias e direitos políticos. Firmaram-se em precedentes pátrios e julgados da Corte Suprema Norte Americana e Corte Europeia de Direitos Humanos, os quais analisaram casos análogos<sup>4</sup>.

Apresentam-se considerações quanto à irrenunciabilidade da liberdade de cátedra, a partir da análise realizada pelos Ministros em relação à definição do referido princípio e quanto à impossibilidade de colisão deste com princípio que rege o processo eleitoral no caso concreto analisado.

Como justificativa de seus atos de coerção, os Tribunais Eleitorais Regionais alegaram o resguardo à vedação de propaganda eleitoral em espaços públicos de uso comum, a partir do disposto no Artigo 37 e 73 da Lei 9.504/97. Tal determinação guarda relação com o princípio da igualdade nas oportunidades em matéria de disputa eleitoral, como bem pontua a Ministra Cármem Lúcia em voto exarado que deferiu medida cautelar na ADPF 548: “A finalidade da norma que regulamenta a propaganda eleitoral e impõe proibição de alguns comportamentos em períodos especificados é

---

<sup>3</sup> Os princípios jurídicos devem ser “realizados na maior medida possível, consideradas as circunstâncias fáticas e jurídicas existentes” (Bulos, 2015, p. 676).

<sup>4</sup> Exemplificativamente citam-se os casos: New York Times vs. Sullivan (376 US, at. 282, 1964); CEDH, Caso Alves da Silva vs. Portugal, Queixa 41.665/2007, J. 20 de outubro de 2009.

impedir o abuso do poder econômico e político e preservar a igualdade entre os candidatos no processo [...]” (Brasil, 2018b, p. 24).

Ocorre que nas decisões dos tribunais regionais houve uma falsa oposição entre a liberdade de expressão no ambiente acadêmico e a igualdade de condições aos candidatos do pleito eleitoral, o STF considerou que os docentes e demais integrantes do meio acadêmico sequer realizaram propaganda eleitoral, vez que os atos realizados nas universidades caracterizaram verdadeira expressão política. Neste sentido, interessante analisar o teor do voto da referida Ministra, que indica a falsa oposição entre os bens tutelados: “[...] as práticas coartadas pelos atos questionados e que poderiam se reproduzir em afronta à garantia das liberdades – e por isso menos, insubstinentes juridicamente – não restringem direitos dos candidatos, mas o livre pensar dos cidadãos” (Brasil, 2018b, p. 25).

O teor da normativa eleitoral não deve ser interpretado extensivamente, pois restringe a discussão política, o pluralismo de ideias e a participação política, como apontou Alexandre de Moraes<sup>5</sup>. O Ministro aponta a existência de um “[...] ranço paternalista de que o eleitor não pode ter o amplo conhecimento de tudo, não pode exercer o juízo crítico e haveria a necessidade desse filtro” (Brasil, 2018c).

Assim, para compreender o caráter de limitação da atuação no caso paradigma, é importante analisar a liberdade de expressão como direito fundamental garantidor de ampla manifestação, até mesmo em oposição ao Estado, como bem pontua a Ministra Cármem Lúcia em seu voto, ao indicar que “[...] liberdade de pensamento não é concessão do Estado, mas sim direito fundamental do indivíduo que pode até mesmo se contrapor ao Estado” (Brasil, 2018b, p. 11).

Assim, é impossível que o Estado restrinja previamente o conteúdo do debate realizado nas Universidades Públicas, o que caracteriza, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, “censura” e flagrante oposição à liberdade de cátedra:

Fere a liberdade de livre manifestação de pensamento e expressão, que se coibiu uma censura prévia, fere a liberdade de cátedra. Se um professor, se o expositor quer falar sobre o fascismo, ou se quer falar sobre o comunismo, ou se quer falar sobre o nazismo, ele tem o direito de falar. E os alunos e as pessoas têm o direito de escutar, realizar um juízo crítico e eventualmente repudiar aquilo que está sendo dito. Não é a autoridade pública que irá realizar um filtro – eu volto a dizer – absolutamente paternalista e antidemocrático. Portanto, é ilícito esse filtro (Brasil, 2018c).

Prosseguindo a verificação da possibilidade de oposição entre princípios, apresenta-se análise quanto à colisão entre liberdade de cátedra e direito de aprender, a partir de reconstituição histórica e fonte documental (Leipnitz, 2017, p. 226). Em que pese as limitações envolvendo o processo constituinte, bem pontuadas por Florestan Fernandes (2014, p. 216), é preciso indicar que os

5 “No entanto, não há permissivo constitucional para restringir a liberdade de expressão no seu sentido negativo, ou seja, para limitar preventivamente o conteúdo do debate público em razão de uma conjectura sobre o efeito que certos conteúdos possam vir a ter junto ao público, em especial no âmbito universitário, a respeito do qual a Carta Magna é taxativa ao prever a autonomia universitária e garantir a ‘liberdade de aprender, ensinar, pesquisar, divulgar o pensamento’ e consagrar o ‘pluralismo de ideias’ (CF, art. 206 e 207) [...]” (Brasil. 2018b, p. 40).

atuais embates quanto à falsa polêmica de colisão entre a liberdade de aprender e de ensinar foram tematizados durante o processo de discussões do congresso constituinte, também denominado Assembleia Nacional Constituinte (ANC).

Para o sociólogo e deputado federal que ativamente participou das comissões da ANC, esta deveria ter o papel de “[...] traçar os limites, a forma e o significado do pluralismo democrático” (Fernandes, 2014, p. 216). Entretanto, principalmente nas discussões que envolveram a educação, verificou-se um desvirtuamento e forte tensionamento dos setores privados, os quais buscaram a privatização do público, para proteger “[...] os privilégios das organizações privadas confessionais e mercantis contra os direitos dos educandos e contra as tarefas construtivas do Estado democrático na área do ensino” (Fernandes, 2014, p. 191).

Por outro lado, a expressa menção à liberdade de cátedra como princípio no complexo contexto da Constituinte, por exemplo, pode ser explicada “[...] sob o incentivo propulsor da iniciativa popular (pouco visível por trás das emendas dos constituintes) e do trabalho original destes, [pelo qual] processou-se um refinamento progressivo” (Fernandes, 2014, p. 165), possibilitando avanços pontuais.

Ainda que pesem limitações sobre a fórmula e a correlação de forças institucionais adotadas pela assembleia constituinte, há que se indicar que problematizações similares às colocadas pelos movimentos atuais de fiscalização de “doutrinação” foram trazidas à discussão nas Subcomissões. Neste sentido, aponta-se trecho dos debates travados na Subcomissão da Educação, Cultura e Esportes, em que Florestan Fernandes prestou valiosos apontamentos durante a reunião realizada em 05 de maio de 1987:

Isto precisa ser dito com toda a frieza e com toda a clareza. Por exemplo, estive nos Estados Unidos e estive no Canadá, e verifiquei que a pedagogia, usada nas famílias é muito mais de confiar no critério do jovem, do imaturo, do adolescente. Desde a mais tenra idade, a pessoa é criada com aquele sentido de ser responsável pelas escolhas, de saber fazer escolhas e enfrentar os riscos, que é algo que desaparece um pouco do nosso horizonte intelectual. O nosso horizonte intelectual é altamente repressivo, com isso, a maturidade para a experiência nova - é uma frase que a Sr.<sup>a</sup> Lígia Teixeira de Souza gostaria de dizer aqui, e digo em nome dela - a maturidade para a experiência nova acaba sendo sufocada no próprio processo da relação da criança com a família e com a escola. Não contribuirmos nada para isso se tolhermos a experiência intelectual, a capacidade de aprender e de usar critérios pessoais de escolha (Brasil, 1987, p. 182).

Nas universidades privadas, em que a relação de trabalho é contratualizada nos parâmetros de uma relação de emprego, cabe realizar considerações específicas. Embora a Constituição Federal não faça reservas quanto à amplitude da liberdade de cátedra no ambiente privado e inclusive mencione tais instituições no artigo 206 da CRFB/1988, é possível afirmar que a abrangência do direito é restrinida pela incidência do poder empregatício sobre a sala de aula, que se tem demonstrado em expansão, em especial por força das políticas neoliberais voltadas à educação, como se desenvolverá.

Ainda, em especial nas instituições de ensino privadas, importante sinalizar que a partir da contrarreforma trabalhista e da alteração das diretrizes e bases da educação nacional, as condições

de trabalho dos docentes sofreram acelerada precarização. São estes que sofrem com os impactos da adoção dos contratos intermitentes, da terceirização irrestrita e da possibilidade de instituição de banco de horas por acordo individual, em razão da extinção das horas extras diárias, além da quarta hora aula consecutiva e sexta-hora aula intercalada para docentes, e também da ampliação da oferta de ensino à distância, em cursos híbridos, em 2016 e 2019.

A destituição de direitos dos professores está imbricada com os efeitos da contrarreforma trabalhista sobre o sistema de custeio e as atividades realizadas pelos sindicatos representantes da categoria profissional. Neste contexto, a partir dos elementos discutidos na presente seção, pode-se afirmar que a liberdade de cátedra constitui direito irrenunciável, porque ligado à liberdade de pensamento e consciência, indisponíveis à circulação mercantil no contrato de trabalho, por força de diretrizes constitucionais e entendimento jurisprudencial.

No entanto, verifica-se um processo de rebaixamento de direitos em curso, o qual foi drasticamente acelerado durante a pandemia do novo coronavírus (Covid-19). Dimensões de controle sobre a atividade docente serão abordadas na seção seguinte, com o objetivo de examinar sua potencial violação à liberdade de cátedra e ensaiar análises sobre o futuro do trabalho de professores e professoras.

## 2 DIMENSÕES DO CONTROLE DO TRABALHO DOCENTE

O avanço da tecnologia sobre o trabalho docente tem como resultado, em um primeiro olhar, o crescimento do desemprego. Em alguma medida, a supressão de postos de trabalho está em marcha em relação a um certo padrão antes estabelecido. No entanto, como destaca Aaron Benanav, o sentido último do aumento da maior utilização de tecnologias no ambiente do trabalho não é a supressão de postos de trabalho, e sim o crescimento de subempregos (Benanav, 2019, p. 118). Não deve surpreender que o trabalho docente também ilustre esse processo.

Os esforços empreendidos pelo governo no estímulo ao funcionamento do mercado demonstram como o novo normal mantém velhos padrões. Nesse sentido, a excepcionalidade do período é usada para justificar o avanço do ensino remoto sobre as diferentes etapas e modalidades da educação, tanto pública quanto privada.

De acordo com Souza e Evangelista, “está em causa o fortalecimento de um mercado educativo que – consolidado em nível superior – busca novas fronteiras de investimento e enriquecimento” (Souza; Evangelista, 2020). Importante o destaque dado pelos autores sobre a privatização e “eadeirização” das vagas no ensino superior:

Esse rentável mercado foi induzido por políticas educacionais federais, após os anos de 1990, em consonância com o seu crescimento desde o final da década de 1960, que implementaram a EaD primeiramente em universidades públicas, caso da Universidade Aberta do Brasil. No campo da expansão e (suposta) democratização do ensino superior, no Governo de Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010) a

modalidade EaD ganhou expressiva expansão, com o salto de 11.853 matrículas públicas, em 2003, para 278.988, em 2008. Contudo, em 2009, o cenário estava completamente alterado com 173 mil matrículas: número mantido e reduzido em 2018, com 172.927 (9%). Em 2018, as instituições privadas ofertaram 1.883.584 matrículas na modalidade EaD, o que representa 30% do total das matrículas privadas. Das novas matrículas privadas no Ensino Superior brasileiro, em 2018, 46% foram na modalidade EaD. A expansão dessa modalidade foi tão forte no setor privado que, faltaram somente 20.970 matrículas para ultrapassar as públicas presenciais (Souza; Evangelista, 2020).

Observa-se tanto o crescimento das matrículas na modalidade EAD, quanto sua predominância no ensino superior privado, quase se equiparando ao total de matrículas presenciais em universidades públicas. Agora, durante a pandemia, avança sobre o ensino superior público e conquista espaço na educação básica. Sob o discurso de que os estudantes não podem “perder tempo” ou “ficar para trás”, escondem-se as transformações no estatuto jurídico do trabalho docente, a evasão discente e o rebaixamento da qualidade da educação.

Nesta seção, analisam-se imposições ao trabalho docente gestadas ou potencializadas no contexto da pandemia do coronavírus (COVID-19), à luz do princípio da liberdade de cátedra.

São dois momentos de exame. O primeiro (2.1) se debruça sobre o tema de gravação de aulas e problematiza limites do poder empregatício sobre a liberdade de pensamento, com a comparação entre os ambientes presencial e remoto. No segundo (2.2), ponderam-se transformações no estatuto jurídico docente e o problema da negativa jurisdicional de constituição de vínculo empregatício entre instituições de ensino e professores conteudistas ou tutores, que impactam e colocam em funcionamento limitações à liberdade de pensamento, mediante “contratualidades espoliativas”.

## **2.1 GRAVAÇÕES DE AULA EM AMBIENTE PRESENCIAL E REMOTO**

Faz parte do cotidiano docente em atividades síncronas, durante a pandemia, pensar sobre as dificuldades de acesso a aulas ao vivo e sobre as condições de vida dos estudantes. Em uma relação de emprego, no entanto, tal decisão nem sempre compete ao professor ou é proveniente de uma discussão coletiva em iguais condições. É lícito que se imponha aos docentes a gravação e a disponibilização de aulas, com fundamento no poder empregatício?

O contexto de trabalho docente durante a pandemia aponta para um ambiente laboral de controle, principalmente em instituições de ensino privadas. Percebe-se “[...] maior vigilância por parte das escolas e das famílias que, em alguns casos, passaram a acompanhar aulas, rompendo a noção elementar do mundo do trabalho docente: a liberdade de cátedra” (Sousa, 2020).

A partir da pesquisa de decisões jurisprudenciais nos Tribunais Regionais do país proferidas no período entre 01.01.2010 a 01.01.2021, com base nos caracteres “professor”, “gravação”, “liberdade de cátedra”, foi possível observar ao total de três julgados referentes ao tema: um se tratava de mandado de segurança que assinalava a violação à intimidade e determinava que a escola em

questão retirasse os aparelhos instalados; outro se referia a mandado de segurança não relacionado ao tema e discutindo tão somente existência de vínculo de emprego; e por fim, a terceira decisão se tratava de acórdão em recurso ordinário que analisava a instalação de câmera em sala de aula, mantendo a condenação da obrigação da escola em se abster a instalar câmeras em sala de aula.

Para compreender melhor o raciocínio jurídico, detalha-se o terceiro julgado a fim de analisar como a liberdade de cátedra pode ser interpretada no caso concreto, conforme indicações de método de Silva (2017, p. 284). Para o TRT da 4<sup>a</sup> Região, o videomonitoramento em sala de aula foi considerado violação à liberdade de cátedra (CF, art. 206, II) e à diretriz constitucional de valorização de professores (CF, art. 206, VI), em período anterior à crise ocasionada pela pandemia, sobre a intenção de gestores de escola infantil privada:

CÂMERAS DE VÍDEO NA SALA DE AULA. A utilização de sistema de videomonitoramento nas salas de aula afronta o princípio da liberdade de cátedra (art. 206, II, da Constituição Federal) e contraria o próprio ideal de desenvolvimento sócio-cognitivo buscado pela atividade educacional, além de desvalorizar o professor, em afronta à norma do art. 206, V, da Constituição Federal (Rio Grande do Sul, 2017).

Do conteúdo do acórdão, verifica-se a compreensão de que o ato de gravar aulas configura método capaz de impor censura e medo aos professores. No caso analisado, foi dispensada a comprovação de monitoramento das atividades de ensino pela direção da escola. A decisão reconhece que o simples ato de gravação prejudica a liberdade e espontaneidade do docente:

[...] o método de construção do saber no qual é permitida a filmagem do espaço escolar aposta na educação transmitida pelo medo e pela censura, e não pelo estímulo e pelo convencimento do modo correto de agir, de pensar e de viver. Assim, as crianças não aprendem a resolver problemas e conflitos, pois contam sempre com uma intervenção “onisciente” super protetora, mas, [ao] mesmo tempo, opressora. O resultado desse sistema são alunos despreparados não só para o estudo, mas para qualquer desafio da vida. Esse cenário leva à (*sic*) uma tendência de seleção e de exclusão dos professores em relação às técnicas de ensino empregadas. Certamente, professores mais rigorosos e exigentes tendem a perder espaço ao serem monitorados. Aliás, é sempre temerária a observação e o julgamento de uma atividade por quem é leigo ou não é tecnicamente preparado para exercê-la. A par disso, é despicienda a prova do conhecimento dos professores de que está havendo o monitoramento da atividade de ensino pela direção da escola para prejudicar a sua liberdade e a sua espontaneidade (Rio Grande do Sul, 2017).

Ainda mais, vale ressaltar que a gravação de aulas sem o consentimento do professor pode vir a configurar danos morais ao docente. Este é o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, como se pode perceber no julgamento de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista, no ano de 2018:

[...] o contrato firmado com o reclamante não estipulou gravação de aulas ou algo similar. Nesse contexto, a utilização indevida da imagem do empregado e a utilização de material intelectual (videoaulas), sem a autorização expressa do professor e sem contraprestação, gera a obrigação de pagamento de indenização por danos morais (Brasil, 2018a).

As razões de decidir, assentadas em jurisprudência compatível à compreensão do Supremo Tribunal Federal sobre a liberdade de cátedra, são desafiadas pelo contexto da pandemia de Covid-19. As discussões sobre ensino remoto incluem o argumento de que a gravação de aulas é uma forma de ampliar o acesso ao conteúdo trabalhado em sala virtual, pela dificuldade que parcela do alunado possui para acessar atividades de forma sincrônica.

Na relação entre instituições privadas de ensino e docentes, a Nota Técnica 11/2020, emitida pelo Ministério Público do Trabalho, indica diretrizes a serem observadas por estabelecimentos de ensino, a fim de garantir a proteção da saúde e demais direitos fundamentais dos docentes em suas atividades laborais “[...] por meio de plataformas virtuais e/ou em home office” (Brasília, 2020, p. 1).

Quanto à supervisão das aulas por superiores hierárquicos, há expressa recomendação para que haja o ingresso de integrantes do quadro escolar, em plataformas de transmissão de aulas, somente em caráter emergencial e excepcional, com autorização prévia do docente:

Observar a liberdade de cátedra nos ambientes virtuais, não diferenciando-a de uma sala de aula presencial para fins de ensino e administração do ambiente educacional, devendo-se garantir a permanência exclusiva dos(as) professores(as), auxiliares ou equipe de docentes nas salas virtuais, sendo o ingresso de demais integrantes do quadro escolar (supervisores, diretores) somente permitido, em caráter excepcional e emergencial, com autorização prévia da(o) docente ministrante da respectiva aula (Brasília, 2020, p. 7).

A partir do levantamento de estudo em andamento realizado nas capitais dos estados por meio de pesquisa em veículos de comunicação, contato com entidades sindicais e professores, observou-se que diversas instituições de ensino universitárias privadas têm, reiteradamente, determinado que seus professores realizem a gravação das aulas para exibição em atividades assíncronas.

Nesse sentido, cita-se o exemplo de Universidade privada em Salvador/BA, que tem obrigado contratualmente os professores a realizar a gravação de aulas durante a pandemia. Ao mesmo tempo, noticia-se que o estabelecimento apresenta a docentes contrato com cláusula de cessão completa e permanente de direitos de imagem e voz (Galvão, 2020).

Além disso, as instituições de ensino não possuem qualquer mecanismo de controle quanto às gravações não autorizadas por pais e estudantes de aulas ministradas em tempo real nas plataformas, gerando insegurança e temor nos docentes. Na pesquisa de campo em andamento, quanto às alterações contratuais geradas no período de pandemia em universidades privadas, é possível refletir sobre o ato de gravação a partir do conteúdo da alteração contratual de uma universidade de grande porte em Curitiba/PR.

No documento contratual, são estabelecidas cláusulas voltadas para regulamentação das aulas virtuais durante a pandemia. Os professores, na prática, são obrigados a concordar com a gravação de aulas para realização de atividades assíncronas, dada a especial vulnerabilidade em que se encontram, pelo direito potestativo do empregador de realizar a dispensa sem justa causa, na hipótese em que eventual acordo não seja celebrado.

Verifica-se, ainda, que o documento faz ressalva de que a universidade “respeita” a liberdade de cátedra dos professores e, na mesma cláusula, exige uma contrapartida desproporcional, pela qual o docente deve se responsabilizar de forma integral e exclusiva pelo conteúdo de suas aulas. O empregador se exime de qualquer responsabilidade a respeito de conflitos no meio ambiente de trabalho e prevê ação regressiva da instituição de ensino em face aos docentes, nos termos do artigo 125, II do Código de Processo Civil, em face de eventuais litígios decorrentes do conteúdo das aulas:

Cláusula Quarta:

Reitera a empregadora o compromisso e respeito ao direito de liberdade de cátedra previsto na Constituição Federal e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação, ratificando o professor, por sua vez, a sua integral e exclusiva responsabilidade, em todas as esferas do Direito, pelo conteúdo de suas aulas, autorizando inclusive, a denúncia da lide na hipótese do art. 125, II do Código de Processo Civil<sup>6</sup>.

Neste contexto, há um evidente “[...] descompasso entre a imagem de progresso social e tecnológico forjada pelo capital e a realidade das relações desenvolvidas sob a baliza das novas tecnologias” (Delgado; Rocha, 2020, p. 28). Como destacaram Gabriela Godinho Delgado e Ana Luísa Rocha, as formas de trabalho experimentadas durante a pandemia conduzem a uma lógica de restrição de garantias fundamentais trabalhistas e instituem precedentes para a flexibilização de direitos de indisponibilidade absoluta, como os direitos da personalidade do trabalhador docente, tema também discutido por Gediel, Katrein e Mello (2020, p. 181).

## 2.2 FRAUDE À VALORIZAÇÃO DO PROFESSOR E AO SEU ESTATUTO PROFISSIONAL

A liberdade de pensamento não se exerce sem valorização do trabalho docente. Este mandamento deriva da leitura conjunta do art. 206, VI, da CRFB/1988 e do art. 317 e seguintes da CLT. Entre as preocupações do estatuto jurídico desenhado para docentes, além disso, encontram-se as proteções especiais à jornada de trabalho, dada a invisibilidade do trabalho de preparação, estudo e pesquisa, elaboração e correção de avaliações, atividades extensionistas, entre outras que formam o cotidiano de professores e professoras.

Daí que interessa observar que, além de violações diretas à liberdade de ensinar e aprender, consubstanciadas na imposição de gravações e disponibilização de aulas, professores e professoras também experimentam ilegalidades mais sutis. Expropriações de direitos da personalidade do sujeito trabalhador combinam a reestruturação do trabalho docente, a fraude ao regime de emprego e novas atribuições exigidas de professores tutores e conteudistas, em contratualidades espoliativas, como explicitaram Gediel, Katrein e Mello (2020) mediante análise documental referente a hibridização contratual operada em desfavor de trabalhador docente, na modalidade ensino à distância:

<sup>6</sup> Este artigo reproduz, sem identificação das partes contratantes e sem alteração do conteúdo das cláusulas contratuais retiradas de contrato entre empresa privada de ensino superior e docente, que não podem ser revelados publicamente em virtude de sua natureza.

Este tutor ou produtor de obra científica objeto de contrato de cessão é considerado um auxiliar do professor, divorciado do estatuto jurídico que a CLT reconhece em condições especiais de trabalho para docentes. Entre os direitos que ao tutor e a conteudistas autônomos não são garantidos, destacam-se o direito à preservação da imagem e demais direitos da personalidade, à jornada de trabalho, à liberdade de pensamento e à remuneração durante o período de férias escolares ou universitárias, todos expropriados em contratualidades espoliativas. [...] É nessa perspectiva que o exame de contrato de cessão integral e definitiva de direitos autorais sobre “obra de conteúdo didático e científico” demonstra o funcionamento e a operacionalidade da expropriação de atributos da personalidade do sujeito trabalhador [...] (Gediel; Katrein; Mello, 2020, p. 181).

Nesse mesmo sentido e de forma improvisada e precária, a implementação aligeirada e em larga escala do ensino remoto promove diferentes pressões sobre o trabalho docente, como o aumento do número de estudantes por turma, novas exigências em relação ao domínio das Tecnologias Digitais da Informação e Comunicação (TDIC) e novas metodologias. Elas se inserem em um movimento de divisão do trabalho docente, que amplia o trabalho morto absorvido pelo mercado da educação, incorpora produtos pedagógicos como cartilhas e aulas *online* e produz uma nova divisão do trabalho docente entre professores conteudistas, professores tutores e professores avaliadores, como explicaram Gediel, Katrein e Mello (2020, p. 164).

Tal movimento guarda relação com a referida expansão da EAD, em marcha desde os anos 1990. Esta modalidade obteve respaldo legal com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional de 1996, que estabelece, no artigo 80, que “[...] o Poder Público incentivará o desenvolvimento e a veiculação de programas de ensino a distância, em todos os níveis e modalidades de ensino, e de educação continuada” (Brasil, 1996).

O dispositivo foi normatizado pelo Decreto n. 5.622/2005, que fragmenta o trabalho docente ao atribuir a “seleção e capacitação de professores e tutores” como condição para a oferta de cursos e programas a distância por meio de parcerias (Brasil, 2005). Em 2017, o Decreto 9057/2017 e a Portaria 11/2017 flexibilizaram ainda mais as regras, permitindo, por exemplo, o credenciamento de instituição de ensino superior exclusivamente para oferta de cursos de graduação e de pós-graduação lato sensu na modalidade a distância (Brasil, 2017). Não por acaso, em 2018, o número de vagas em cursos de graduação na modalidade EAD (7.170.567) superou as presenciais (6.358.534) (ANDES-SN, 2020, p. 28).

Diante dos efeitos práticos desta política, em 2019, a OAB entrou com um pedido de liminar em ação ajuizada em 2017, na 7ª Vara Cível da Justiça Federal do Distrito Federal, requerendo o reconhecimento da inviabilidade de cursos de Direito à distância. Entre os pressupostos apresentados destaca-se:

[...] o crescimento acentuado da oferta de cursos de graduação a distância, favorecido pela flexibilização das regras em 2017 e concentrado na rede privada de ensino, que tem contribuído para o encolhimento do ensino presencial e para uma queda de qualidade da educação superior (CFOAB, 2019).

A queda de qualidade pode se referir aos conteúdos e metodologia, à estrutura física dos cursos, à qualificação dos profissionais ou a políticas de permanência. Nesta subseção, colocam-se em foco as condições e o trabalho do professor. Ao contextualizar historicamente as políticas de EAD em publicação recente sobre o ensino remoto, o Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior (ANDES-SN, 2020, p. 11), afirma que:

O trabalho docente, invariavelmente, se realiza de forma precarizada e intensificada: educadoras e educadores recebem menos por suas atividades (preparação de materiais didáticos, valor da hora-aula, etc.) e se tornam responsáveis por um grande número de alunos situados em diferentes “polos de ensino”. Cria-se também um ambiente virtual para o professor gravar e apresentar suas aulas, e toda uma estrutura com equipamentos de ponta é montada para possibilitar o EaD – o que cria um lucrativo mercado para grupos empresariais que vendem materiais e plataformas digitais.

Os professores são pressionados pela sobrecarga de trabalho, aumento no número de estudantes por turma, exigência de produtividade, bem como de consumo e de domínio das ferramentas e metodologias necessárias. No contexto de pandemia, a retomada ou continuidade das atividades acadêmicas na forma remota impôs exigências desta ordem a professores que até então trabalhavam no ensino presencial. Mais do que isso, acionam o temor à redução de turmas, salários e ao desemprego. Um levantamento do Sindicato dos Professores de São Paulo mostrou que, desde abril, 1.674 profissionais foram demitidos e os que seguiram em atividade enfrentam turmas de até 180 estudantes (Vieira, 2020).

Ainda que o contexto seja de exceção, as transformações operadas na educação perspectivam a permanência das contratualidades espoliativas gestadas ou intensificadas neste período. Inseridas no projeto dos reformadores empresariais da educação, conforme formulação de Freitas (2014, p. 1090), que transfere a lógica do ambiente corporativo para a educação, tanto privada quanto pública. Exemplo disso é que as novas contratações em São Paulo têm exigido CNPJ e começam a mencionar a contratação de tutores (Vieira, 2020). Neste sentido, apontam Souza e Evangelista:

A quarentena tem recebido a designação eufemística de “período de transição” para o modelo de ensino remoto – ou aprendizagem virtual, tecnológica, digital e mesmo educação a distância – que se estabilizaria e manteria como regra na Educação Básica. Não é sem razão que a OCDE (2020) e a UNESCO (2020) sugerem aos países em quarentena que revejam seus marcos legais para que as alterações possam ser “operacionalizadas” já e possibilitem sua permanência em seguida. As suas orientações, somadas às do Banco Mundial, abrangem um amplo conjunto de flexibilizações (Souza; Evangelista, 2020).

Este conjunto de inovações empresariais promove divisão do trabalho e espolia a liberdade de pensamento da maior parte da categoria docente. De um lado, passa a existir um número reduzido de profissionais especializados, que planejam e produzem os materiais pedagógicos; na outra ponta, um grupo mais amplo de profissionais menos especializados que acompanham, presencial ou virtualmente, o desenvolvimento das atividades, corrigem e registram as notas.

Cria-se, desta forma, uma categoria de profissionais que atuam diretamente nas aulas e junto aos estudantes dos cursos, menos especializados e com remuneração inferior. Não se trata de acabar com o trabalho docente, mas transformá-lo para reduzir custos, o que reserva pouca ou nenhuma liberdade quanto ao controle da atividade pedagógica pelo docente. A imposição do ensino remoto acelera esse processo, ao utilizar o contexto de pandemia e a promessa de um novo normal para generalizar formas ainda mais precárias de EAD.

## CONCLUSÃO

Um processo de erosão de direitos sociais fundamentais está em curso e se realiza mediante atos normativos e contratualidades espoliativas. Documentos jurídicos protetivos da dignidade do trabalhador e de suas liberdades são violados direta e indiretamente, em especial mediante o argumento da autonomia contratual e com base em uma racionalidade sacrificial, como descreveram Gediel e Mello (2020, p. 2242).

O Direito do Trabalho, constitucionalizado, vê-se diante de um cercamento dos atributos da personalidade da pessoa que labora, que progressivamente se tornam disponíveis à circulação mercantil e objeto do poder empregatício. Entre esses direitos fundamentais, encontra-se a liberdade de cátedra, como liberdade profissional de decidir o sentido dos atos de ensinar e aprender, problematizar conhecimento científico e discutir com discentes sobre o processo de ensino e aprendizagem.

Trata-se de submeter a consciência ao arbítrio do capital, fiscalizável em gravações de aulas que podem significar o fim de uma carreira profissional, a depender do recorte de vídeo realizado e da intenção de quem o faz. Editais de contratação de professores tutores e conteudistas e exame de cláusulas contratuais revelam o ardil de sua “liberdade”, pela qual “escolhem” submeter todo o conteúdo que expressam à avaliação de empregadores.

A fraude ao estatuto profissional do professorado, previsto na CLT, faz parte de um movimento de desprofissionalização da atividade docente, que busca diminuir “custos” e “desonerar a folha” de empresários. O trabalho morto assume funções do trabalho vivo e este, ao invés de ser substituído completamente, é tornado uma mercadoria barata e vigiada, o que certamente causa danos morais e patrimoniais aos docentes, crescentemente adoecidos.

Defender a ciência, a liberdade de pensamento e o direito à educação pública e de qualidade exigem a batalha política contra a cartilha do Banco Mundial para a educação de países periféricos. A educação não deve ser vista como um mercado com vagas ociosas e modalidades potencialmente diversificáveis, mas como uma atividade com conhecimentos complexos, ligados à personalidade da pessoa que trabalha, protegidos por gerações de combates dos movimentos sociais e populares. A esta luta pertence o futuro do trabalho docente.

## REFERÊNCIAS

ANDES-SN - SINDICATO NACIONAL DOS DOCENTES DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR. **Projeto do capital para a educação, volume 4:** o ensino remoto e o desmonte do trabalho docente. Brasília, DF: ANDES-SN, 2020.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo.** São Paulo: Edições 70, 2011.

BENANAV, Aaron. Automation and the future of work. **New Left Review**, London, n. 119, set./out. 2019. Disponível em: <https://newleftreview.org/issues/ii119/articles/aaron-benanav-automation-and-the-future-of-work-1>. Acesso em: 9 set. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Diários da Assembleia Nacional Constituinte.** Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1987. Suplemento nº 97. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/diarios\\_anc](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/diarios_anc). Acesso em: 9 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.** Estabelece as bases da educação nacional. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm). Acesso em: 9 set. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 5.622, de 19 de dezembro de 2005.** Regulamenta o art. 80 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5622.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5622.htm). Acesso em: 9 set. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 9.057, de 25 de maio de 2017.** Regulamenta o art. 80 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9057.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9057.htm). Acesso em: 9 set. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (6. Turma). **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 24318-82.2016.5.24.0005.** Relatora: Ministra Kátia Magalhães Arruda, 14 de março de 2018a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 548.** Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Brasília, DF: STF, 2018b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12923110>. Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão proferida pelo Ministro Alexandre de Moraes em plenário na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 548.** Brasília, DF: STF, 2018c virou 2018c. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=z7ND-NybUaQI&t=5965s>. Acesso em: 7 set. 2020.

BRASÍLIA. Ministério Público do Trabalho. **Nota Técnica 11/2020 (GT COVID 19).** Nota Técnica para a atuação do Ministério Público do Trabalho na defesa da saúde e demais direitos fundamentais de professoras e professores quanto ao trabalho por meio de plataformas virtuais e/ou em home office durante o período da pandemia da doença infecciosa COVID-19. Brasília,

DF: MPT, 2020. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/nota-tecnica-n-11-2020-trabalho-on-line-de-professores-gt-covid-19-mpt.pdf>. Acesso em: 2 set. 2020.

BULOS, Uandi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva: 2015.

CFOAB - CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. 7ª Vara Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal. **Ação Ordinária n. 503.4657-04.2019.4.01.3400**. Brasília, DF: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, 2019.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Poder punitivo. In: VIANA, Marcio Túlio; ROCHA, Cláudio Jannotti da (org.). **Como aplicar a CLT à luz da Constituição**: alternativas para os que militam no foro trabalhista. São Paulo: LTr, 2016. v. 1.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Reforma trabalhista brasileira e o Supremo Tribunal Federal: as escolhas trágicas?. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 21, p. 31-52, 2018.

DELGADO, Gabriela Neves; ROCHA, Ana Luisa. Um retrato do mundo do trabalho na pandemia em cinco paradoxos. In: **Direito. UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, v. 4, n. 2, p. 16-34, maio/ago. 2020.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2019.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; MORAES, Paulo Douglas Almeida. Do direito social à proteção contra os efeitos da automação: breves comentários ao PL nº 1.091/2019, da câmara dos deputados. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 65, n. 100, p. 947-962, jul./dez. 2019.

FERNANDES, Florestan. **Florestan Fernandes na Constituinte**: leituras para a reforma política. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo Expressão Popular, 2014.

FREITAS, Luis Carlos de. Os reformadores empresariais da educação e a disputa pelo controle do processo pedagógico na escola. **Educação & Sociedade**, Campinas, v. 35, n. 129, p. 1085-1114, out./dez. 2014.

GALVÃO, Alexandre. Unifacs obriga professores a cederem aulas em vídeo e ameaça colaboradores de demissão. **Metro1**, Salvador, 27 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.metro1.com.br/noticias/cidade/91128,unifacs-obriga-professores-a-cederem-aulas-em-video-e-ameaca-colaboradores-de-demissao>. Acesso em: 3 set. 2020.

GEDIEL, José Antônio Peres; KATREIN, Camila Siqueira; MELLO, Lawrence Estivalet de. Escola sem professores e expropriações de direitos da personalidade no ensino à distância. In: SANTOS, André Felipe Pereira Reid; BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo; PAZELLO, Ricardo Prestes (org.). **Saúde, direito e movimentos sociais**. São Paulo: Annablume Editora, 2020.

GEDIEL, José Antônio Peres; MELLO, Lawrence Estivalet de. Autonomia contratual e razão sacrificial: neoliberalismo e apagamento das fronteiras do jurídico. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 11, p. 2238-2259, 2020.

GEDIEL, José Antônio Peres; MELLO, Lawrence Estivalet de. Expropriações do sujeito trabalhador e os limites dos direitos da personalidade na Lei n. 13.467/2017. In: MELLO, Lawrence Estivalet de; SILVA, João Luiz Arzeno da; ZANIN, Fernanda (org.). **Estratégias autoritárias do estado empregador: assédio e resistências**. Curitiba: Kaygangué, 2017.

LEIPNITZ, Guinter. Pesquisa historiográfica e documental: diálogos entre História e Direito a partir de escrituras públicas de contratos. In: Machado, Maíra Rocha (org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 225-248.

MELLO, Lawrence Estivalet de. **Crise do contrato de trabalho e ilegalidades expandidas**. 2020. 452 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2020.

MIRANDA, Jorge. Liberdade de trabalho e profissão. **Revista de Direito e Estudos Sociais**, Coimbra, v. 30, n. 2, p. 145-162, abr./jun. 1988.

OLIVEIRA, Caroline. Universidades particulares demitem professores em massa e lotam salas virtuais. **Brasil de Fato**, São Paulo, 9 set. 2020. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2020/09/09/universidades-particulares-demitem-professores-em-massa-e-lotam-salas-virtuais>. Acesso em: 9 set. 2020.

OSSOLA, Ana Laura. *Liberdad de expresión: declaraciones, derechos y garantías, deberes y derechos individuales*. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MIRANDA, Jorge; FRUET, Gustavo Bonato (org.). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Autos n. 0020494-38.2014.5.04.0007**. Desembargadora Relatora: Cleusa Regina Halfen, Porto Alegre: TRT, 2017.

SEKI, Allan Kenji; SOUZA, Artur Gomes; EVANGELISTA, Olinda. O crescimento perverso das licenciaturas privadas. In: EVANGELISTA, Olinda; SEKI, Allan Kenji; SOUZA, Artur Gomes de; TITTON, Mauro; AVILA, Astrid Baecker. **Desventuras dos professores na formação para o capital**. Campinas: Mercado das Letras, 2019.

SHALDERS, André; MOTA, Camilla Veras; GRAGNANI, Juliana. Eleições 2018: STF suspende ações da Justiça Eleitoral em universidades; entenda a polêmica. **BBC New Brasil**, São Paulo, 27 out. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-46005982>. Acesso em: 27 ago. 2020.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Pesquisas em processos judiciais. In: MACHADO, Maíra Rocha (org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

SINPES - SINDICATO DOS PROFESSORES DE ENSINO SUPERIOR DE CURITIBA E REGIÃO METROPOLITANA. **Universidade positivo demite dezenas de professores e fecha cursos presenciais**. Curitiba: Sinpes, 2020. Disponível em: <https://sinpes.org.br/site/universidade-positivo-demite-dezenas-de-professores-e-fecha-cursos-presenciais/>. Acesso em: 6 set. 2020.

SINPRO GUARULHOS. **Análise da pesquisa “Trabalho docente nas instituições privadas durante a crise do Coronavírus” – parte II**. Guarulhos: SINPRO, 2020. Disponível em: <https://>

[www.flipbookpdf.net/web/files/uploads/b0d4e6a5615e438e3c9fd412a1f0b5ed0ad24f6c202008.pdf](http://www.flipbookpdf.net/web/files/uploads/b0d4e6a5615e438e3c9fd412a1f0b5ed0ad24f6c202008.pdf). Acesso em: 9 set. 2020.

SOUZA, Andréa L. Harada. Trabalho docente e ensino a distância nas escolas privadas. **Le Monde Diplomatique Brasil**, [São Paulo], 4 maio 2020. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/trabalho-docente-e-ensino-a-distancia-nas-escolas-privadas/>. Acesso em: 7 set. 2020.

SOUZA, Artur Gomes de; EVANGELISTA, Olinda. Pandemia! Janela de oportunidade para o capital educador. **Contrapoder**, [S. l.], 15 abr. 2020. Disponível em: [https://contrapoder.net/columnas/pandemia-janela-de-oportunidade-para-o-capital-educador/#\\_ftn4](https://contrapoder.net/columnas/pandemia-janela-de-oportunidade-para-o-capital-educador/#_ftn4). Acesso em: 7 set. 2020.

UNIVERSIDADES públicas são alvos de operações da Justiça Eleitoral em sete estados. **G1**, São Paulo, 26 out. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/2018/10/26/universidades-publicas-sao-alvos-de-operacoes-da-justica-eleitoral-em-sete-estados.ghtml>. Acesso em: 27 ago. 2020.

VIEIRA, Bárbara Muniz. Faculdades particulares de SP lotam salas virtuais com até 180 alunos e demitem mais de 1.600 professores durante pandemia. **G1**, São Paulo, 2 set. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/09/02/faculdades-particulares-de-sp-lotam-salas-virtuais-com-ate-180-alunos-e-demitem-mais-de-1600-professores-durante-pandemia.ghtml>. Acesso em: 9 set. 2020.

Recebido em: 23/10/2021

Aceito em: 27/06/2022

# POLÍTICAS PÚBLICAS DE EDUCAÇÃO DIGITAL PARA O ENFRENTAMENTO DAS *FAKE NEWS*

## PUBLIC POLICIES AND DIGITAL EDUCATION TO TACKLE FAKE NEWS

Fernanda Valone Esteves\*  
Renata Capriolli Zocatelli Queiroz\*\*

**Como citar:** ESTEVES, Fernanda Valone; QUEIROZ, Renata Capriolli Zocatelli. Políticas públicas de educação digital para o enfrentamento das *fake news*. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 19, n. 2, p. 85-108, jul. 2024. DOI: 10.5433/1980-511X.2024.v19.n2.p85-108. ISSN: 1980-551X.

\*Especialista em Direito Empresarial Aplicado à Era Digital pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica - PUC-PR. ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-5181-5308>

\*\*Doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Mestre e especialista pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Professora do Curso de Pós Graduação em Direito Empresarial aplicado à era Digital da Universidade Estadual de Londrina e da graduação da Faculdades Londrina. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6348-751X>

**Resumo:** O trabalho demonstra que disseminação de *fake news* calcadas na desinformação da população é uma velha estratégia de manipulação dos cidadãos. Todavia, em vista da evolução da Sociedade em Rede e o surgimento das novas Tecnologias da Informação e Comunicação, as *fake news* tornaram-se um problema substantivo a ser enfrentado em defesa do Estado Democrático de Direito. A pesquisa ressalta os potenciais problemas apresentados pelo *big data* e as consequências que os algoritmos matemáticos invocam nas redes sociais, e que o seu livre desenvolvimento na captura de dados dos usuários faz com que o indivíduo se encontre em uma espécie de filtro de bolha informacional. Diante desses aspectos, a presente pesquisa tem por objetivo apresentar meios de enfrentamento das *fake news* para a garantia da Democracia. Para tanto, adota-se o método de revisão literária, pautada por consultas bibliográficas em materiais publicados em revistas jurídicas e livros, consistindo na exposição de ideias dos autores selecionados. Observa-se que a principal e mais eficiente forma de enfrentamento da disseminação de *fake news* é por meio da implementação de políticas públicas de educação digital, que visem a educar o usuário a um olhar crítico e questionador quando diante de notícias consumidas nas redes sociais.

**Palavras-chave:** *fake news*; algoritmos; políticas públicas; educação digital.

**Abstract:** This work demonstrates that the dissemination of fake news, rooted in misinformation of the population, is an age-old strategy for manipulating citizens. However, in light of the evolution of the Network Society and the emergence of new Information and Communication Technologies, fake news has become a significant problem to be addressed in defense of the Democratic Rule of Law. The research emphasizes the potential issues posed by big data and the consequences that mathematical algorithms invoke on social networks, where their unrestricted development in capturing user data creates an informational bubble filter for individuals. Given these aspects, this study aims to propose strategies to combat fake news for the preservation of democracy. To achieve this goal, it employs a method of literature review based on bibliographic consultations from materials published in legal journals and books, presenting the ideas of selected authors. It is noted that the primary and most effective approach to combating the spread of fake news is through the implementation of public policies for digital literacy. Such

policies aim to educate users to adopt a critical and questioning mindset when encountering news on social media.

**Key-words:** *fake news; algorithms; public policies; digital education.*

## INTRODUÇÃO

O tema trazido em discussão poderia ser estudado somente a partir do resultado devastador que as *fake news*<sup>1</sup> trouxeram para o cenário político mundial desde as eleições presidenciais de 2016. Todavia, é evidente que, desde muito antes da era tecnológica, a desinformação da população sempre foi um caminho para propagação de *fake news* pelos Governos.

Dessa forma, o segundo capítulo tratará que é inequívoco que o surgimento das Tecnologias da Informação e Comunicação, esse novo “meio de informação”, tem grande influência sobre os indivíduos e, apesar de resultar grandes benefícios à população, ocasiona, ao mesmo tempo, incontáveis malefícios ao Estado Democrático de Direito, em razão da sua alta capacidade de propagação de informação.

Surge, portanto, a necessidade de uma resposta real ao efetivo combate das *fake news*, uma vez que já é possível observar que as más condutas digitais advêm de um comportamento exclusivo do usuário de internet, que por ausência de educação digital propaga falsas informações. Não basta a mobilização para a inclusão digital de toda a sociedade, quando esta não tem detém artifícios educacionais para se proteger dos malefícios da internet.

A fim de demonstrar a potência das novas tecnologias, no terceiro capítulo serão abordados os algoritmos, demonstrando que eles são as engrenagens para a disseminação de informação, seja falsa ou verdadeira, encadeamentos automatizados computacionais capazes de influenciar a vontade humana e o processo de tomada de decisões e que, apesar de um tema relativamente novo, diz respeito às garantias do Estado Democrático de Direito. Portanto, não envolve apenas aspectos do âmbito jurídico, mas também questões humanitárias e de livre desenvolvimento da pessoa humana, uma vez que a desinformação tem o condão de criar bolhas sociais informativas.

Nesse contexto, no quarto e último capítulo, analisar-se-á o papel fundamental do Estado diante deste cenário, pois é ele quem tem o poder de combater e solucionar a disseminação de *fake news* através de políticas públicas que sejam capazes de atingir o papel educacional a respeito da responsabilidade, da função social e do correto uso das tecnologias, em especial das redes sociais.

Será realizado um estudo mais detalhado sobre a necessidade de políticas públicas de educação digital para o uso da tecnologia da informação e comunicação como ferramenta eficaz no combate a disseminação de *fake news* na Internet, pois a educação é, e sempre será, um dos meios para transformação da sociedade.

1 “Fake News” é a designação em inglês que tem sido mundialmente usada para denominar as “falsas notícias” e que, apesar da espetacularização do termo, o presente estudo optará em utilizá-lo em inglês em razão da sua necessidade no cenário eleitoral.

## 1 A CRISE DA DEMOCRACIA NA ERA DIGITAL

O regime democrático de direito é fundado no princípio da soberania popular. A definição inicial da palavra Democracia tem origem da Grécia Antiga, segundo a qual o poder emana do povo, e a essência principal do fenômeno político é a participação dos governados no governo, como uma forma de liberdade de autodeterminação política (Teixeira, 2014, p. 27).

A liberdade de comunicação, de expressão e de informação estão intimamente ligadas às garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito, no entanto, as democracias constitucionais contemporâneas enfrentam um grande dilema, isto é, assegurar o mais amplo fluxo de pensamentos, ideias, informações e opiniões da sociedade, e ao mesmo tempo resguardar o indivíduo dos abusos cometidos na liberdade de expressão e comunicação.

Com o advento da internet e especialmente com o desenvolvimento das redes sociais de comunicação em massa, essa tarefa se tornou cada vez mais difícil (Boquady, 2018, p. 15). As novas redes de comunicação se tornaram palco para discussões políticas e sociais, permitindo que cada vez mais as pessoas fizessem parte do processo informativo e opinativo, e na rede mundial de computadores não há limites ou fronteiras.

A internet permitiu ao indivíduo exprimir suas opiniões, vontades e ideias de forma livre e sem censura, sobre qualquer tema que deseja. Os jornais, revistas, rádios e cinema não são mais o meio principal de acesso à informação; não existe mais, portanto, um intermediador entre as partes.

A internet está em constante construção e, por isso, pode a qualquer momento afastar o usuário da realidade, bem como menciona em sua obra, Eduardo Magrani (2014, p. 104):

Neste ponto, é importante se ter em mente que a internet é uma rede em constante construção. Trata-se de uma tecnologia plástica e mutável, sujeita a oscilações e direcionamentos políticos e mercadológicos que podem a qualquer momento afastá-la dos princípios e características que constavam em sua origem.

E é neste viés que os direitos e garantias fundamentais de liberdade de expressão, comunicação e informação surgem como tema para o presente estudo, tendo em vista que é dever do Estado promover as condições necessárias para que os direitos fundamentais sejam reais e efetivos para todos (Farias, 2001, p. 22). Isso porque a disseminação massificada de desinformação, informações falsas e enganosas são essenciais à eficácia da manipulação da opinião da sociedade, provocando um efeito de isolamentos dos indivíduos em grupos similares.

### 1.1 A DESINFORMAÇÃO: UMA VELHA ESTRATÉGIA DE MANIPULAÇÃO DA POPULAÇÃO

Para falarmos de informações falsas, precisamos falar de (des)informação, e dos ambientes informativos em que esse fenômeno se prolifera. É a partir dos meios de comunicação, rádio,

TV, jornal, cinema, redes sociais e outros que o leitor, em uma leitura não crítica, consome informações de modelo informativo, parcial, massivo e empresarial.

Todos os dias chegam aos veículos de comunicação inúmeras notícias, sendo os executivos das mídias quem decidem quais informações serão veiculadas e quais não. A escolha de notícias demonstra que não há neutralidade e nem imparcialidade informativa (Serrano, 2010, p. 22). Quando um jornal escolhe, para sua capa, não divulgar protestos de cidadãos contra o atual governo, ele está tomando uma decisão de não informar ao leitor a respeito daquela manifestação democrática.

Para Serrano (2010, p. 31), “[...] os mecanismos de desinformação e manipulação são mais complexos que mentira grosseira [...]”, isso porque os comunicadores podem criar a impressão desejada sem que seja falseada a informação, basta dar à notícia a forma que deseja, por exemplo, a extensão da notícia, a localização – se será publicada no artigo principal ou no último – fotografias, ou então a utilização de efeitos de imagem e som.

Em janeiro de 2018, a Comissão Europeia criou o grupo *High Level Expert Group on Fake News and Online Disinformation* para discutirem e apresentarem opções possíveis de combater a desinformação. O grupo concluiu que a desinformação vai muito além das *fake news*, pois, na realidade, ela inclui todas as formas de informações falsas, imprecisas ou enganosas, formuladas, apresentadas e divulgadas com o objetivo de causar danos sociais (Buning; Gabriel, 2018, p. 2).

O jornalista espanhol Pascual Serrano (2011, p. 24) estruturou, em quatro filtros, as formas que os meios de comunicação determinam o que é notícia e o que não é. O primeiro filtro é a *Magnitude, propriedade e orientação dos benefícios dos meios de comunicação*: as mídias são coordenadas por grandes grupos econômicos, na medida que a informação passa a ser uma mercadoria e não um bem de interesse público, dando espaço para o jogo político quando um jornal escolhe se irá noticiar uma manifestação política ou o casamento de uma figura pública.

O segundo filtro seria *A publicidade como fonte principal de receitas*, ou seja, os veículos de comunicação se sustentam através dos anúncios realizados em suas plataformas de comunicação, logo, estão adstritos aos seus anunciantes suas vontades e opiniões (Serrano, 2011, p. 25). O jornalista espanhol denomina o terceiro filtro como *O fornecimento de notícias aos meios de comunicação*, ou seja, o fato de que a maioria das reportagens veiculadas não são pesquisadas e analisadas na fonte, sendo, na realidade, um conteúdo fornecido por um informante, este diretamente interessado na divulgação da notícia.

Por último, o quarto filtro seria *as “contramedidas” e corretivos diversos como método para disciplinar os meios de comunicação*. São os *lobbies* políticos que têm o condão e o poder para pressionar os veículos de comunicação que destoam de suas vontades (Serrano, 2011, p. 28).

Dito isso, apesar de, atualmente, a desinformação estar mais interligada com o desenvolvimento das mídias digitais, o uso da desinformação como arma para alcançar objetivos políticos não é de hoje. Ao longo da história da humanidade diversos líderes políticos utilizaram-se da desinformação da população para disseminar seus ideais políticos e manipular a sociedade.

Os meios de comunicação apresentam aos cidadãos, todos os dias, problemas mundiais que assolam a humanidade, como guerra, fome, pobreza e outros. Todavia, essa informação é superficial, criando no indivíduo uma falsa sensação de informação, quando na realidade eles não questionam os motivos e origens daquele conflito, não há olhar crítico àquela informação e, por isso, a facilidade de manipulação do cidadão. O empobrecimento informativo tem como função conseguir com que o cidadão se informe dos acontecimentos, mas nunca os associe com a sua origem (Serrano, 2011, p. 41).

Propagação de mentiras e *fake news* não é um acontecimento atual e pode ser encontrada em quase todos os períodos da história, contudo, a diferença entre as *fake news* de hoje e as de antigamente está na sua forma de propagação e o alcance que ela obtém.

## **1.2 PROPAGAÇÃO DE FAKE NEWS E A MANIPULAÇÃO DO ELEITOR ATRAVÉS DAS NOVAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO**

A problemática da desinformação na era digital e as *fake news* é um tema de extrema importância a ser abordado no campo do Direito Público, em especial do Direito Eleitoral, tendo em vista que o assunto é pauta de inúmeras eleições presidenciais ao redor do mundo.

As *fake news* sempre existiram, remontam pelo menos à Idade Antiga, meados do século 6 (Victor, 2017, p. 1). Por sua vez, a preocupação da contemporaneidade com as *fake news* se dá em razão da sua capacidade de hiperpotencialização, uma vez que as informações estão submetidas à velocidade da era digital, ao imediatismo, instantaneidade, velocidade e alto potencial de propagação (Parchen, 2020).

As redes sociais criaram um espaço público virtual em substituição ao espaço público real, é preciso, portanto, para a defesa da democracia que os cidadãos saibam distinguir as proposições verdadeiras das proposições falsas e saibam reconhecer aqueles que querem engana-los, Ricardo Villas Bôas Cueva (2018, p. 168): “Além disso, as notícias falsas (*fake news*) têm o potencial de criar uma crise nos sistemas eleitorais, ao estimular grande volatilidade dos eleitorados, que se deixam guiar mais por emoções do que pela racionalidade, a qual, como se sabe, é o pressuposto da democracia”.

Por sua vez, adentrando em um viés psicológico, a mentira é uma alteração intencional, voluntária da verdade, é inerente à humanidade, por isso a dificuldade em controlá-la. A própria sociedade vive dela, o homem utiliza da fantasia para adaptar-se aos desvios organizados pela sociedade (Adrados, 1970).

Faz-se oportuno, prioritariamente, construir um conceito do que vem a ser as *fake news*. Essa tarefa não é fácil. A expressão *fake news* tem assumido significados cada vez mais diversos: ora são indicadas como *fake news* como se fossem deficientes ou parciais, ora como se fossem uma agressão a alguém ou alguma ideologia; mas, além disso, o encalço das *fake news* é a desinformação (Rais *et al.*, 2018, p. 68).

Compreende-se que o termo *fake news* deve ser evitado por dois motivos, o primeiro deles, conforme dito anteriormente, porque o fenômeno da poluição de informações vai muito além das *fake news* e o segundo, porque o termo *fake news* se transformou em uma ferramenta discursiva de líderes populistas que pretendem desqualificar informações que simplesmente não lhes agradam, Claire Wardle e Hossein Derakhshan (2017, p. 5):

In this report, we refrain from using the term ‘fake news’, for two reasons. First, it is woefully inadequate to describe the complex phenomena of information pollution. The term has also begun to be appropriated by politicians around the world to describe news organisations whose coverage they find disagreeable. In this way, it’s becoming a mechanism by which the powerful can clamp down upon, restrict, undermine and circumvent the free press.<sup>2</sup>

A partir desse diagnóstico, Wardle e Derakhshan (2017, p. 5) especificam, em três pontos, quais são os elementos constituintes de uma notícia falsa, construindo o que passou a chamar de *Information Disorder*:

*Miss-information*: são as informações erradas, mas que são compartilhadas sem a intenção de gerar danos.

*Dis-information*: é a desinformação, quando informações falsas são compartilhadas com o intuito de causar danos.

*Mal-information*: é a informação má, composta por informações genuínas, mas que quando compartilhadas têm a intenção de causar danos, muitas vezes movendo informações para o ambiente público, que deveriam permanecer privadas.

A classificação proposta por Wardle e Derakhshan abrange todas as noções de *fake news*, tendo como ponto principal o *dis-information*, que seriam elementos falsos com objetivos obscuros. Mas, seguindo as necessidades do cenário eleitoral, este artigo tratará *fake news* como sendo notícias falsas, que aparecem ser verdadeiras (Rais *et al.*, 2018, p. 69).

Nesse contexto, as chamadas *fake news* são relatos disseminados em larga escala nas redes sociais de comunicação, que em um primeiro impacto têm aparência de realidade, mas em verdade são informações inventadas ou distorcidas por pessoas interessadas nos efeitos que elas podem produzir. As *fake news* passaram a ocupar um grande espaço no campo político com as eleições presidenciais estadunidenses de 2016 (Gomes; Dourado, 2019, p. 35).

O fenômeno das *fake news* é o início de um processo de radicalização da política, pela qual, através do advento dos *smartphones*, os indivíduos passam a se considerar donos de verdades absolutas e incontestáveis, havendo uma falsa impressão de interação social e de construção de debates políticos democráticos. O fato de andar por aí com as suas “verdades” irrefutáveis no bolso ape-

2 Neste relatório, nos abstemos de utilizar o termo “fake news”, por duas razões. Em primeiro lugar, é muito insuficiente para descrever os fenômenos complexos da poluição da informação. O termo também começou a ser apropriado por políticos de todo o mundo para descrever organizações de notícias cuja cobertura consideram desagradável. Deste modo, está se tornando um mecanismo através do qual os poderosos podem reprimir, restringir, minar e contornar a imprensa livre (Wardle; Derakhshan, 2017, p. 5, tradução nossa).

nas demonstra como é grave o desconhecimento da população sobre a utilização da rede (Empoli, 2020, p. 74).

Estima-se que, em média, a notícia falsa tem 70% a mais de probabilidade de ser compartilhada na internet, isso porque a novidade, os absurdos, atraem a atenção humana; em contrapartida, uma informação verdadeira consome seis vezes mais tempo do que uma *fake news* para atingir 1.500 pessoas. A maior probabilidade de as pessoas compartilharem *fake news* do que notícias verdadeiras é o que faz impulsionar a disseminação de notícia falsa e desinformação nas redes sociais (Vosoughi; Roy; Aral, 2018).

Diariamente, as *fake news* circulam pela internet e ganham uma escala sem precedente em razão da tecnologia que existe nos algoritmos informáticos, e essa questão se faz ainda mais importante quando o seu alvo é o campo político. Em setembro de 2017 foi realizado um estudo pelo Grupo de Pesquisa em Políticas para o Acesso à Informação, que apontou que 12 milhões de pessoas difundem regularmente *fake news* sobre política no Brasil (Martins, 2017).

O caso com maior impacto internacional é, sem dúvida, o da empresa *Cambridge Analytica*, que teve acesso aos dados pessoais de 50 milhões de usuários do Facebook e os utilizou para conduzir e influenciar as eleições presidenciais estadunidenses de 2016, que resultaram na vitória do candidato republicano Donald Trump (Martins; Tateoki, 2019, p. 144).

No Brasil, as eleições gerais de 2018 foram marcadas, principalmente, pela disseminação de informações falsas a respeito da confiabilidade da urna eletrônica, acentuando um cenário de desconfiança generalizada nas instituições.

Tem-se também o polêmico tema de educação de “ideologia de gênero” no ambiente escolar, que à época das eleições presidenciais de 2018 o então candidato Jair Messias Bolsonaro fazia menções pejorativas ao referido termo, induzindo os eleitores a acreditarem que inclusão da educação sexual nas escolas persuadiria as crianças a serem homossexuais ou transexuais.

Visando ao combate às *fake news* durante as campanhas eleitorais municipais de 2020, o Tribunal Superior Eleitoral lançou o “Programa de Enfrentamento à Desinformação nas Eleições de 2020” (Brasil, [2023]), que conta com esclarecimentos sobre informações falsas divulgadas nas eleições de 2018, como a urna eletrônica, além de ações educativas de aperfeiçoamento jurídico, tecnológico e de checagem, e de combate à desinformação (Brasil, 2019). Mesmo assim, o Facebook removeu 140 mil posts com *fake news* na Eleições Municipais de 2020 (Silva, 2020).

O enfrentamento das *fake news* sempre será árduo e constante, e o Estado, como garantidor do direito fundamental à informação verdadeira, tem o dever de combater combatê-las em caráter preventivo e não repressivo, para evitar vieses de censura e imposição de verdades absolutas e de combater a desinformação com mais informação, promovendo uma mudança de cultura na sociedade para uma análise crítica da informação.

## 2 SOCIEDADE EM REDE E OS ALGORITMOS MATEMÁTICOS

Depois de abordar os conceitos de democracia, debater teorias de desinformação, seja no ambiente digital ou não, e retomar ideias fundamentais para este trabalho, como crise da democracia digital, o ambiente público, a importâncias da mídia, da troca de informações e a ausência de debate político no meio digital, interessa neste terceiro capítulo debruçar-se especificamente sobre os debates acerca das redes sociais.

A sociedade do século XXI é conhecida por inúmeras terminologias, como Sociedade da Informação, Sociedade em Rede, Sociedade do Conhecimento, Sociedade Global, Sociedade Tecnológica, Sociedade Pós-Industrial, entre outras. Cada autor dá enfoque ao assunto dos mais diferentes ângulos. Entretanto, todas essas terminologias têm o mesmo ponto em comum, isto é, discutem as mudanças da sociedade a partir do advento da internet (Squirra, 2006, p. 16).

No presente artigo, o ponto de enfoque de estudo da sociedade e a da internet será a conceção de Sociedade em Rede de Manuel Castells, segundo o qual a sociedade emergente é de base microeletrônica, na qual, através das redes tecnológicas, são fornecidas novas capacidades a uma velha forma de organização social, as redes (Castells; Cardoso, 2005, p. 17).

E para se entender corretamente a importância da informação digital na sociedade em rede, é preciso conhecer a origem da internet, que sucedeu em 1969 com a denominada ARPANET, uma rede de comunicação do Departamento de Defesa dos Estados Unidos voltada para fins militares (Castells, 1999, p. 83).

Somente em 1995 houve a abertura da internet à iniciativa privada, à medida que a APAR-  
NET deixou de ser controlada pelo governo, prenunciando a privatização da internet (Castells, 1999, p. 83). Deu-se início às comunicações dos indivíduos através das redes, o que criou a atual estrutura da internet na disseminação de hipertexto *Word Wide Web* (www) e a *Uniform Resource Locator* (URL) (Parchen, 2020, p. 27).

É possível perceber, portanto, que a rede mundial de computadores foi, e sempre será, um produto formado para atender interesses hegemônicos de Governos em suas lutas pelo controle do poder. As redes podem ser conceituadas como um conjunto de “nós” interconectados, Manuel Castells e Gustavo Cardoso (2005, p. 20):

A sociedade em rede, em termos simples, é uma estrutura social baseada em redes operadas por tecnologias de comunicação e informação fundamentadas na microelectrônica e em redes digitais de computadores que geram, processam e distribuem informação a partir de conhecimento acumulado nos nós dessas redes.

O fato é que dados pessoais e informações pessoais, no contexto da sociedade em rede, possuem enorme relevância econômica, conforme explica Irineu Francisco Barreto Junior (2007, p. 66) ao afirmar que “[...] informação o status de principal mercadoria, ou valor, a ser produzido e perseguido no terceiro milênio, reorganizando as economias capitalistas e esse modo de produ-

ção [...]"'. Dessa maneira, passando o foco para o campo político propriamente dito, é através dos rastros deixados por usuários na internet que empresas, como a *Cambridge Analytica*, obtêm êxito em manipular os usuários de redes sociais.

E este artigo, que tem como foco a manipulação de dados e a disseminação de *fake news* na seara política, passa a abordar, com profundidade, o fenômeno das redes sociais, algoritmos, *big data* e eleições.

## 2.1 A MINERAÇÃO DE DADOS E O FENÔMENO *BIG DATA*

As empresas privadas e os Governos descobriram que obter dados de usuários é a peça-chave para o controle da informação, haja vista a sociedade em rede está permeada e dependente da intensa produção e disseminação de informação, especialmente em razão da atual era tecnológica digital.

Com o avanço tecnológico, tanto de *hardware* quanto de comunicação, houve um aumento abundante na produção de dados diários, e com isso a capacidade de coletar e armazenar dados tem superado a habilidade de analisar e extraer o conhecimento destes (Castro; Ferrari, 2016, p. 40). Dessa maneira, as empresas de redes sociais, com o objetivo de selecionar dados e informações que são úteis ou não, contam com a implementação e uso da ferramenta da mineração de dados (Parchen, 2020, p. 67).

A mineração de dados faz parte de um processo conhecido como *Knowledge Discovery in Databases*, que consiste em quatro partes principais, sendo base de dados, pré-processamento de dados, mineração de dados e, por fim, validação do conhecimento. Essas quatro etapas são correlacionadas e interdependentes, maneira que o processo de mineração de dados deverá permitir que conhecimentos úteis e relevantes sejam extraídos da base de dados e validados sob diferentes perspectivas (Castro; Ferrari, 2016, p. 49). Todo esse processo visa à obtenção de conhecimento e informações:

O termo mineração de dados (MD) foi cunhado como alusão ao processo de mineração descrito anteriormente, uma vez que se explora uma base de dados (mina) usando algoritmos (ferramenta) adequados para obter conhecimento (minerais preciosos). Os dados são símbolos ou signos não estruturados, sem significado, como valores em uma tabela, e a informação está contida nas descrições, agregando significado e utilidade aos dados, como o valor da temperatura do ar. Por fim, o conhecimento é algo que permite uma tomada de decisão para a agregação de valor, então, por exemplo, saber, que vai chover no fim de semana pode influenciar sua decisão de viajar ou não para a praia (Castro; Ferrari, 2016, p. 45).

As técnicas de mineração de dados têm possibilidade de serem utilizadas a favor de Governos e empresas, e é o elemento central responsável pela parte analítica do *big data*, ou seja, pela preparação e análise das grandes massas de dados (Castro; Ferrari, 2016, p. 14).

É nessa conjectura que o fenômeno do *big data* entra em cena, sendo que a coleta massiva de dados pessoais se dá graças à presença de aparelhos e sensores na vida cotidiana (celulares, *tablets*, GPS) e devido ao crescente número de pessoas conectadas às redes sociais digitais (ITS, 2016, p. 9). Todo conteúdo produzido no âmbito das redes sociais dos aplicativos de *smartphones* e *tablets* pode ser considerado *big data*.

Apesar de um conceito relativamente novo, o *big data*, na sua raiz, é o tratamento de dados com grande velocidade, variedade e volume de informação. Essas características são sempre referenciadas como os 3Vs: “Grande volume, alta velocidade e diversidade em variedade de tipos de dados estruturados ou não sendo frequentemente referenciados temporal e espacialmente” (Kitchin, 2014, p. 68 *apud* Parchen, 2020, p. 73). Há quem acrescente a estes mais 2Vs: a veracidade e o valor dos dados (Antoniutti, 2015, p. 71).

Para Antoniutti (2015, p. 47-49), há anos a sociedade vem coletando dados e organizando-os em informações, como exemplo, o Censo. No entanto, diante das especificidades do *big data* e da consequente “datificação” da sociedade, o processo de organização de dados jamais poderia ser realizado por seres humanos, dependendo de mecanismo da inteligência artificial.

A princípio, o objetivo inicial da inteligência artificial era o desenvolvimento de técnicas computacionais sobre o processo de aprendizado. Todavia, com a evolução do processamento dos computadores, o aumento exponencial dos dados e a necessidade da sociedade em adquirir, armazenar, processar, transmitir, disseminar, gerenciar e arquivar esses dados, foi desenvolvido o aprendizado de máquina (*machine learning*), sub-campo da IA dedicado ao desenvolvimento de algoritmos e técnicas que permitam ao computador aprender (Antoniutti, 2015, p. 55; Barcelos, 2020; Silva, 2020, p. 78).

Os algoritmos são um conjunto de instruções programadas para realizar uma tarefa, produzindo um resultado a partir de algum ponto de partida e, atualmente, os algoritmos presentes nos sistemas e dispositivos eletrônicos têm cada vez mais tomado decisões e realizado avaliações e análises no lugar dos indivíduos (Doneda; Almeida, 2018, p. 141).

Assim, afirmam em seu artigo, Charles Emmanuel Parchen e Cinthia Obladen de Almenandra Freitas (2020, p. 10):

Que fique claro, portanto, que, desta forma, os algoritmos informáticos têm o condão de não só influenciar comportamentos no sentido da produção massiva de dados a serem coletados, mas também têm o potencial de influenciar o processo de tomada de decisão humana a ponto de substituí-la, principalmente quando o que está envolvido são repetições, automatismos e a cognição sumária, rápida e intuitiva. É neste sentido que se pode afirmar que a sociedade vive, portanto, sob a égide dos algoritmos informáticos e por isto pode ser cunhada como sendo a contemporânea Sociedade de Algoritmos, ou seja, aquela completamente dependente das referidas programações informáticas.

Cathy O’Neil (2020, p. 33) explica que modelos matemáticos são baseados no passado e no pressuposto de que padrões irão se repetir “[...] para criar um modelo, então, fazemos escolhas sobre o que é importante o bastante para ser incluído [...]”.

A autora de *Algoritmos de Destruição em Massa – como o big data aumenta a desigualdade e ameaça à democracia* explica que em todos os modelos haverá erros, pois são, por sua natureza, simplificações de seus criadores, e nenhum modelo consegue incluir toda complexidade do mundo real (O’Neil, 2020, p. 62). E por isso, algoritmos matemáticos são perigosos porque, apesar de sua reputação de imparcialidade, eles refletem objetivos, ideologias e falhas de seus criadores:

Desnecessário dizer, racistas não gastam muito tempo buscando dados confiáveis para treinar seus modelos deturpados. E uma vez que esse modelo se transforma em crença, torna-se programado, encucado. Ele gera suposições tóxicas, mas raramente as testa, assentando-se em dados que parecem confirmá-las e fortalecê-las. Portanto, racismo é o mais desleixado dos modelos de previsão. Ele é alimentado por coleta irregular de dados e correlações espúrias, reforçado por injustiças institucionais e contaminado por viés de confirmação. Desse modo, curiosamente, o racismo opera como muitas das ADMs que serão descritas neste livro (O’Neil, 2020, p. 37).

É fundamental analisar como governantes e cidadãos podem utilizar o poder dos algoritmos a seu favor, pois, apesar de imateriais e invisíveis, os algoritmos podem ser alterados pelos seus usuários ou pelo próprio algoritmo (Silveira, 2017, p. 271).

Silveira (2017, p. 273) apresentou em sua obra a divisão dos algoritmos estruturada por Tarleton Gillespie, que destacou seis dimensões dos algoritmos de relevância pública, ou seja, que causam implicações políticas:

A primeira diz respeito aos padrões de inclusão utilizados pelos algoritmos. Eles definem claramente o que deve ou não ser incluído em suas operações. Também são projetados para antecipar a escolha dos usuários em diversos ciclos de antecipação. Uma das principais funções dos algoritmos é a avaliação de relevância, ou seja, ser capaz de obter quais informações são mais ou menos importantes para cada pessoa. Todas as operações algorítmicas portam a promessa da objetividade, acima de opiniões e pontos de vista. Em seu emaranhamento com a prática dos usuários, os algoritmos os alteram e também são alterados por sua dinâmica. Por fim, Gillespie observou que os algoritmos produzem públicos calculados, amostras que passam a reconfigurar a visão que possuem do próprio grupo (Gillespie, 2013, p. 168 *apud* Silveira, 2017, p. 273).

Com isso, os modelos matemáticos podem se transformar em “armas de destruição matemática”, conceito elaborado pela autora Cathy O’Neil (2020, p. 49) para abordar os algoritmos mal concebidos que contenham “opacidade, escala e dano”. A partir da introdução de um algoritmo em um contexto computacional, empresas conseguem analisar informações de milhares de pessoas e compreender o comportamento humano (Antoniutti, 2015, p. 181).

No campo da publicidade, os rastros ou pegadas digitais deixadas após o uso das atividades on-line dão aos anunciantes a possibilidade de aprenderem e criarem, através dos algoritmos, perfis sobre nossas preferências e escolhas. E no campo político os algoritmos de processamento não

agem diferente, todo o poder utilizado para a venda de produtos está disponível para o direcionamento de ideias e candidatos, criando categorias diferentes de eleitores/usuários.

## 2.2 ALGORITMOS E OS FILTROS BOLHAS: O NOVO MODELO DE VIGILÂNCIA E MANIPULAÇÃO DA SOCIEDADE

Dentro do conceito de tecnologia de informação e comunicação há inúmeras formas pelas quais os indivíduos se comunicam e se informam. Com o advento da internet algumas mudanças alteraram a dinâmica nas relações que envolvem troca de informações, isto é, migrando o meio geográfico ou televisivo para o meio virtual oferecido pelas redes sociais. Contudo, o que não mudou foi o poder exercido pelas instituições sob a informação.

Segundo Foucault (1983 *apud* Bruno, 2006, p. 154), os dispositivos de vigilância moderna do indivíduo são identificados por dois elementos centrais: o olhar (ver e ser visto) e as técnicas de coleta, registro e classificação da informação sobre os sujeitos. Com isso, as instituições funcionam como observatórios de multiplicidade humana e inauguram um mecanismo de vigilância que individualiza pelo olhar.

A partir disso, ao se olhar os dispositivos de vigilância contemporâneos, depara-se, particularmente, com a vigilância digital que detém uma enorme capacidade de coleta, registro e processamento de informações sobre os indivíduos, ampliando, em escala mundial, o número de sujeitos submetidos à vigilância. Em linhas gerais, a vigilância digital é composta de três elementos principais: a informação, os bancos de dados e os perfis computacionais (Bruno, 2006, p. 154).

A vigilância digital proporciona uma forma de controle social, neste caso derivada do uso da internet pelos usuários, o que permite às instituições o controle do ciberespaço, identificando e classificando perfis por meio do acompanhamento e monitoramentos das informações trocadas na *web* (Fachini; Ferrer, 2019, p. 236).

Os rastros deixados pelos usuários quando acessam a internet são extremamente valiosos, na medida que se constrói um banco de dados sobre cada indivíduo, relatando suas preferências políticas, religiosas, econômicas, alimentares, todos os interesses e desinteresses daquele usuário. Esse procedimento é conhecido como *computer profiling*, uma lógica indutiva que determina indicadores de características ou padrões de comportamento (Bruno, 2006, p. 156-157):

A vigilância moderna instaurava uma série de rituais de observação e exame que deviam tornar as superfícies transparentes e revelar, sob os disfarces da aparência, a verdade recolhida na profundidade dos corpos e almas. Diferentemente, a vigilância digital não está tão interessada na verdade e na profundidade, mas na performance, nos fluxos de informação e comunicação. A visibilidade aí construída não corresponde ao desvelamento de uma profundidade essencial, mas à antevisão e construção de superfícies ou cenários que orientem e intervenham no campo de ações, escolhas, cuidados dos indivíduos.

Com isso, uma variedade de tecnologias de controle e vigilância emergiu dos interesses comuns do comércio e dos Governos. Dentre as atuais tecnologias de identificação têm-se: i) uso de senhas; ii) “cookies”, que são “marcadores digitais automaticamente inseridos por websites nos discos rígidos dos computadores que se conectam com ele”, e uma vez inseridos no computador, todos os movimentos on-line do usuário são automaticamente registrados pelo servidor do *website*; e iii) procedimento de autenticação, a identificação do usuário pelo servidor que é identificado por redes, por exemplo, criptografia (Castells, 2003, p. 141).

As tecnologias de vigilância se baseiam nessas tecnologias de identificação para identificar o usuário, interceptam mensagens e, através da instalação de marcadores, permitem o rastreamento de fluxos de comunicação a partir de uma localização específica e monitoram as atividades de máquinas 24 horas por dia. Uma vez coletados, os dados são contidos no banco de dados e podem ser agregados, desagregados, combinados e identificados de acordo com o objetivo daquele que está coletando (Castells, 2003, p. 141).

Empresas como Facebook e Google, por exemplo, utilizam os algoritmos para filtrar a informação e a publicidade, construindo a linha do tempo de cada usuário nas plataformas de redes sociais, elencando qual conteúdo é mais relevante para cada pessoa, personalizando individualmente a experiência de cada usuário e criando filtros bolhas invisíveis, nos quais cada usuário tem contato com pessoas e conteúdo de seu interesse (Sudbrack, 2019, p. 50).

Os filtros bolhas dão a falsa sensação de eficiência na busca de ideias e informações, quando na verdade estão restringindo a maneira como é realizada a pesquisa ou qual conteúdo é entregue para aquele usuário específico, limitando ao indivíduo o espaço de informação e, consequentemente, favorecendo a disseminação de *fake news* (Sastre; Oliveira; Belda, 2018, p. 4).

Para uma porcentagem cada vez maior de pessoas, o Facebook e outras redes sociais estão se transformando em sua fonte principal de informações, e esse consumo exclusivo de notícias através da internet dá ao indivíduo a falsa sensação de que não há um intermediador entre a notícia e o receptor da informação, pois, se antes a notícia era mediada por jornais, revistas, agora o cidadão pode acessar tudo sem um mediador (Pariser, 2012, p. 11), o que ocasiona um certo desprezo pelo jornalismo tradicional, a negação de evidências científicas e disseminação do ódio.

Em sua obra *O Filtro Invisível*, Eli Pariser desconstrói exatamente a falsa ideia de que a internet elimina a intermediação, demonstrando que o algoritmo é um mediador invisível capaz de criar bolhas ideológicas, agravar e radicalizar a polarização política, porque: os indivíduos estão sozinhos em seus filtros bolhas; a bolha de filtros é invisível; e, por fim, porque não se opta por entrar na bolha como se opta por assistir a um jornal mais progressista ou mais conservador:

Segundo, a bolha dos filtros é invisível. Os espectadores de fontes de notícias conservadoras ou progressistas geralmente sabem que estão assistindo a um canal com determinada inclinação política. No entanto, a pauta do Google não é transparente. O Google não nos diz quem ele pensa que somos ou por que está nos mostrando o resultado que vemos. Não sabemos se as suposições que o site

faz sobre nós estão certas ou erradas – as pessoas talvez nem imaginem que o site está fazendo suposições sobre elas [...]. Por fim, nós não optamos por entrar na bolha. Quando ligamos o canal Fox News ou lemos o jornal The Nation, estamos fazendo uma escolha sobre tipo de filtro que usamos para tentar entender o mundo (Pariser, 2012, p. 12).

O consumo exclusivo de notícia através de redes sociais conectadas à internet faz com que os filtros bolhas invisíveis mostrem conteúdos mais apelativos daqueles assuntos e discursos pelos quais o indivíduo já se interesse e com os quais concorda, reforçando ao usuário que as suas ideias e opiniões são as ideias verdadeiras, tirando dele a oportunidade de entrar em contato com opiniões diversas, de criar um raciocínio questionador e de interpretar e pensar os fatos de outra forma, e esse processo, na maioria das vezes, leva à radicalização das ideias e fragmentação ideológica (Sudbrack, 2019, p. 51).

### **3 EDUCAÇÃO DIGITAL NO ENFRENTAMENTO DAS *FAKE NEWS***

Dada a exposição, é inegável que para que a navegação na internet seja satisfatória e os usuários desfrutem de um fidedigno conteúdo das redes sociais, é preciso que os sujeitos tenham um nível de conhecimento e uma escolarização de qualidade, a qual inclui a educação digital.

Os algoritmos informáticos são inerentes às relações sociais, de forma que a sua capacidade de perversidade é grotesca, é capaz de fazer com que o usuário se encontre em um contexto inexorável de programações informáticas executadas dentro das redes sociais, uma espécie de bolha de entretenimento (Parchen, 2020, p. 50), espaço tecnológico no qual o meio jurídico não tem ferramentas suficientes para intervir.

Surge, portanto, a necessidade de uma resposta à real efetivação do combate às *fake news*, uma vez que já é possível observar que as más condutas digitais advêm de um comportamento exclusivo do usuário de internet, que por ausência de educação digital propaga falsas informações. Não basta a mobilização para a inclusão digital de toda a sociedade, quando esta não tem detém artifícios educacionais para se proteger dos malefícios das redes sociais.

#### **3.1 O ANALFABETISMO DIGITAL**

É possível afirmar que a sociedade, como um todo, não foi educada para o uso das TICs e, no Brasil, a situação é ainda pior, uma vez que o brasileiro tampouco tem educação básica de ensino. Dito isso, retornando à preocupação acerca da educação voltada à era digital, é evidente que o usuário não está consciente dos riscos aos quais está submetido.

O analfabetismo digital é um grande fator de exclusão do indivíduo, que pode resultar em sérias implicações sociais, políticas, jurídicas e econômicas (Malaquias, 2003, p. 7), visto que o

vazio educacional frente ao comportamento dos usuários das Tecnologias da Informação e Comunicação resulta na incidência de veiculação de *fake news* através da internet (Parchen, 2020, p. 121).

Como exemplo, pode ser citado o livro mostrado em 2018 pelo até então Deputado Federal Jair Messias Bolsonaro, que, durante campanha eleitoral presidencial, em entrevista ao Jornal Nacional, afirmou que o aludido livro seria parte do que ele chamou de “kit-gay”, afirmando que o livro já estava disponível nas bibliotecas das escolas públicas (Barragán, 2018). O Ministério da Educação, em nota oficial à imprensa, contraditou a notícia falsa, mas os prejuízos já haviam sido causados.

Denota-se, portanto, que a ausência de educação para o uso das tecnologias faz surgir os “analfabetos digitais”, pessoas que não sabem usar corretamente as tecnologias e transformam-se em vetores de maus comportamento, disseminando falsas notícias.

Para Manuel Castells e Gustavo Cardoso (2005, p. 26), “Contudo, a introdução da tecnologia só por si não assegura nem a produtividade, nem a inovação, nem melhor desenvolvimento humano”.

A participação do usuário no combate à disseminação de falsas informações é essencial, com o intuito de fortalecer sua invulnerabilidade à má informação, em razão do reduzido número de *softwares* e recursos tecnológicos de exclusão de *fake news* quando comparados com o enorme volume de notícias geradas diariamente e, para isso, a tecnologia do futuro deve promover ao usuário. Miriam Fernandez e Harith Alani (2018, p. 6):

**Empoderamento**, através da conscientização individual e coletiva de conteúdo e fontes atuais de desinformação, (2) **Engajamento**, por promover a rede e a comunicação cruzada entre os usuários, (3) **Educação**, informando os usuários sobre análises avançadas de desinformação resultados e previsões do SIS, e (4) **Incentivo** de todos os usuários a desempenham um papel na detecção, validação e combate à desinformação (Tradução nossa. Grifo nosso).

No cenário atual, o usuário se encontra sozinho, sem amparo e com a responsabilidade exclusiva de filtrar o conteúdo informacional das redes (Parchen, 2020, p. 197), conteúdo este já filtrado pelos filtros bolhas através dos algoritmos matemáticos. Portanto, somente com um processo educacional sério e rigoroso ofertado pelo Estado, por meio de políticas públicas de educação digital, será possível combater o infoapocalipse de falsas informações.

### 3.2 POLÍTICAS PÚBLICAS DE EDUCAÇÃO DIGITAL

Segundo a última Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD Contínua) realizada e divulgada pelo IBGE no ano de 2019, para verificação do acesso à Internet, televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal, no Brasil havia 183.296 pessoas com 10 anos ou mais, sendo que destas, 143.452 utilizaram Internet no quarto quadrimestre de 2019 (IBGE, 2019).

No que tange ao uso de aparelho eletrônicos, o Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (CETIC, 2020) demonstrou, em 2019, que 65.992.169

domicílios brasileiros possuem telefone celular, 11.484.971 computadores de mesa, 18.500.163 computadores portáteis e 9.198.215 *tablets*.

Esse grande número de brasileiros conectados à rede se dá em razão das políticas públicas de inclusão digital, isto é, desde 1995 são realizadas no Brasil políticas públicas de inclusão digital, visando à democratização do acesso às tecnologias da informação para toda a população, que caminham entre programas de tecnologia educacional nas escolas, até a isenções fiscais aos comerciantes de aparelhos eletrônicos. Ocorre que a propagação de aparatos tecnológicos não se fez acompanhar da necessária educação para o uso (Gomes; Duarte; Rocillo, 2020, p. 25).

É latente e urgente que o Governo Federal crie política públicas de educação digital para o uso correto das tecnologias, afim de garantir o combate a desinformação e disseminação de *fake news*, além de garantir a autodeterminação e a emancipação da sociedade, Charles Emmanuel Parchen, Cinthia Obladen de Almendra Freitas e Tássia Teixeira de F. B. E Cavalli (2020, p. 134):

Diante deste cenário de incertezas e iminentes riscos, serve o presente estudo para alertar acerca da necessidade de o Governo Federal brasileiro preencher o mencionado vazio da incompreensão por meio de ações afirmativas consubstanciadas em políticas públicas de educação para o bom e correto uso das tecnologias, até como forma de se atender o disposto na Constituição da República e na legislação infraconstitucional já existente no país.

Otavio Frias Filho (2018, p. 44) em seu artigo “O que é falso sobre *fake news*”, afirma:

Em última análise, o mais eficiente anteparo contra as fake news – a melhor barreira de proteção da veracidade – continua sendo a educação básica de qualidade, apta a estimular o discernimento na escolha das leituras e um saudável ceticismo na forma de absorvê-las.

Nessa perspectiva, as políticas públicas brasileiras de inclusão se apresentam descentralizadas, pois não há um plano nacional de educação digital da população, sendo em sua maioria políticas de desenvolvimento para o setor de telecomunicações. Ou seja, há infraestrutura da rede para que chegue internet em todos os lares brasileiros.

Difundir internet ou colocar mais computadores nas escolas não é, por si só, suficiente para provocar grandes mudanças sociais (Castells; Cardoso, 2005, p. 19). Para que isso ocorra faz-se necessária a presença de políticas públicas de alfabetização midiática e informacional, como então possibilidade para o enfrentamento de *fake news* (Santos; Almeida, 2022, p. 11).

É inegável que para que a navegação na internet seja satisfatória e os usuários desfrutem de um fidedigno conteúdo da rede mundial de computadores, é preciso que esses sujeitos tenham um nível de conhecimento e de uma escolarização de qualidade, a qual inclui a educação digital.

A necessidade de políticas públicas de educação digital é latente, pois a desinformação está sendo experimentada em um grau nunca visto antes. Desta maneira, é preciso levar em conta o atual cenário político mundial, que está eivado de insegurança jurídica, discursos de ódio, ataques

à Democracia e polarização política, um ambiente perfeito para a disseminação de falsas notícias (Parchen, 2020, p. 128).

Serve o presente estudo como alerta acerca da urgente atuação do Governo Federal brasileiro para criação de políticas públicas de educação digital, com fim ao correto e bom uso das tecnologias, como instrumento adequado à garantia dos direitos constitucionais e infraconstitucionais.

A Constituição Federal do Brasil (art. 6) garante aos cidadãos o direito social à educação, sendo possível a interpretação do artigo 24, inciso IX em conjunto com o art. 7º do Plano Nacional de Educação, que estabelece a responsabilidade solidária entre a União, Estados e Municípios para a garantia da educação (Brasil, 1988, 2014b).

No que tange às garantias infraconstitucionais de acesso e direito à educação, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, Lei nº 9.394/1996, que determina a finalidade do ensino básico, médio e superior, foi alterada pela Lei nº 13.145/2017, para incluir 4 áreas de educação vinculadas à tecnologia (Brasil, 1996, 2017).

Não obstante, o Marco Civil da Internet, Lei nº 12.968/2014 (Brasil, 2014a), estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet e obriga o Estado à prestação de educação aos cidadãos para que façam o uso seguro, consciente e responsável da rede:

Art. 26. O cumprimento do dever constitucional do Estado na prestação da educação, em todos os níveis de ensino, inclui a capacitação, integrada a outras práticas educacionais, para o uso seguro, consciente e responsável da internet como ferramenta para o exercício da cidadania, a promoção da cultura e o desenvolvimento tecnológico (Brasil, 2014a).

Desta forma, verifica-se que a melhor solução para o enfrentamento das *fake news* é a implementação de políticas públicas de educação digital pelo Governo Federal e denota-se que a Constituição Federal, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, o Plano Nacional de Educação e o Marco Civil da Internet trazem a obrigação de uma educação digital pelo Estado que seja capaz de atingir o papel educacional a respeito da responsabilidade, função social e correto uso das tecnologias, em especial das redes sociais.

## CONCLUSÃO

As transformações e os questionamentos vivenciados pela sociedade obrigam os profissionais do direito e de outras áreas a pesquisar, discutir e atualizar-se, de maneira multidisciplinar, quanto aos aspectos sociais e jurídicos do meio em que vivem.

Somam-se a essas transformações a velocidade que o desenvolvimento das novas tecnologias ocasionou e permanentemente continuará a ocasionar na sociedade. Desta forma, o presente estudo analisou os riscos que redes sociais, como exemplo, o Facebook, podem provocar na estrutura do Estado Democrático de Direito.

Não obstante, foi possível verificar que a disseminação de informações falsas não é uma nova estratégia, ou seja, a desinformação da sociedade em prol de Governos é utilizada desde o início da civilização, mas a nova era tecnológica, em razão do grande volume, velocidade e variedade de informações causa uma necessidade do despertar da sociedade e dos governantes, para coibir que a sociedade seja desinformada e viva em bolhas informativas.

Trata-se de um tema de extrema importância, haja vista que a garantia fundamental à informação, comunicação e expressão está calcada em fatos tidos como verdadeiros e não na liberdade de desinformação de uma sociedade, por isso, a necessidade de uma política pública de educação digital como tentativa de impedir um infoapocalipse de falsas informações.

Sob a luz de uma sociedade em rede, o presente estudo concluiu que a distribuição de conteúdo no meio digital é difusa, cada usuário é capaz de criar e distribuir a informação que quiser, não há mais um intermediador humano nas relações informacionais, isto é, a sociedade não mais depende de jornais, revista ou da televisão para se informar e isso, em partes, dá abertura para a disseminação das *fake news*.

O fenômeno Big Data, por sua vez, demonstra ser um enorme desafio no combate à disseminação de falsas informações, pois, conforme demonstrado, os algoritmos matemáticos de processamento, os atuais intermediadores da informação que dão estrutura ao Big Data, em determinados momentos, podem se transformar em “armas de destruição matemática”, visto que atuam fora do alcance de visão da população e, ainda, são contemplados pela objetividade matemática.

Os algoritmos matemáticos são capazes de criar filtros bolhas de acordo com a ideologia, religião, orientação sexual de cada indivíduo, na medida que as redes sociais de cada usuário passam a apresentar a eles somente informações e notícias com as quais eles concordam, ou seja, o indivíduo passou a parar de questionar as informações que chegam até ele, pois todas elas estão de acordo com as suas crenças.

Demonstrou-se que grande parte da população mundial possui dificuldades quando se diz respeito ao meio digital, mas que em casos de países como o Brasil, no qual o ensino básico é precário, a falta de habilidade para verificação de conteúdos é ainda maior, uma vez que a alta capacidade de disseminação se dá também em razão de uma sociedade desinformada.

Diante disso, o quarto capítulo do presente estudo conclui que se faz necessária a urgente iniciativa do Estado para formulação de políticas públicas de educação digital, para além do combate à disseminação de falsas informações, em busca da garantia dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana. Não bastam políticas de isenção fiscal e de inclusão tecnológica nos lares brasileiros, quando o cidadão é eivado de educação para consumir os conteúdos via novas tecnologias.

No mais, verificou-se que somente diante de políticas públicas de educação digital é que o infoapocalipse de falsas informações poderá ser combatido, visto que os desafios de controle dos algoritmos matemáticos são incontroláveis, sendo, portanto, necessário educar a população para um olhar mais crítico às informações consumidas nas redes sociais.

## REFERÊNCIAS

ADRADOS, Isabel. Estudo de casos: a mentira na criança. **Arquivos Brasileiros de Psicologia**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 1, p. 41-47, jan./mar. 1970. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/abpa/article/download/16392/15199/32001>. Acesso em: 19 set. 2021.

ANTONIUTTI, Cleide Luciane. **Uso do big data em campanhas eleitorais**. 2015. Tese (Doutorado em Ciência da Informação) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://ridi.ibict.br/handle/123456789/849>. Acesso em: 19 set. 2021.

BARCELOS, Júlia Rocha de. **Big data, algoritmos e microdirecionamento: desafios para a regulação da propaganda eleitoral**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito Político) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2020. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1843/DIRS-BELHWW>. Acesso em: 19 set. 2021.

BARRAGÁN, Almudena. Cinco “fake News” que beneficiaram a candidatura de Bolsonaro. **El País**, Madrid, 19 out. 2018. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2018/10/18/actualidad/1539847547\\_146583.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/10/18/actualidad/1539847547_146583.html). Acesso em: 19 set. 2021.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Atualidade do conceito sociedade da informação para a pesquisa jurídica. In: PAESANI, L. M. (coord.). **O direito na sociedade da informação**. São Paulo: Atlas, 2007.

BOQUADY, Natália Ribeiro Levy. **Democracia e internet: os impactos das mídias digitais nas eleições gerais de 2018**. 2018. 86 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2018. Disponível em: <https://bdm.unb.br/handle/10483/22019>. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constiticao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constiticao.htm). Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. Justiça Eleitoral. **Programa de enfrentamento à desinformação**. Brasília, DF: Justiça Eleitoral, [2023]. Disponível em: <https://www.justicaeleitoral.jus.br/desinformacao/#plano-estrategico>. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. **Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2014a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm). Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.005, de 25 de junho de 2014**. Aprova o plano nacional de educação - PNE e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2014b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L13005.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13005.htm). Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.415, de 16 de fevereiro de 2017**. Altera a lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13415.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13415.htm). Acesso em: 19 set. 2021.

**BRASIL. Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996.** Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm). Acesso em: 19 set. 2021.

**BRASIL. Resolução n. 23.610, de 18 de dezembro de 2019.** Dispõe sobre propaganda eleitoral, utilização e geração do horário gratuito e condutas ilícitas em campanha eleitoral. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-610-de-18-de-dezembro-de-2019>. Acesso em: 20 abr. 2021.

BRUNO, Fernanda. Dispositivos de vigilância no ciberespaço: duplos digitais e identidades simuladas. **Fronteiras**, São Leopoldo, v. 8, n. 2, p. 152-159, jun. 2006. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/fronteiras/article/view/6129>. Acesso em: 19 set. 2021.

BUNING, Madeleine de Cock; GABRIEL, Mariya. **A multi-dimensional approach to disinformation:** report of the independent high level group on fake news and online desinformation. Bruxelas: European Commission, 2018.

CASTELLS, Manuel. **A era da informação:** economia, sociedade e cultura: a sociedade em rede. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet:** reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (org.). **A sociedade em rede:** do conhecimento à ação política. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 2005.

CASTRO, Leando Nunes de; FERRARI, Daniel Gomes. **Introdução à mineração de dados:** conceitos básicos, algoritmos e aplicações. São Paulo: Saraiva, 2016.

CETIC – CENTRO REGIONAL DE ESTUDOS PARA O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO. **Microdados TIC domicílios:** 2019: domicílios. São Paulo: CETIC, maio 2020. Disponível em: <https://www.cetic.br/pt/arquivos/domicilios/2019/domicilios/>. Acesso em: 19 set. 2021.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Alternativa para a remoção de fake news das redes sociais. In: ABBOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo Rezende; NERY JUNIOR, Nelson (org.). **Fake news e regulação.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

DONEDA, Danilo; ALMEIDA, Virgílio A. F. O que é a governança de algoritmos?. In: BRUNO, Fernanda; CARDOSO, Bruno; KANASHIRO, Marta; GUILHON, Lucas; MELGACO, Luciana (org.). **Tecnopolíticas da vigilância:** perspectivas da margem. São Paulo: Boitempo, 2018.

EMPOLI, Giuliano. **Os engenheiros do caos.** São Paulo: Vestígio, 2020.

FACHINI, Elaine Cristina Sotelo; FERRER, Walkiria Martinez Heinrich. Biopolítica e biopoder como forma de intervenção na ordem econômica e de controle social: a lei geral de proteção de dados como inibitória da manipulação social. **Revista de Direito UFMS**, Campo Grande, v. 5, n. 2, p. 226-246, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/revdir/article/view/9153>. Acesso em: 19 set. 2021.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação:** teoria e proteção constitucional. 2001. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/79426>. Acesso em: 20 abr. 2021.

FERNANDEZ, Miriam; ALANI, Harith. Online misinformation: challenges and future directions. In: THE WEB CONFERENCE COMPANION, 2018, New York. **Proceedings** [...]. New York: ACM, 2018. p. 595-602. DOI: <https://dl.acm.org/doi/10.1145/3184558.3188730>

FRIAS FILHO, Otavio. O que é falso sobre fake news. **Revista USP**, São Paulo, n. 116, p. 39-44, maio 2018. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i116p39-44>

GOMES, Ana Bárbara; DUARTE, Felipe; ROCILLO, Paloma. **Inclusão digital como política pública:** Brasil e América do Sul em perspectiva. Belo Horizonte: Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 2020.

GOMES, Wilson da Silva; DOURADO, Tatiana. Fake news, um fenômeno de comunicação política entre jornalismo, política e democracia. **Revista Acadêmica Semestral do Programa de Pós-Graduação em Jornalismo da UFSC**, Florianópolis, v. 16, n. 2, p. 33-45, nov. 2019. DOI: <https://doi.org/10.5007/1984-6924.2019v16n2p33>

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. PNAD contínua: pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua. **IBGE**, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/17270-pnad-continua.html?edicao=30362&t=resultados>. Acesso em: 19 set. 2021.

ITS – INSTITUTO DE TECNOLOGIA & SOCIEDADE DO RIO. **Big data no projeto sul global:** relatório sobre estudos de caso. Rio de Janeiro: ITS, 2016. Disponível em: [https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/01/ITS\\_Relatorio\\_Big-Data\\_PT-BR\\_v2.pdf](https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/01/ITS_Relatorio_Big-Data_PT-BR_v2.pdf). Acesso em: 20 abr. 2021.

MAGRANI, Eduardo. **Democracia conectada:** a internet como ferramenta de engajamento político-democrático. Curitiba: Juruá, 2014.

MALAQUIAS, Bruno Pires. **O analfabetismo digital.** Recife: Instituto Brasileiro de Direito da Informática, 2003.

MARTINS, Alexandra. Na web, 12 milhões difundem fake news políticas. **Estadão**, São Paulo, 17 set. 2017. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,na-web-12-milhoes-difundem-fake-news-politicas,70002004235>. Acesso em: 20 abr. 2021.

MARTINS, Marcelo Guerra; TATEOKI, Victor Augusto. Proteção de dados pessoais e democracia: fake news, manipulação do eleitor e o caso da Cambridge Analytica. **Direito e Sociedade**, Canoas, v. 7, n. 3, p. 135-148, out. 2019. DOI: <https://doi.org/10.18316/redes.v7i3.5610>

O’NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa:** como o big data aumenta a desigualdade e ameaça à democracia. Santo André: Rua do Sabão, 2020.

PARCHEN, Charles Emmanuel. **O direito de livre decisão no contexto da sociedade de algoritmos em redes sociais.** 2020.Tese (Doutorado em Direito Econômico e Socioambiental) – Pon-

tífica Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020. Disponível em: <https://archivum.grupo-marista.org.br/pergamentoweb/vinculos/00008c/00008cc3.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021.

PARCHEN, Charles Emmanuel; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; CAVALLI, Tássia Teixeira de F. B. E. As fake news na era digital e a ausência de políticas públicas de educação para o uso das tics1. **Culturas Jurídicas**, Niterói, v. 7, n. 16, jan./abr. jun. 2020. DOI: <https://doi.org/10.22409/rcj.v7i16.627>

PARISER, Eli. **O filtro invisível**: o que a internet está escondendo de você. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

RAIS, Diogo; FALCÃO, Daniel; GIACCHETTA, André Zonaro; MENEGUETTI, Pamela. **Direito eleitoral digital**. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

SANTOS, Priscila Costa; ALMEIDA, Maria Elizabeth Bianconcini de. Educação e fake news: construindo convergências. **Exitus**, Santarém, v. 10, mar. 2022. DOI: <https://doi.org/10.24065/2237-9460.2020v10n1ID1216>

ASTRE, Angelo; OLIVEIRA, Claudia Silene Pereira de; BELDA, Francisco Rolfsen. A influência do “filtro bolha” na difusão de fake news nas mídias sociais: reflexões sobre as mudanças nos algoritmos do facebook. **Geminis**, São Carlos, v. 9, n. 1, p. 4-17, jun. 2018. DOI: <https://doi.org/10.4322/2179-1465.0901001>

SERRANO, Pascual. **Desinformação**: como os meios de comunicação ocultam o mundo. Rio de Janeiro: Espalhafato, 2010.

SILVA, Victor Hugo. Facebook removeu 140 mil posts com fake news nas eleições 2020. **Tecnoblog**, Americana, 24 nov. 2020. Disponível em: <https://tecnoblog.net/387767/facebook-removeu-140-mil-posts-com-fake-news-nas-eleicoes-2020/>. Acesso em: 20 abr. 2021.

SILVEIRA, Sergio Amadeu. Governo dos algoritmos. **Revista de Políticas Públicas UFMA**, São Luís, v. 21, n. 1, p. 267-281, jul. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.18764/2178-2865.v21n1p267-281>

SQUIRRA, Sebastiao Carlos de Moraes. Sociedade do conhecimento. **Comunicação & Sociedade**, São Bernardo do Campo, v. 27, n. 45, p. 11-22, 2006. DOI: <https://doi.org/10.15603/2175-7755/cs.v27n45p11-22>

SUDBRACK, Shana. **Desordens informativas e bolhas ideológicas na campanha eleitoral 2018**: os impactos do uso do facebook no comportamento eleitoral. 2019. Dissertação (Mestrado em Comunicação e Informação) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10183/207752>. Acesso em: 19 set. 2021.

TEIXEIRA, Renato Francisquini. **Democracia, liberdade de expressão e o valor equitativo das liberdades comunicativas**. 2014. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. DOI 10.11606/T.8.2014.tde-23012015-184904

VICTOR, Fabio. Notícias falsas existem desde o século 6, afirma historiador Robert Darnton. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 19 fev. 2017. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrisima/2017/02/1859726-noticias-falsas-existem-desde-o-seculo-6-afirma-historiador-robert-darnton.shtml>. Acesso em: 20 abr. 2021.

VOSOUGHI, Soroush; ROY, Deb; ARAL, Sinan. The spread of true and false news online. **Science**, Washington, DC, v. 359, p. 1146-1151, mar. 2018. DOI 10.1126/science.aap9559

WARDLE, Claire; DERAKHSHAN, Hossein. **Information disorder**: toward an interdisciplinary framework for research and policy making: Council of Europe report 27. Estrasburgo: Council of Europe, 2017.

Recebido em: 23/11/2021

Aceito em: 18/03/2023

# DA LEGALIDADE E DA CONSTITUCIONALIDADE DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS NAS OPERAÇÕES DE STREAMING

## LEGALITY AND CONSTITUTIONALITY OF THE SERVICE TAX ON STREAMING OPERATIONS

Gilson Pacheco Bomfim\*  
Gustavo da Gama Vital de Oliveira\*\*

\*Mestre e Doutorando em Finanças Públicas, tributação e desenvolvimento pela UERJ. Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito Tributário da Faculdade Mackenzie Rio. Procurador da Fazenda Nacional.

\*\*Mestre e Doutor em Direito Público pela UERJ. Professor Adjunto de Direito Financeiro e Direito Tributário na Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ (graduação, mestrado e doutorado). Procurador do Município do Rio de Janeiro. Advogado. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7360-8821>

**Como citar:** BONFIM, Gilson Pacheco; OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. Da legalidade e da constitucionalidade do imposto sobre serviços nas operações de streaming. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 19, n. 2, p. 109-130, jul. 2024. DOI: 10.5433/1980-511X.2024.v19.n2.p109-130. ISSN: 1980-551X.

**Resumo:** O presente trabalho busca analisar a tributação indireta incidente sobre as operações de streaming, especialmente a legalidade e a constitucionalidade de normas federais e estaduais que submetem essas atividades ao ISS ou ao ICMS. Para tanto, após uma breve conceituação dessa espécie de tecnologia, o trabalho se dedica a estudar dispositivos específicos da LC nº 116/2003 (Brasil, 2003), que passaram a prever operações identificadas com o streaming no campo de tributação do ISS, e sua compatibilidade com a Constituição Federal (Brasil, 1988). A pesquisa utiliza a revisão da literatura especializada e a análise da jurisprudência do STF acerca do significado da expressão “serviços de qualquer natureza” como método de trabalho. Constatou-se que, além de estarem previstos na LC nº 116/2003 (Brasil, 2003), os serviços de streaming envolvem obrigações mistas ou complexas, onde se conjugam de forma inseparável obrigações de dar e de fazer em um mesmo negócio jurídico, fato que autoriza a tributação por ISS, conforme precedentes do STF. Os julgamentos recentes da ADI nº 5.659 (Brasil, 2021) e da ADI nº 5.958 (Brasil, 2018) seguem essa mesma linha, tendo sido firmadas sólidas premissas no sentido da constitucionalidade e da legalidade da incidência de ISS sobre serviços de streaming, afastando-se, por outro lado, qualquer tributação dessas operações por ICMS.

**Palavras-chave:** tributação; streaming; ISS versus ICMS.

**Abstract:** The present work seeks to analyze the indirect taxation on streaming operations, specially the lawfulness and constitutionality of federal and state rules which predict the incidence of ISS or ICMS on such operations. Therefore, after a brief conceptualization of this kind of technology, the study is directed to verify specific provisions of the LC nº 116/2003 (Brasil, 2003) that have dealt with operations identified as streaming in the tax service field, and its compatibility with the Federal Constitution (Brasil, 1988). The research made use of specialized literature review and the analysis of STF jurisprudence concerning the meaning of “services of any nature” as its working method. It was found that, besides being mentioned in LC nº 116/2003 (Brasil, 2003), streaming services engages mixed or complex obligations, where are combined, in

an inseparable way, obligations to give and to do in the same legal transaction, fact that allows the ISS taxation in accordance to STF precedentes. The judgements of ADI nº 5.659 (Brasil, 2021) and ADI nº 5.958 (Brasil, 2018) followed the same line, firming solid premises right to the constitutionality and lawfulness of ISS incidence on streaming platform, on the other hand moving away from the idea of ICMS taxation on such media operations.

**Keywords:** taxation; streaming; ISS *versus* ICMS.

## INTRODUÇÃO

A evolução tecnológica impõe reflexão sobre as políticas fiscais e modelos de tributação existentes (Brandão Júnior; Piscitelli, 2020, p. 19), de modo a adaptá-los aos novos modelos de negócios e manifestações de riqueza. No Brasil, essa adaptação dos modelos tributação enfrenta (pelo menos) dois sérios problemas, quais sejam: 1) um tipo de federação de três esferas ou camadas (União, Estados e Municípios) e 2) uma busca constante dos Entes por mais receitas tributárias. Esses problemas têm gerado incerteza e insegurança quanto à correta incidência tributária sobre bens e serviços relacionados à Economia Digital, gerando um ambiente confuso para contribuintes e fiscos.

Evidentemente, a tributação das operações envolvendo *streaming*, que se insere dentro do modelo das operações relacionadas à Economia Digital, não passaria incólume a esse cenário de grande incerteza, insegurança e, por vezes, guerra fiscal entre os Entes integrantes da federação brasileira, especialmente em virtude de ser uma das atividades que mais tem movimentado recursos financeiros nos últimos anos.

Nessa linha, o presente trabalho pretende analisar a tributação indireta incidente sobre as operações de *streaming*, verificando a constitucionalidade e legalidade dos dispositivos constantes da LC nº 116/2003 (Brasil, 2003), que, após mudanças ocorridas nos últimos anos, passaram a prever essas operações como passíveis de tributação por ISS (Imposto sobre Serviços).

Para tanto, após uma breve conceituação do objeto do estudo (*streaming*) e sua importância no mundo atual, o estudo não se furtará a analisar como a jurisprudência do STF vem encarando nos últimos anos o conteúdo da expressão “serviços de qualquer natureza” prevista no texto constitucional como apta a ensejar a instituição do ISS (art. 156, III, CF/88) (Brasil, 1988), bem como sua influência para análise da constitucionalidade e legalidade da submissão das operações envolvendo *streaming* ao campo de incidência do ISS, conforme previsão na LC nº 116/2003 (Brasil, 2003).

O Convênio Confaz ICMS nº 106/2017, que buscou disciplinar os procedimentos de cobrança do ICMS incidente nas operações com bens e mercadorias digitais ocorridas por meio de transferência eletrônica de dados, em aparente descompasso com os dispositivos da LC nº 116/2003, também será objeto de análise, assim como a ADI nº 5.958/2018, que analisou sua constitucionalidade (Brasil, 2003, 2017, 2018).

Por último, o presente trabalho também se dedica a pesquisar as hipóteses de incidência do ICMS sobre serviços de comunicação (art. 155, II, CF/88) (Brasil, 1988), verificando se as operações de *streaming* se enquadrariam ou não no seu campo de incidência.

## 1 ECONOMIA DIGITAL E STREAMING – CONCEITUAÇÃO E RELEVÂNCIA

A expressão Economia Digital é comumente utilizada para fazer referência às atividades econômicas que são realizadas ou desenvolvidas por meio do uso da tecnologia digital. Inserida em um contexto de desmaterialização ou virtualização das relações econômicas e sociais, a Economia Digital caracteriza-se por modelos de negócios onde a ação humana e a presença física no local onde a atividade é desenvolvida são cada vez menos importantes (Faria; Maitto; Monteiro, 2018, p. 12).

Um dos fenômenos econômicos mais importantes desde a Revolução Industrial, a Economia Digital vem operando uma revolução silenciosa e disruptiva nos modelos de negócios até então convencionais. A economia tradicional, predominantemente baseada em um modelo econômico alicerçado em bens, mercadorias ou tangíveis, vai sendo suplantada por sistema baseado em serviços, funcionalidades e intangíveis.

Os modelos de negócios envolvendo a tecnologia denominada *Streaming* ocupam lugar de destaque na Economia Digital, provocando uma mudança de paradigmas. Segundo José Eduardo Soares de Melo (2018, p. 273), o *streaming* (fluxo de mídia<sup>1</sup>) é a tecnologia que, utilizando-se da rede mundial de computadores, permite a transmissão de dados e informações de forma contínua, sem a necessidade de que o usuário realize o *download* dos arquivos a serem executados.

Conforme elucida Alberto Macedo (2018, p. 514), a transmissão é feita de forma contínua, enquanto a pessoa está ouvindo/assistindo o conteúdo, através de um sistema de *buffer*<sup>2</sup>, que permite o armazenamento do arquivo aos poucos e a transmissão/reprodução aos que estão ouvindo e/ou assistindo. Em outras palavras: o usuário consegue ouvir e/ou assistir a música /vídeo quase que ao mesmo tempo em que os dados/arquivos são transferidos em um fluxo contínuo.

Em regra, as informações não são armazenadas pelo usuário em seu próprio computador, não havendo armazenagem de arquivos no disco rígido (HD) para reprodução posterior. Conforme muito bem destacado por Tathiane Piscitelli (2020, p. 35), no *streaming*, não há cessão definitiva do áudio e/ou vídeo, mas acesso<sup>3</sup>, ilimitado no mais das vezes, do conteúdo, mediante o pagamento de assinatura mensal, no caso dos serviços de *streaming* pagos.

Relevante apontar ainda que o *streaming* é uma alternativa muito mais interessante do que *download* de conteúdo digital, eis que permite a visualização do conteúdo acessado sem que haja demora na disponibilização, bem como não demanda a “gravação” ou “arquivamento” do conteúdo no disco rígido do usuário, permitindo, ainda, a transmissão ao vivo de qualquer evento através da internet (Nogueira; Maciel; Belchior, 2021, p. 60).

1 No campo da informática, o termo *streaming* significa fluxo de mídia, ou seja, uma transmissão de dados da maneira contínua, de modo que o conteúdo seja disponibilizado ao mesmo tempo que é transmitido (Nogueira; Maciel; Belchior, 2021, p. 59)

2 *Buffer*, em informática, de acordo com o significado constante no dicionário Cambridge, é a parte da memória de um computador que armazena os dados temporariamente antes de seu processamento (*Buffer*, [2023]).

3 Como bem observado por José Eduardo Soares de Melo (2018, p. 274), diferentemente do que ocorria há alguns anos, o que passa a ser importante é o acesso, e não mais a propriedade ou a posse do conteúdo físico ou virtual.

O número cada vez maior de pessoas com acesso à internet mais veloz, o baixo custo dos serviços pagos de *streaming* e o isolamento social decorrente da pandemia de covid-19 têm impulsionado significativamente essa modalidade de serviço. Dados recentes apontam que os serviços de *streaming* já possuem mais de 1 bilhão de assinantes no mundo, com aumento de receita de 34% em 2020 (Silva, 2021).

Contudo, a falta de consenso quanto a alguns pontos dessa nova realidade imposta pela Economia Digital, bem como a incerteza sobre qual tributo deve incidir sobre as operações ou serviços de *streaming* têm gerado bastante incerteza e insegurança para contribuintes, plataformas e fiscos envolvidos.

Na verdade, repete-se aqui algo que já vem ocorrendo há algum tempo: conflitos entre Estados e Municípios quanto à competência para tributar bens e serviços relacionados à economia digital (*softwares*, programas de computador, jogos eletrônicos, aplicativos, arquivos eletrônicos e congêneres etc.) e suas respectivas operações de cessão ou transmissão. Tais conflitos têm se multiplicado nos últimos anos, especialmente diante do substancial crescimento de operações virtualizadas ou realizadas via internet.

A análise da correta incidência tributária sobre as operações de *streaming* não pode prescindir da análise de como o Supremo Tribunal Federal vem lidando ao longo do tempo com zonas de penumbra ou conflitos entre ISS e ICMS, assim como a correta delimitação do conteúdo da expressão “serviços de qualquer natureza”, cuja presença é indispensável para a imposição tributária do ISS, conforme artigo 156, III, CF/88 (Brasil, 1988)<sup>4</sup>.

## 2 CONTEÚDO OU SIGNIFICADO DA EXPRESSÃO “SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA” NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Nas últimas duas décadas, o Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de examinar diferentes situações em que se discutia a inclusão de determinada atividade no “conceito” de “prestação de serviço” para os efeitos de incidência de ISS.

Destaque-se, à guisa de exemplo, o caso de locações de bens móveis (RE nº 116.121) (Brasil, 2000); das operações de *leasing financeiro* e *lease-back* (RE nº 592.905 e RE nº 547.245) (Brasil, 2009a, 2009b); das atividades realizadas pelas operadoras de planos de saúde (RE nº 651.703); das operações envolvendo os contratos de franquia (RE nº 603.136) (Brasil, 2020b); das atividades de locação, sublocação e arrendamento de ferrovia, rodovia, postes, dutos, cabos e condutos (ADI nº 3.142) (Brasil, 2020a); das operações envolvendo programas de computador ou *softwares* (RE nº 176.626, ADI nº 5.958 e ADI nº 5659) (Brasil, 2018, 2021). Sem dúvida nenhuma, o posicionamento

<sup>4</sup> Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar (Brasil, 1988).

firmado pelo STF nesses casos tem influenciado e direcionado as discussões envolvendo a matéria, com evidentes repercussões nos negócios envolvendo a Economia Digital.

De início, é impossível não reconhecer a importância que o resultado e os debates travados no RE nº 116.121 (Brasil, 2000) têm para as discussões relacionadas à limitação ou não da incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) somente sobre “obrigações de fazer”. Indiscutivelmente, o resultado desse *leading case* impactou sobremaneira o tema, conferindo legitimidade e força à tese que defende que o âmbito de incidência constitucional do ISS estaria limitado a negócios jurídicos materializados em “obrigações de fazer”.

De fato, após chancelar por muitos anos uma ideia de prestação de serviço vinculada a uma utilidade econômica, permitindo, por exemplo, que fossem tributadas operações de locações de guindaste, o STF, em outubro de 2000, no RE nº 116.121 (Brasil, 2000), revisou sua jurisprudência, acolhendo a tese de a Constituição Federal teria incorporado um conceito de prestação de serviços mais restrito, vinculado ao conceito positivado no Código Civil (Velloso, 2012, p. 537).

Leitura do acórdão prolatado no citado julgamento revela que o entendimento vencedor foi construído com base no primado da legislação civil como fonte de interpretação para o conceito de serviço (levando-se em conta a disciplina do artigo 110 do CTN)<sup>5</sup>, bem como na clássica dicotomia civilista que divide as obrigações entre “dar” e “fazer”, restringindo-se, no aludido julgamento, o campo de incidência do ISS aos negócios jurídicos que materializassem “obrigações de fazer”.

Na ocasião, discutia-se a incidência de ISS sobre atividade de locação de guindastes. Considerou-se que a mera locação de guindastes, por não revelar esforço humano, enquadraria-se na categoria das “obrigações de dar”, não sendo viável a cobrança de ISS, que somente incidiria nos casos de “obrigações de fazer”. Tal tese, inclusive, serviu de fundamento para edição da súmula vinculante nº 31 do STF (Brasil, 2016b)<sup>6</sup>.

Como já dito, embora o STF tenha se debruçado, nas últimas duas décadas, diversas vezes sobre a discussão, enfrentando o tema sob diversos prismas, a ideia de que o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) somente incidiria sobre operações ou negócios jurídicos que envolvessem obrigações de fazer ganhou força, passando a ser usada com bastante frequência para se tentar evitar a tributação de ISS em operações que não enquadram perfeitamente na clássica distinção civilista de obrigações de dar ou fazer.

Contudo, a partir do exame dos RE nº 592.905 e RE nº 547.245 (Brasil, 2009a, 2009b) (ambos de relatoria do Ministro Eros Grau), percebe-se uma “atualização” da jurisprudência do STF. Nessas casas, o STF definiu que incide ISS sobre as operações de *leasing financeiro* e *lease-back*, por

<sup>5</sup> Art. 110 do CTN. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias (Brasil, 1966).

<sup>6</sup> É inconstitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS sobre operações de locações de bens móveis (Brasil, 2016b).

entender os citados negócios jurídicos configurariam prestações de serviço de qualquer natureza, justificando a incidência de ISS.

A partir desses julgamentos, o Pleno do STF passou a consignar que a diferença entre “obrigações de dar” e “obrigações de fazer” seria, em diversos casos insuficiente para solucionar as controvérsias envolvendo a incidência de ISS sobre determinada operação, devendo a clássica dicotomia civilista ser interpretada com temperamentos. Na mesma linha, a Corte também passou a entender que o conteúdo da expressão “serviços de qualquer natureza”, prevista no art. 156, III, da CF/88, não deveria ser interpretado exclusivamente nos termos da legislação civil (Brasil, 1988).

No ano de 2016, no julgamento do RE nº 651.703 (Brasil, 2016c), a discussão envolvendo a incidência ou não de ISS sobre determinados negócios jurídicos ganhou mais um capítulo importante, quando da análise da possibilidade de incidência desse tributo sobre as atividades realizadas pelas prestadoras de serviço de saúde privada. A exemplo do que ocorrera no julgamento dos RE nº 592.905 e RE nº 547.245 (Brasil, 2009a, 2009b), no julgamento do RE nº 651.703, a afirmação (por parte do STF) de que as atividades das prestadoras de serviço de saúde privada estariam sujeitas ao ISS também trouxe importantes reflexões sobre o tema. Com efeito, o Ministro Relator Luiz Fux, além de explorar algumas ideias já trazidas nos RE nº 592.905 e RE nº 547.245, acresceu novas ideias e fundamentos à discussão (Brasil, 2009a, 2009b).

Um primeiro fundamento que deve ser destacado diz respeito a limitação do uso do artigo 110 do CTN como vetor interpretativo do texto constitucional (na linha dos votos prolatados no RE nº 592.905 e no RE nº 547.245) (Brasil, 2009a, 2009b). Nesse ponto, o Ministro Fux afastou eventual primado do Direito Privado sobre o Direito Tributário, afirmando expressamente que “é viável que o Direito Tributário – e primordialmente o Direito Constitucional Tributário – adote conceitos próprios”. Além disso, o Ministro Fux também foi bastante contundente em rechaçar as tentativas de se interpretar o texto constitucional com base no artigo 110 do CTN, afirmando que “o art. 110, do CTN, não veicula norma de interpretação constitucional”, não sendo possível falar-se “em interpretação autêntica da Constituição feita pelo legislador infraconstitucional, na medida em que este não pode balizar ou direcionar o intérprete da Constituição”(Brasil, 2016c).

Interessante observar também que o Ministro Fux, conquanto tenha reconhecido que os conceitos do direito civil exercem um papel importante na interpretação dos conceitos constitucionais tributários, advertiu expressamente que não se pode admitir a interpretação isolada do artigo 110 do CTN, tendo em vista que “a Constituição Tributária deve ser interpretada de acordo com o pluralismo metodológico, abrindo-se para a interpretação segundo variados métodos, que vão do literal até o sistemático e teleológico” (Brasil, 2016c), recomendando-se ao intérprete, em virtude do fato dos conceitos constitucionais tributários não serem fechados ou unívocos, valer-se de apótes de ciências afins (por exemplo, Finanças, Economia e Contabilidade) na atividade interpretativa.

Nessa linha, o Ministro Relator consignou que o conceito de prestação de “serviços de qualquer natureza” não deve ter por premissa a mesma configuração do Direito Civil, devendo se

relacionar ao oferecimento de uma utilidade para outrem, podendo ou não estar conjugado com a entrega de bens por parte ao tomador do serviço (Brasil, 2016c).

No mesmo julgamento, o Ministro Luís Roberto Barroso, seguindo linha parecida com a argumentação apresentada pelo Ministro Luiz Fux, também consignou que o conceito de serviço, para fins do artigo 156, III, CF/88 (Brasil, 1988), não deve ser entendido exclusivamente como base na legislação do direito civil, muito menos como uma mera “obrigação de fazer”, em contraposição às “obrigações de dar”. Para o Ministro Barroso, o conteúdo da expressão “serviços de qualquer natureza” estampado na Constituição é mais amplo do que aquele descrito na legislação civil e busca abranger as múltiplas e complexas atividades econômicas hodiernas<sup>7</sup>.

A incidência ou não de ISS sobre determinados negócios jurídicos voltou à pauta do STF, quando do julgamento da ADI nº 5.659 (Brasil, 2021) (e também da ADI nº 5.958) (Brasil, 2018)<sup>8</sup>. Na ocasião (ADI nº 5.659) (Brasil, 2021), discutiu-se, em síntese, a validade ou não da incidência de ICMS sobre negócios jurídicos envolvendo *softwares*, discussão diretamente relacionada com o conteúdo ou significado da matriz constitucional do ISS e do ICMS.

*In casu*, o Estado de Minas Gerais editou diplomas normativos que legitimavam a cobrança de ICMS sobre operações envolvendo *software*, embora a LC 116/2003 (Brasil, 2003) já tivesse previsto a incidência de ISS sobre tais operações, na forma dos subitens 1.01, 1.02, 1.04, 1.05, 1.07 e 1.08 constantes da sua lista anexa.

O precedente firmado na ADI nº 5.659 (Brasil, 2021) tem especial relevância por dois motivos: em primeiro lugar, porque evidenciou o posicionamento do STF com relação ao tributo que deveria incidir sobre operações envolvendo “softwares”, superando-se o entendimento manifestado em hipótese anterior, que diferenciava, para efeitos tributários, os “softwares de prateleira” e os “softwares customizados”<sup>9</sup>. Em segundo lugar, porque a matéria discutida nessa ADI tem muitos

7 Segundo o voto do Ministro Barroso, a maior abrangência da expressão “serviços” no texto constitucional se deve a dois motivos: Em primeiro lugar, em virtude da amplitude semântica da expressão “serviços de qualquer natureza”, a indicar a intenção clara de inserir uma ampla gama de serviços sob essa competência tributária. Em segundo lugar, porque a Constituição Federal remeteu a completude do conceito constitucional de serviço à intermediação de Lei Complementar. Em outras palavras: a constituição determinou que os contornos jurídicos dessa espécie tributária deveriam ser delimitados por Lei Complementar específica, ficando evidente, portanto, que “a definição de serviço disposta na Constituição buscou englobar todas as complexas relações econômicas atualmente existentes no mercado, de modo a impedir que determinadas atividades simplesmente ficassem imunes a qualquer tipo de tributação” - RE 651.703, Relator(a): Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 29/09/2016 (Brasil, 2016c).

8 A ADI nº 5.958, Relatora Carmen Lúcia, julgada em 09/03/2021, embora tenha relação com o tema aqui tratado, será tratada na próxima seção do presente trabalho (Brasil, 2021).

9 A posição superada foi firmada no RE nº 176.626, onde a Primeira Turma do Supremo concluiu pela possibilidade de o ICMS incidir sobre operações com “softwares” gravados em suporte físico e comercializados no varejo (*softwares de prateleira*). Essa conclusão encontrava-se apoiada notadamente em duas principais ideias: 1) o imposto estadual teria por pressuposto a existência de operação de circulação de mercadoria tangível, circunstância que estaria presente no caso de comercialização no varejo de um objeto físico (CD, por exemplo) contendo programa de computador; 2) esse tipo de *software* se diferenciaria, por exemplo, daqueles que eram confeccionados ou produzidos sob encomenda para determinado cliente (customizados) - RE nº 176.626/SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 10/11/1998 (Brasil, 1998). No julgamento da ADI nº 1945/MT, o STF passou a considerar que também seria possível a incidência de ICMS nos casos de *softwares* negociados por meio de transferências eletrônicas via internet, que incluiria o download do bem via internet.

pontos de conexão com as operações envolvendo *streaming*, tendo sido firmadas diversas premissas que podem ser transportadas para esse tipo de negócio jurídico (*streaming*).

A tese vencedora, defendida pelo Relator, Ministro Dias Toffoli, entendeu que a distinção tradicional entre “*software de prateleira*” (padronizado) e “*software por encomenda*” (personalizado) não seria mais adequada para a definição da competência para a tributação dos negócios jurídicos de licenciamento ou cessão do uso de programas de computador em suas diversas modalidades, assim como a tradicional distinção entre “obrigações de dar” e “obrigações de fazer” também já não seria suficiente (por si só) para resolver conflitos envolvendo ISS e ICMS, especialmente diante da existência de numerosos negócios jurídicos que envolvem obrigações mistas ou complexas (Brasil, 2021).

Nessa linha, o Relator destacou que os *softwares*, inicialmente, transacionados em suportes físicos, passaram a ser oferecidos quase que integralmente em ambiente virtual para *download* ou acesso em nuvem, não podendo a interpretação do texto constitucional ficar alheia às essas novas realidades econômicas impostas pela Economia Digital (Brasil, 2021).

Em seu voto, o Relator também fez importante observação quanto ao papel da Lei Complementar como fonte para resolução dos conflitos de competência em matéria tributária (artigos 146, I, e 156, III, da CF/88). Segundo o relator, considerando que a LC nº 116/2003 (Brasil, 2003) passou a prever o licenciamento ou cessão de direito de uso de *software* como negócio a ser tributado por ISS (independente do programa de ser padronizado ou customizado)<sup>10</sup>, afastando a tradicional distinção adotada pelo STF, não seria possível desconsiderar essa legítima opção do legislador, que, conforme aduziu o relator, não ultrapassou o conceito constitucional de “serviços de qualquer natureza” (Brasil, 2021).

O Ministro Dias Toffoli consignou, outrossim, que, mesmo nas operações com *softwares padronizados*, há uma operação mista ou complexa, envolvendo um “dar” e um “fazer”. A “obrigação de fazer”, conforme destacou o relator, está presente no esforço intelectual que dá origem ao *software*, e, ainda, nos diversos serviços que são disponibilizados ao usuário, como *help desk*, disponibilização de manuais e atualizações tecnológicas, dentre outras funcionalidades. Tais características reforçariam a ideia da existência de uma obrigação mista ou complexa, a justificar a incidência do ISS, na linha do que restou decidido nos RE nº 547.245 e 592.905 (Brasil, 2009a, 2009b) (Relator Ministro Eros Grau); RE nº 651.703 (Relator Ministro Luiz Fux) (Brasil, 2016c); e, RE nº 603.136 (Relator Ministro Gilmar Mendes) (Brasil, 2020b).

Último ponto fundamental para o deslinde da controvérsia precisa ser registrado. Consoante destacaram os Ministros Dias Toffoli e Luís Roberto Barroso, para que ocorra a incidência de ICMS, deve existir transferência de propriedade do bem, fato que não ocorre nas operações de *cessão de licença ou de direito de uso de software*, tendo em vista que, nesses casos, não há qual-

10 Subitem n. 1.05 da lista anexa à LC nº 116/2003 – Licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação (Brasil, 2003).

quer transferência de propriedade relacionada ao conteúdo do direito autoral objeto de cessão ou licenciamento. Mais um ponto, portanto, a justificar a legítima opção legislativa do legislador complementar em submeter tais operações ao ISS (Brasil, 2021).

### **3 DA DEFINIÇÃO DAS OPERAÇÕES DE STREAMING COMO PRESTAÇÃO DE SERVIÇO OU CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA. DA INCIDÊNCIA DE ISS OU ICMS**

Conforme já mencionado linhas acima, a Constituição Federal de 1988 dispõe que compete aos Municípios instituir impostos sobre *serviços de qualquer natureza*, a serem definidos em Lei Complementar, excepcionados aqueles compreendidos elencados dentro da competência estadual (art. 156, III, CF/88) (Brasil, 1988)<sup>11</sup>.

Nessa linha, no final de 2016, foi aprovada a Lei Complementar 157/2016 (Brasil, 2016a), que alterou e acrescentou itens à lista de serviços do ISS prevista na Lei Complementar 116/2003 (Brasil, 2003), estabelecendo expressamente que determinados negócios jurídicos relacionadas à economia digital estariam sujeitos ao ISS.

Ao que interessa ao presente artigo, foi acrescentado à lista anexa de serviços tributados pelo ISS o item 1.09, o qual se amoldaria às hipóteses da prestação de serviços via *streaming*<sup>12</sup>, tendo em vista tratar da disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e textos por meio da internet.

O fato do subitem 1.09 da lista anexa da LC 116/03 não se restringir tecnicamente a uma clássica “obrigação de fazer”, nos moldes civilistas, tem levantado algumas controvérsias quanto à constitucionalidade do referido dispositivo legal, em virtude de grande parte da doutrina tributária seguir defendendo que o ISS tem como hipótese de incidência tributária uma prestação de serviços relacionada a uma “obrigação de fazer”, nos moldes definidos pelo Direito Privado<sup>13</sup>.

Outro fato que gerou bastante discussão e insegurança jurídica quanto à correta incidência tributária envolvendo as operações de *streaming* foi a publicação, em 29/09/2017, do convênio Confaz ICMS nº 106/2017 (Brasil, 2017). O referido convênio buscou disciplinar os procedimentos de cobrança do ICMS incidente nas operações com bens e mercadorias digitais ocorridas por meio de transferência eletrônica de dados. Ao que importa para o presente estudo, devem ser destacadas as cláusulas terceira e quarta do referido convênio, que tratam expressamente da incidência de ICMS

11 Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar (Brasil, 1988).

12 Item 1.09 da Lista anexa da LC 116/2003. 1.09 - Disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet, respeitada a imunidade de livros, jornais e periódicos (exceto a distribuição de conteúdos pelas prestadoras de Serviço de Acesso Condicionado, de que trata a Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011, sujeita ao ICMS). (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016) (Brasil, 2003).

13 ”O cerne da materialidade do ISS não se restringe a “serviço”, mas a uma prestação de serviço, compreendendo um negócio (jurídico) pertinente a uma obrigação de fazer, de conformidade com as diretrizes de direito privado” (Melo; Paulsen, 2010, p. 305, grifo próprio). Na mesma linha, “O ISS só incide sobre obrigação de fazer, isto é, sobre o esforço humano ou intelectual, que o prestador de serviços realiza em prol de terceiros” (Grupenmacher, 2020, p. 356-357, grifo próprio).

sobre operações envolvendo não só a venda, como também a disponibilização de arquivos digitais por meio da internet<sup>14</sup>, em descompasso com os dispositivos da LC nº 116/2003 (Brasil, 2003)<sup>15</sup>.

De início, é preciso consignar, a exemplo do que se demonstrou na evolução da jurisprudência do STF sobre o conteúdo e o significado da expressão “serviços de qualquer natureza”, que a distinção entre “obrigações de dar” e “obrigações de fazer”, para efeitos de definição da incidência de ISS ou ICMS, vem recebendo cada vez menos importância.

Com efeito, conforme já se destacou acima, desde o julgamento dos RE nº 592.905 e RE nº 547.245, a expressão “serviços de qualquer natureza” vem recebendo uma interpretação mais compatível com a realidade complexa e moderna que envolve a economia hodierna. Não se deve olvidar que o Ministro Eros Grau, relator dos RE nº 592.905 e RE nº 547.245 (Brasil, 2009a, 2009b), foi preciso ao afirmar que, para os efeitos do artigo 156, III, da CF/88, existem serviços, que, por serem de “qualquer natureza”, não consubstanciam típicas obrigações de fazer. Limitar a existência de prestação de serviços somente aos casos de obrigações de fazer, afirmou o Ministro Eros Grau, faria tábula rasa da expressão de “serviços de qualquer natureza” constante no texto constitucional (art. 156, III, CF/88) (Brasil, 1988).

Nesse mesmo sentido, devem ser lembrados os votos dos Ministros Fux e Barroso, no julgamento do RE 651.703. Para os ilustres ministros, o conteúdo da expressão prestação de serviços para fins do artigo 156, III, da CF/88 não deve ser entendido exclusivamente com base na legislação civil, tampouco tem relação de identidade com as obrigações de fazer, em contraposição as obrigações de dar. O conteúdo ou significado da expressão “serviços de qualquer natureza” estampado na Constituição, para os citados ministros, é mais amplo do que aquele estampado na legislação civil, de forma a abranger o oferecimento de uma utilidade para outrem, podendo ou não estar conjugado com a entrega de bens ao tomador do serviço (Brasil, 2016c).

No mesmo sentido, Ricardo Lodi Ribeiro (2013, p. 322), destaca que a expressão constitucional “serviços de qualquer natureza” não se confunde com o contrato de prestação de serviços do direito civil, ligando-se a uma ideia de oferecimento de utilidade econômica para outrem, abarcando, não raras vezes, a utilização de bens do prestador pelo usuário.

Ainda no julgamento dos RE 592.905 e RE 547.245, o Ministro Cezar Peluso fez precisa observação quanto à necessidade de que a atividade interpretativa leve em conta o dinamismo das relações ou negócios jurídicos hodiernos, não se devendo tentar interpretar a complexidade da

14 Convênio CONFAZ ICMS 106/2017 – **Cláusula terceira:** O imposto será recolhido nas saídas internas e nas importações realizadas por meio de site ou de plataforma eletrônica que efetue a venda ou a disponibilização, ainda que por intermédio de pagamento periódico, de bens e mercadorias digitais mediante transferência eletrônica de dados, na unidade federada onde é domiciliado ou estabelecido o adquirente do bem ou mercadoria digital. **Cláusula quarta:** A pessoa jurídica detentora de site ou de plataforma eletrônica que realize a venda ou a disponibilização, ainda que por intermédio de pagamento periódico, de bens e mercadorias digitais mediante transferência eletrônica de dados, é o contribuinte da operação e deverá inscrever-se nas unidades federadas em que praticar as saídas internas ou de importação destinadas a consumidor final, sendo facultada, a critério de cada unidade federada (Brasil, 2017, grifo próprio).

15 A constitucionalidade do aludido convênio foi impugnada através da ADI nº 5.958, Relatora Carmen Lúcia, julgada em 09/03/2021. A aludida ADI será analisada mais à frente, ainda dentro dessa seção do presente trabalho.

economia do mundo atual e os instrumentos jurídicos que a regulam com a aplicação de concepções compatíveis apenas com a simplicidade do mundo do império romano, em que certo número de contratos típicos entabulavam apenas obrigações explicáveis com base na distinção entre obrigações de dar, fazer e não fazer (Brasil, 2009a, 2009b).

De fato, a realidade atual é muito mais complexa daquela que se verificava no Direito Romano, onde era possível tranquilamente encaixar os negócios jurídicos realizados em uma única categoria jurídica consubstanciada em obrigações de dar, fazer e não fazer. A dinâmica atual parte de uma racionalidade mais complexa, onde a incidência de ISS não se identifica necessariamente com as obrigações de fazer, podendo ser mais facilmente relacionada ao oferecimento de uma utilidade econômica pelo prestador, podendo, inclusive, envolver a disponibilização de bens ao usuário (Ribeiro, 2013, p. 323).

A existência de obrigações complexas ou mistas, no caso dos serviços de *streaming*, também é algo muito importante, não devendo ser olvidado. Com efeito, não se pode negar que as operações com a tecnologia *streaming* envolvem “obrigações mistas”, conjugando de forma inseparável “obrigações de dar” e “obrigações de fazer”, em um contexto de unidade inseparável. É inegável que os serviços de *streaming*, além da disponibilização do conteúdo digital de áudio ou vídeo, por exemplo, demandam uma série de obrigações de fazer (por parte da prestadora de serviços) indispensáveis à transmissão de arquivos de som e imagem aos usuários.

Mesmo sem ser um “expert” em tecnologia, é possível intuir que determinados serviços são essenciais para o negócio jurídico entabulado. Cita-se, aqui, como exemplo, os seguintes serviços: a) manutenção de servidores remotos; b) garantia de largura adequada da banda para permitir a transferência de dados; c) manutenção e atualização dos aplicativos em funcionamento dia após dia; d) teste e avaliação de atualizações; e) monitoramento de desempenho e diagnóstico de falhas; f) gerenciamento e cuidado com a segurança da rede utilizada, dentre outros serviços que demandam esforço humano, notadamente de profissionais qualificados com conhecimento da área de computação. Todos esses serviços, frise-se, são de responsabilidade daquele que *disponibiliza* o conteúdo de áudio ou vídeo ao usuário final.

Consoante já foi mencionado linhas atrás, nos casos de “obrigações mistas” ou “complexas”, que configurem um plexo de obrigações contrapostas reunidas em um só negócio jurídico, que não pode ser separado ou segmentado, o STF tem decidido pela incidência do ISS sobre toda a operação, conforme se destacou no caso dos contratos de franquia (Brasil, 2020b).

No caso dos contratos envolvendo *streaming*, parece evidente a existência de diversas “obrigações de fazer” essenciais à *disponibilização* do vídeo ou áudio ao usuário final. O negócio jurídico *streaming*, então, caracteriza-se por ser operação mista ou complexa, cujas obrigações não podem ser segmentadas, não tendo significados autônomos “per si”, razão pela qual a operação como um todo deve ser tributada pelo ISS.

Aliás, o Ministro Dias Toffoli, em seu voto, na ADI nº 5.659 (Brasil, 2021), tratou de certa maneira, ainda que em sede de *obter dictum*, do *streaming*, quando abordou os serviços de informática prestados através da computação em nuvem (*cloud computing*). Nessa oportunidade, o citado Ministro afirmou que, nesse modelo de negócio, mesmo nos casos de acesso a “softwares padronizados”, não se pode desconsiderar a existência de diversas “obrigações de fazer” por parte da prestadora de serviço em favor do usuário final, atraindo a incidência do ISS. Ademais, afirmou o Ministro, a existência de tais prestações, além da disponibilização do arquivo digital (áudio, vídeo etc.), caracterizaria a presença de uma obrigação mista ou complexa, fato que também justificaria a incidência do ISS (Brasil, 2021).

Outra questão fundamental diz respeito ao tipo de interpretação que se faz do texto constitucional. Realmente, aqueles que sustentam que a expressão constitucional “prestação de serviços” se refere apenas a “obrigações de fazer”, além de defenderem (na prática) uma interpretação estática das normas constitucionais, que veda sua adaptação a novas situações fáticas<sup>16</sup> e enfraquece sua força normativa, também desconsideraram que o constituinte de 1988 se valeu de tipos (e não conceitos) na fixação das regras constitucionais de competência tributária.

Nessa linha, é fundamental destacar que a Constituição Federal, quando delimita o campo de incidência tributária de cada um dos impostos, o faz se valendo de tipos, cuja correta delimitação somente irá ocorrer através da necessária e exigida Lei Complementar (Santos, 2018, p. 698).

No mesmo sentido, o professor Luís Eduardo Schoueri (2012, p. 256) aduz que o constituinte de 1988 não tinha a ilusão de que as regras de competência tributária previstas no texto constitucional apresentassem limites rígidos, pois sabia que lidava com expressões fluidas, que, por vezes, implicariam interpenetração entre as esferas de competência, razão pela qual, inclusive, previu a possibilidade do surgimento de conflitos em matéria tributária, elegendo a Lei Complementar como veículo adequado a dirimi-los<sup>17</sup>.

O Ministro Luiz Fux, no julgamento do RE 651.703, também consignou que a Constituição Federal, ao dividir competências tributárias, valeu-se eminentemente de tipos, e não de conceitos, chamando a atenção para o fato de que os tipos, em virtude de sua própria abertura, estão voltados à concretização de valores (Brasil, 2016c).

Além disso, o Ministro Fux reconheceu a possibilidade de existência de conflitos de competência em matéria tributária, ante à fluidez característica dos tipos. Contudo, considerando que a Lei Complementar o papel de definir o “conceito” de “serviços de qualquer natureza” (art. 156, III, c/c art. 146, III, “a” c/c art. 146, I), bem como oferecer soluções para os eventuais conflitos de

16 Ricardo Augusto Alves dos Santos (2018, p. 695) aduz que a interpretação estática parte da premissa que a Constituição fixa conceitos originais e imutáveis ao longo do tempo, razão pela qual não seria possível a tributação de negócios relacionados à economia digital por ISS ou ICMS, tendo em vista o objeto desses negócios não se enquadrar como mercadoria ou serviço, nos moldes do significado dessas expressões à época da promulgação da CF/88.

17 “Tal conclusão se demonstra quando se lê, no inciso I do artigo 146 do texto constitucional, ser papel da lei complementar “dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.” Fossem os elencos dos artigos 153, 155 e 156 conceitos, então se extraíram dali seus limites, dispensando-se o emprego da lei complementar” (Schoueri, 2012, p. 256).

competência em matéria tributária, indicando qual tributo deve incidir em cada caso, entende o Ministro Fux que “[...] o processo de definição de qual tributo deve incidir no caso concreto deve tomar como ponto de partida a solução oferecida pela lei complementar, [...]”(Brasil, 2016c).

*In casu*, analisar o papel da Lei Complementar é fundamental para o deslinde da controvérsia, pois, como já dito, a Constituição descreve a materialidade dos impostos por meio de tipos abertos e mutáveis, cuja conceituação precisa depender de conceituação pela Lei Complementar (Santos, 2018, p. 698). Demais disso, a aludida Lei Complementar também se volta à solução de conflitos de competência em matéria tributária, e, ao estabelecer as operações passíveis de incidência de ISS, tem por efeito declarar a impossibilidade de incidência de ICMS sobre os mesmos fatos (Piscitelli, 2020, p. 41).

Como já dito, as operações envolvendo *streaming* foram contempladas expressamente pela Lei Complementar nº 116/2003 (Brasil, 2003), que, em seu subitem 1.09 de sua lista anexa, disciplinou a incidência de ISS sobre os serviços de *streaming* (*Disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet*).

Nesse contexto, a exemplo do que consignou o Ministro Dias Toffoli, no julgamento da ADI nº 5.659, não se pode desconsiderar a “legítima opção” efetuada pelo legislador, o qual não transbordou ou ultrapassou a competência constitucional que lhe foi outorgada, limitando-se a estabelecer a incidência de ISS sobre determinados serviços digitais (Brasil, 2021).

Mesmo que superados todos os argumentos expostos até agora, não se pode desconsiderar que as operações de *streaming* não poderiam mesmo ser objeto de ICMS em virtude de lhes faltar algo de fundamental importância para que ocorra a incidência desse tributo: a transferência de propriedade do bem objeto do negócio jurídico (Brasil, 2021).

Ora, como já destacado, nas operações de *streaming* não há transferência de propriedade ou titularidade do *software* ou arquivo digital acessado, mas apenas licença de uso, através da disponibilização do conteúdo, por um prazo determinado. O usuário não tem qualquer poder de disposição do arquivo ou conteúdo acessado, razão pela qual, também por esse motivo, eventual conflito entre ICMS e ISS é resolvido em favor da incidência do ISS.

Seguindo a mesma lógica, a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, ao editar a Portaria CAT 24, de 23/03/2018, esclareceu que a submissão ao ICMS no caso de bens e mercadorias digitais, relativas a conteúdo de áudio, vídeo, imagem e texto, estaria restrita às hipóteses de “cessão definitiva (“download”), o que exclui o *streaming* do campo de incidência do ICMS.

A ausência de uma transferência efetiva de titularidade do *software* e afins em favor dos adquirentes/cessionários, mas apenas uma mera e precária cessão de uso foi também um dos fundamentos do pedido formulado na ADI nº 5.958 (Brasil, 2018), onde se impugnava expressamente dispositivos da LC 87/1996 e o convênio Confaz ICMS nº 106/2017 (Brasil, 2017). Como já dito, o referido convênio pretendeu disciplinar os procedimentos de cobrança do ICMS incidentes nas ope-

rações com bens e mercadorias digitais ocorridas por meio de transferência eletrônica de dados, em evidente descompasso com os dispositivos da LC nº 116/2003 (Brasil, 2003).

Em decisão monocrática, a Ministra Carmen Lúcia (relatora) entendeu pela perda superveniente de objeto da aludida ADI, em virtude da interpretação constitucional fixada pelo STF no julgamento da ADI nº 5.659 (Brasil, 2021). Nesse julgamento, conforme destacou a relatora, o STF decidiu que o art. 2º da Lei Complementar n. 87/1996 deveria ser interpretado, conforme a Constituição de 1988, *no sentido de que não incide Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS em licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computador*. Como esse dispositivo legal fazia parte do principal fundamento do pedido formulado na ADI nº 5.958 (Brasil, 2018), a Ministra Relatora entendeu que toda a ADI teria perdido o objeto, em virtude do que restou decidido na ADI nº 5.659 (Brasil, 2021).

Quanto à suposta inconstitucionalidade do Convênio Confaz ICMS nº 106/2017 (Brasil, 2017), que também foi objeto de pedido na via da ADI nº 5.958 (Brasil, 2018), a Ministra relatora consignou que o aludido Convênio teria perdido sua eficácia jurídica desde o julgamento da ADI nº 5.659 (Brasil, 2021), por se tratar de ato regulamentador do art. 2º da Lei Complementar n. 87/1996.

Conforme aduziu a Ministra Relatora, como o Convênio Confaz ICMS nº 106/2017 (Brasil, 2017) buscava fundamento em uma interpretação inconstitucional de dispositivo da LC 87/1996, que foi afastada pelo STF na ADI 5.659 (Brasil, 2021), esse diploma legal teria perdido sua eficácia desde o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.569.

Desse modo, segundo a Ministra Relatora, considerando que a Administração Pública também se submete aos efeitos *erga omnes* e vinculantes das decisões do Supremo Tribunal, é imperioso reconhecer a caducidade do aludido Convênio Confaz ICMS nº 106/2017, em virtude do que restou decidido na ADI 5.659 (Brasil, 2021). Assim, embora não tenha sido expressamente declarado inconstitucional ou revogado, ainda constando do sítio eletrônico do Confaz até setembro de 2021, o aludido convênio não tem mais eficácia, não podendo servir para instrumentalizar qualquer incidência ou exigência tributária de ICMS sobre as operações nele apontadas, inclusive operações de *streaming*.

A conclusão mencionada acima é especialmente importante para o caso do Estado do Rio de Janeiro, no qual a Lei RJ 8.795/2020 (Rio de Janeiro, 2020) indica a inclusão da atividade de *streaming* no campo de incidência do ICMS, considerando a nova previsão do inciso XX ao art. 15 da Lei RJ 2.657/96 (Rio de Janeiro, 1996). No caso, a lei fluminense estabeleceu que seria contribuinte do imposto a pessoa jurídica detentora de *site* ou de plataforma eletrônica que realize prestação de serviço de comunicação, ainda que por intermédio de pagamento periódico. Apesar de inexistir inclusão explícita da atividade de *streaming* na hipótese de incidência do ICMS, os termos empregados pela nova lei podem levar à referida conclusão. Além disso, na mensagem 06/2020, encaminhando o projeto de lei 2023/2020, que originou Lei RJ nº 8.795/2020 (Rio de Janeiro, 2020), o Governador do Estado do Rio de Janeiro indicou que o objetivo da lei seria adequar a legislação

fluminense ao Convênio 106/2017, o que reforça a sinalização no sentido da tributação da referida atividade pelo ICMS.

Assentados os fundamentos que apontam para a conclusão de que as operações envolvendo *streaming* configuram “prestação de serviço”, resta, por último, analisar se esse tipo de serviço se enquadraria dentre os serviços de comunicação, a autorizar a incidência de ICMS-comunicação, na forma do texto constitucional (art. 155, II, CF/88) e da LC nº87/96.

A exemplo do que acontece com a expressão “*serviços de qualquer natureza*”, a Constituição Federal de 1988 também não define o que seriam os “*serviços de comunicação*” aptos a legitimar a incidência tributária do ICMS comunicação. A tarefa de tentar estabelecer o correto significado e o conteúdo de tal expressão tem ficado a cargo da doutrina e da jurisprudência.

Alberto Macedo (2018, p. 506), por exemplo, entende que a expressão “*serviço de comunicação*” constante do texto constitucional alinha-se ao conceito de serviço telecomunicações presente no artigo 60 da Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/1997), afastando do “*conceito de comunicação*” os serviços de valor adicionado, cuja previsão se encontra no artigo 61 da citada lei (Brasil, 1997).

Tal conceito, segundo o citado professor, seguiu a orientação histórica não só nacional, presente no Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4117/1962), mas também internacional, presentes nas normas da União Internacional das Telecomunicações (UIT) e do Convênio International de Telecomunicações de Nairobi (Macedo, 2018, p. 506).

Por considerar que o constituinte de 1988 tratou de forma separada os vocábulos “informática” e “telecomunicações” (Brasil, 1988, Art. 22, IV), conferindo aos serviços envolvendo essas áreas tratamento distinto, Alberto Macedo entende que os serviços de informática prestados pela internet não se enquadram entre os serviços de comunicação. Para o citado professor, o conceito constitucional de serviço de comunicação coincide com o de telecomunicação, estando a telefonia, o rádio, a televisão e a TV por assinatura por ele abrangidos (Macedo, 2018, p. 511/512).

Heleno Taveira Torres (2018, p. 495) aduz que a matriz constitucional do ICMS comunicação somente estará preenchida, se, em determinada situação concreta, estiverem conjugados: “a) um prestador do serviço de comunicação (terceiro); b) a onerosidade de tal prestação; c) uma fonte emissora; d)uma fonte receptora determinada e apta a responder à primeira; e, e) uma mensagem transmitida pelo prestador de serviço.”

Na mesma linha, Roque Antonio Carrazza (2006, p. 171) destaca que somente quando o destinatário do serviço de comunicação assume papel ativo, contratando a prestação do serviço de comunicação e dele fruindo, por meio do recebimento e do envio de mensagens a terceiro (que não o próprio prestador), é que o ICMS comunicação pode incidir. O referido autor frisa que, para incidência do ICMS comunicação, é preciso que exista relação comunicativa entre pelo menos duas pessoas diversas do prestador do serviço.

Na hipótese, os prestadores de serviço de *streaming* ocupam a posição de emissor da mensagem na relação entabulada com os usuários finais dos serviços (assinantes dos serviços de transmissão de música e vídeo, por exemplo), e não a condição de terceiros, alheios à relação comunicativa e que prestam os serviços de comunicação mediante a oferta de meios necessários à sua efetivação. Veja, não se estabelece qualquer relação de comunicação entre o usuário final do serviço de *streaming* e aquele que produz ou distribui o conteúdo de áudio ou vídeo, somente existindo relação entre o usuário e a prestadora do serviço de *streaming*, que *disponibiliza* o conteúdo digital ao usuário.

Dessa forma, parece que o serviço de *streaming* não se enquadra dentre os serviços de comunicação aptos a autorizar a incidência de ICMS comunicação. Em primeiro lugar, porque não se enquadra no conceito de serviço de telecomunicação. Em segundo lugar, porque o prestador de serviço é o próprio emissor da mensagem.

Nesse contexto, parece estar correto o entendimento de Alberto Macedo (2018, p. 513), que entende que os serviços de *streaming* consubstanciam serviços de valor adicionado (art. 61 da Lei 9472/97<sup>18</sup>), razão pela qual não seria possível a incidência de ICMS comunicação sobre esses serviços.

Cumpre observar que o subitem 1.09 da lista da LC 116/03 trouxe ressalva, na parte final, estabelecendo a incidência do ICMS na distribuição de conteúdos pelas prestadoras de Serviço de Acesso Condicionado de que trata a Lei 12.485/2011.

Assim é que a Fazenda Estadual de Santa Catarina, na Consulta COPAT 130 de 29/12/2020 (Santa Catarina, 2020), explicitou que o serviço de *streaming* se sujeita ao ICMS quando prestado por distribuidora de conteúdo audiovisual, de acordo com a Lei nº 12.485/2011, considerando a parte final do subitem 1.09 da lista de serviços anexa à Lei Complementar 116/2003.

Todavia, pelas razões já aduzidas, considerando a não incidência de ICMS na atividade, por se tratar de serviço de valor adicionado, a parte final do dispositivo é constitucional, por submeter ao campo de incidência do ICMS hipótese não abrangida no fato gerador do imposto estadual. O fato de o serviço ser exercido por prestadora de Serviço de Acesso Condicionado é indiferente à caracterização do fato gerador do ISS, pois a definição do tributo cabível deve ser construída pela natureza do negócio jurídico tributado e não pelo sujeito que o desempenha.

Por último, vale aqui também a mesma ressalva feita outrora, quanto ao papel da Lei Complementar em matéria tributária, especialmente no que tange à resolução de eventuais conflitos de competência entre os entes tributantes.

É justamente disso que se trata, pois a LC nº 116/2003 (Brasil, 2003), com as alterações trazidas pela Lei Complementar 157/2016 (Brasil, 2016a), atuando na zona cinzenta que envolve os conceitos de “serviços de qualquer natureza” e “serviços de comunicação”, passou a prever (subitem

<sup>18</sup> Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§ 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição (Brasil, 1997).

1.09 à sua lista anexa<sup>19)</sup>) a tributação dos serviços de *streaming* por ISS, afastando, por conseguinte, a possibilidade dos Estados tributarem esses serviços como serviços de comunicação. Trata-se de opção legítima do legislador, que deve, portanto, ser respeitada.

## **CONCLUSÕES**

Ao final do presente trabalho, é possível apresentar as seguintes conclusões:

O STF tem se mostrado atento à complexidade do mundo atual, reconhecendo que a utilização isolada do critério que separa as “obrigações de dar” e “obrigações de fazer” não é mais suficiente para definir, em diversos casos (e, em especial, nos casos de obrigações mistas ou complexas), a correta incidência tributária;

As operações com tecnologia *streaming* envolvem “obrigações mistas” ou “complexas”, onde se conjugam de forma inseparável “obrigações de dar” e “obrigações de fazer”, reunidas sob um mesmo negócio jurídico, que não admite separação ou segmentação. Em casos desse tipo, o STF tem considerado legítima a incidência de ISS sobre a operação como um todo;

Deve ser reconhecida a importância da Lei Complementar na resolução de conflitos em matéria tributária, tendo em vista o próprio texto constitucional ter escolhido esse diploma legislativo como o veículo adequado para a solução dessa espécie de conflito (art. 146, III, “a”, CF/88). *In casu*, as operações de *streaming* foram expressamente contempladas pela LC nº 116/2003 (Brasil, 2003) como passíveis de incidência de ISS, razão pela qual a “legítima opção do legislador” deve ser respeitada, afastando-se qualquer possibilidade de tributação dessas operações através de ICMS (inclusive ICMS sobre serviços de comunicação);

Os julgamentos da ADI nº 5.659 (Brasil, 2021) e ADI nº 5.958 (Brasil, 2018) são os capítulos mais recentes de anos de discussão envolvendo a incidência ou não de ISS sobre diversas atividades econômicas, inclusive relacionadas à Economia Digital. Nesses julgamentos, foram firmadas premissas sólidas para que se possa afirmar a constitucionalidade da incidência de ISS sobre operações de *streaming*, na forma da LC nº 116/2003 (Brasil, 2003), afastando-se, frise-se, mais uma vez, qualquer tributação dessas operações através de ICMS.

## **REFERÊNCIAS**

BRANDÃO JÚNIOR, Salvador Cândido; PISCITELLI, Tathiane. Introdução: do data center à nuvem. In: BOSSA, Gisele Barra; PISCITELLI, Tathiane (coord.). **Tributação da nuvem: conceitos tecnológicos, desafios internos e internacionais**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 19-23.

19 1.09 - Disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet, respeitada a imunidade de livros, jornais e periódicos (exceto a distribuição de conteúdos pelas prestadoras de Serviço de Acesso Condicionado, de que trata a Lei no 12.485, de 12 de setembro de 2011, sujeita ao ICMS). (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016) (Brasil, 2016).

**BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituição.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm). Acesso em: 15 ago. 2021.

**BRASIL. Convênio ICMS n. 106/2017.** Disciplina os procedimentos de cobrança do ICMS incidente nas operações com bens e mercadorias digitais comercializadas por meio de transferência eletrônica de dados e concede isenção nas saídas anteriores à saída destinada ao consumidor final. Brasília, DF: Conselho Nacional de Política Fazendária, 2017.

**BRASIL. Lei complementar n. 116, de 31 de julho de 2003.** Dispõe sobre o imposto sobre serviços de qualquer natureza, de competência dos municípios e do distrito federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp116.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp116.htm). Acesso em: 15 ago. 2021.

**BRASIL. Lei complementar n. 157, de 29 de dezembro de 2016.** Altera a lei complementar no 116, de 31 de julho de 2003, que dispõe sobre o imposto sobre serviços de qualquer natureza, a lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992 (lei de improbidade administrativa), e a lei complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990, que “dispõe sobre critérios e prazos de crédito das parcelas do produto da arrecadação de impostos de competência dos estados e de transferências por estes recebidos, pertencentes aos municípios, e dá outras providências”. Brasília, DF: Presidência da República, 2016a. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp157.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp157.htm). Acesso em: 4 set. 2021.

**BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.** Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9472.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm). Disponível em: Acesso em: 15 ago. 2021.

**BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Ação direta de constitucionalidade n. 5.958.** Requerente: Associação Brasileira das Empresas de Tecnologia da Informação e Comunicação. Relatora: Min. Cármem Lúcia, 11 de junho de 2018. **Lex:** jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 2018.

**BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Ação direta de constitucionalidade n. 5.659.** ação direta de constitucionalidade. direito tributário. lei n. 6.763/75-mg e lei complementar federal n. 87/96. operações com programa de computador (software). critério objetivo. subitem 1.05 da lista anexa à lc n. 116/03. incidência do iss. aquisição por meio físico ou por meio eletrônico (download, streaming etc) [...]. Requerente: Confederação Nacional De Serviços. Relator: Min. Dias Toffoli, 24 de fevereiro de 2021. **Lex:** jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Belo Horizonte, p. 1-191, 2021.

**BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Recurso Extraordinário n. 176.626-3. I.** Recurso extraordinário: prequestionamento mediante embargos de declaração (súm. 356). Requerente: Estado de São Paulo. Recorrido: MUNPS Processamento de Dados LTDA. Relator: Min. Sevêlveda Pertence, 10 de novembro de 1998. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=222535>. Acesso em: 4 set. 2021.

**BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.142.** Ação direta de inconstitucionalidade. direito tributário. ISS. Relações mistas ou complexas [...]. Requeren-

te: Confederação Nacional do Comércio - CNC. Relator: Min. Dias Toffoli, 5 de agosto de 2020a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754064931>. Acesso em:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 547.245.** Recurso extraordinário. direito tributário. ISS. arrendamento mercantil. operação de leasing financeiro [...]. Recorrente: Município de Itajaí. Relator: Min. Eros Grau, 2 de dezembro de 2009a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609062>. Acesso em: 4 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 592.905.** Recurso extraordinário. direito tributário. ISS. arrendamento mercantil [...]. Recorrente: HSBC Investment Bank Brasil S/A - Banco de Investimento. Relator: Min. Eros Grau, 4 de fevereiro de 2009b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609078>. Acesso em: 4 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 603.136.** Recurso extraordinário com repercussão geral. tema 300. 2. tributário. imposto sobre serviços de qualquer natureza [...]. Requerente: VENBO Comércio de Alimentos LTDA. Requerido: Município do Rio de Janeiro. Relator: Min. Gilmar Mendes, 29 de maio de 2020b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752973152>. Acesso em: 4 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 651.703.** Recurso extraordinário. constitucional. tributário. ISSQN. art. 156, III, CRFB/88 [...]. Requerente: Hospital Marechal Cândido Rondon LTDA. Requerido: Secretário Municipal de Finanças de Marechal Cândido Rondon. Relator: min. Luiz Fux, 29 de setembro de 2016c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12788517>. Acesso em: 4 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 116.121-3.** Imposto sobre serviços. contrato de locação. Recorrente: Ideal Transportes e Guindastes LTDA. Recorrida: Prefeitura Municipal de Santos. Relator: Min. Octavio Gallotti, 11 de outubro de 2000. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=206139&pgI=1&pgF=100000>. Acesso em: 4 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante 31.** É inconstitucional a incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISS sobre operações de locação de bens móveis. Relator: Min. Luiz Fux, 29 set. 2016. Brasília, DF: STF, set. 2016b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1286>. Acesso em: 4 set. 2021.

BUFFER. In: CAMBRIDGE Dictionary. Cambridge: Cambridge University Press, [2023]. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/pt/>. Acesso em: 4 set. 2021.

CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS.** 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FARIA, Renato; MAITTO, Ricardo; MONTEIRO, Alexandre (coord.). **Tributação da economia digital: desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas.** São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. Tributação do streaming e serviços over-the-top. In: LARA, Daniela Silveira; PISCITELLI, Tathiane (coord.). **Tributação da economia digital**. p. 353-373. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 353-373.

MACEDO, Alberto. Tributação de atividades de streaming de áudio e vídeo: guerra fiscal entre ISS e ICMS. In: FARIA, Renato; MAITTO, Ricardo; MONTEIRO, Alexandre (coord.). **Tributação da economia digital: desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 504-521.

MELO, José Eduardo Soares de. A lei complementar n. 157/2016 à luz da constituição federal: aspectos relacionados à retroatividade e aos campos de incidência do ICMS e do ISS na atividade de difusão de vídeos, áudio e textos pela internet. In: FARIA, Renato; MAITTO, Ricardo; MONTEIRO, Alexandre (coord.). **Tributação da economia digital: desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 269-282.

MELO, José Eduardo Soares de; PAULSEN, Leandro. **Impostos federais, estaduais e municipais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

NOGUEIRA, Thiago Silva; MACIEL, Anderson Julião; BELCHIOR, Deborah Sales. A legalidade da incidência de ISSQN sobre as plataformas de streaming. In: MACHADO, Hugo de Brito. **Tributação e novas tecnologias**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021. p. 57-70.

PISCITELLI, Tathiane. A inconstitucionalidade do convênio ICMS n. 106/2017 e a incidência do ICMS sobre bens digitais. In: LARA, Daniela Silveira; PISCITELLI, Tathiane (coord.). **Tributação da economia digital**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 29-42.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Tributos: teoria geral e espécies**. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

RIO DE JANEIRO. **Lei n. 2657, de 26 de dezembro de 1996**. Dispõe sobre o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços e dá outras providências. Rio de Janeiro: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, 1996.

RIO DE JANEIRO. **Lei n. 8.795, de 2020**. Altera a lei n. 2.657, de 26 de dezembro de 1996, para disciplinar a sujeição passiva nas hipóteses de operações com bens e mercadorias digitais e não digitais e de prestações de serviço de comunicação realizadas por pessoa jurídica detentora de site ou de plataforma eletrônica, e dá outras providências. Rio de Janeiro: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legisacao/?id=393236>. Acesso em: 4 set. 2021.

SANTA CATARINA. Secretaria de Estado da Fazenda. **Consulta COPAT nº 130 de 29/12/2020**. Florianópolis: Secretaria de Estado da Fazenda, 2020. Disponível em: <https://legisacao.sef.sc.gov.br/consulta/views/Publico/Copat.aspx?> Acesso em: 15 ago. 2021.

SANTOS, Ricardo Augusto Alves dos. Tributação das aplicações over-the-top no Brasil: visão geral e análise das atividades de transmissão de conteúdo audiovisual, envio de mensagens e realização de chamadas de voz por meio da internet. In: FARIA, Renato; MAITTO, Ricardo; MONTEIRO, Alexandre (coord.). **Tributação da economia digital: desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 692-710.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Rebecca. Um ano depois do início da pandemia, plataformas de streaming contabilizam ganhos. **Forbes Money**, São Paulo, 22 mar. 2021. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-money/2021/03/um-ano-depois-do-inicio-da-pandemia-plataformas-de-streaming-contabilizam-ganhos/>. Acesso em: 15 ago. 2021.

TORRES, Hélio Taveira. ICMS sobre a divulgação de material publicitário na internet por provedor. In: FARIA, Renato; MAITTO, Ricardo; MONTEIRO, Alexandre (coord.). **Tributação da economia digital: desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 480-503.

VELLOSO, Andrei Pitten. **Constituição tributária interpretada**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

Recebido em: 03/03/2022

Aceito em: 23/06/2023

# A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO À CIDADE: A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA SOB O VIÉS DA SOLIDARIEDADE ENQUANTO DEVER FUNDAMENTAL

THE CONSTITUTIONALIZATION  
OF THE RIGHT TO THE CITY: LAND  
REGULARIZATION UNDER THE BIAS OF  
SOLIDARITY AS A FUNDAMENTAL DUTY

Jorge Renato dos Reis\*

Marcela Araujo Jantsch\*\*

\*Pós-Doutor pela Università Degli Studi di Salerno-Itália com bolsa CAPES. Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos-UNISINOS. Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC. Especialista em Direito Privado pela Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC. Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul-FISC. Professor e pesquisador do Programa de Pós-Graduação Stricto-Sensu-Mestrado e Doutorado em Direito da UNISC. Professor na graduação da UNISC. Professor de cursos de Pós-Graduação Lato-Sensu em diversas universidades ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0925-5328>

\*\*Mestranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Bolsista PROSUC/CAPES, Modalidade II. Pós-graduada Lato Sensu (especialização) em Direito Imobiliário. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Advogada. Secretária Geral Adjunta da Subseção de Taquari - Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional do Rio Grande do Sul - Gestão 2022/2024. Presidente da Comissão do Jovem Advogado da OAB/RS, Subseção de Taquari/RS. Integrante do Grupo de Pesquisa “Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado”, vinculado ao PPGD da UNISC e CNPq, coordenado pelo Prof. Dr. Jorge Renato dos Reis. Troféu Plínio Saraiva 2016 - Destaque Profissional da Área do Direito, Rotary Internacional. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4202-6279>

**Como citar:** REIS, Jorge Renato dos; JANTSCH, Marcela Araujo. A constitucionalização do direito à cidade: a regularização fundiária sob o viés da solidariedade enquanto dever fundamental. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 19, n. 2, p. 131-147, jul. 2024. DOI: 10.5433/1980-511X.2024.v19.n2.p131-147. ISSN: 1980-551X.

**Resumo:** O objetivo deste artigo é analisar o contexto da constitucionalização do direito à cidade a partir de um novo olhar ao espaço urbano, assim como o direito fundamental à moradia assegurado pelo instrumento da Regularização Fundiária Urbana através da Lei Federal nº13.465 de 2017 – REURB, sob a perspectiva do princípio da solidariedade enquanto dever fundamental, expresso no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988. Assim, pretende-se responder a seguinte problemática: através do processo da constitucionalização do direito à cidade, que garante o direito à moradia, a regularização fundiária é um instrumento compatível e adequado para a satisfação do princípio da solidariedade enquanto dever fundamental? Utiliza-se o método de pesquisa hipotético-dedutivo, baseado na análise de uma hipótese e a técnica de pesquisa adotada consiste na bibliográfica, com referências em obras doutrinárias, artigos, revistas e periódicos, assim como o uso de pesquisa legislativa. Ao final, verifica-se que a hipótese se confirma.

**Palavras-Chave:** constitucionalização; direito da cidade; direito à moradia; regularização fundiária; princípio da solidariedade.

**Abstract:** The objective of this article is to analyze the context of constitutionalizing the right to the city through a fresh perspective on urban space, alongside the fundamental right to housing guaranteed by the Urban Land Regularization instrument under Brazilian Federal Law n. 13,465 of 2017 – REURB, viewed through the lens of the principle of solidarity as a core duty, articulated in Article 3, Section I, of the Federal Constitution of 1988. The central question addressed is: does urban land regularization, as part of the constitutionalization of the right to the city ensuring the right to housing, serve as a compatible and effective tool for fulfilling the principle of solidarity as a fundamental duty? The study employs a hypothetical-deductive research method, centered on analyzing a hypothesis, supported by bibliographic research drawing from doctrinal works, articles, journals, and legislative sources. Ultimately, the findings confirm the hypothesis.

**Keywords:** constitutionalization; city law; right to housing; land regularization; solidarity principle.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva analisar as modificações realizadas no contexto do Direito da Cidade pela sua inserção considerada fundamental na Constituição Federal de 1988, que foi responsável por uma releitura no ordenamento jurídico como um todo, atuando como um verdadeiro filtro da norma fundamental nas relações públicas e privadas no cenário do espaço urbano.

Para tanto, a pesquisa se justifica na medida em que se faz necessário realizar algumas incursões no direito à moradia, considerado um direito fundamental em conjunto com o instituto da Regularização Fundiária – REURB – Lei Federal nº13.465 de 2017, incluído no sistema brasileiro como um caminho para alcançar a função social da cidade, da dignidade da pessoa humana instrumentalizado pelo princípio da solidariedade, princípios estes, norteadores para um desenvolvimento urbano adequado, assim como para a proteção de uma vida digna.

No primeiro tópico deste estudo apresentou-se a constitucionalização do direito à cidade sob o viés de um novo olhar ao espaço urbano, que proporciona uma reinterpretação das normas e institutos do direito urbanístico infraconstitucional tendo como vetor a Constituição Federal, o que conduz a uma interpretação, criação e aplicação, daqueles valores essenciais destacados pela Lei Fundamental.

No segundo tópico, é investigado o direito fundamental à moradia assegurado pelo instrumento da Regularização Fundiária, nesse aspecto à moradia apropriada é aquela que abrange uma série de condições para que efetivamente se possa atingir uma vida digna. Os mecanismos empregados no âmbito da Regularização Fundiária, através da Lei Federal nº13.465 de 2017, demonstram a viabilidade da proteção à moradia, já que proporciona aos seus ocupantes o título de propriedade.

No terceiro tópico desta pesquisa é examinado a Regularização Fundiária sob o viés da solidariedade enquanto dever fundamental, já que o princípio da solidariedade é consagrado no artigo 3º, inciso, I da Constituição Federal como um objetivo fundamental da República e considerado um paradigma social. Nesse cenário, a Regularização Fundiária busca abranger à moradia formal, o que objetiva atingir a dignidade humana, norteada pela solidariedade.

Assim, pretende-se responder a seguinte problemática: através do processo da constitucionalização do direito à cidade, que garante o direito à moradia, a Regularização Fundiária é um instrumento compatível e adequado para a satisfação do princípio da solidariedade enquanto dever fundamental?

No que tange ao procedimento metodológico, utiliza-se o método de pesquisa hipotético-dedutivo, baseado na análise de uma hipótese e a técnica de pesquisa adotada consiste na bibliográfica, com referências em obras doutrinárias, artigos, revistas e periódicos, assim como o uso de pesquisa legislativa.

## 1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO À CIDADE: UM NOVO OLHAR AO ESPAÇO URBANO

De início faz-se necessário contextualizar brevemente alguns acontecimentos históricos marcantes que refletem e influenciam diretamente no processo da constitucionalização do direito.

A evolução do constitucionalismo do direito na contemporaneidade, operado após a Segunda Guerra Mundial, especialmente por conta da Declaração Universal dos Direitos do Homem de Paris, em 1948, foi responsável por gerar uma série de modificações na forma de organização jurídica, política e estatal, que marcam a chegada de um Estado Constitucional de Direito garantidor de pilares fundamentais (Carbonell, 2003, p. 9).

Como referência normativa, as constituições na Europa, a partir de tais acontecimentos, passaram a integrar em suas estruturas jurídicas a pessoa humana como elemento central. Apresenta-se a promulgação da chamada Lei Fundamental de Bonn da Alemanha, e a Constituição da Itália aprovada em 1947, e posteriormente teve sua entrada em vigor no ano de 1948 já contendo em seu bojo características norteadas por direitos fundamentais. Porém, ocorre que o Brasil só veio a experimentar desses atributos após o período compreendido como ditadura militar, em razão do processo de redemocratização (Reis, 2007, p. 2036).

Com o advento do Estado Democrático de Direito, que no Brasil passou a vigorar no ano de 1988, atingiu-se um modelo transformador (ideológico e normativo), buscando efetivar interesses constitucionalizados, como forma de mudar realidades, por meio das relações entre poder público, social e privado vislumbrando uma vida digna. No desenvolvimento do processo democrático, adotou-se como critério condutor da atividade estatal o princípio da dignidade da pessoa humana, constituindo-se como um fundamento da República (Canotilho, 2004, p. 225).

Deste modo, houve dois elementos relevantes: a força normativa da Constituição, assim como a elaboração da jurisdição constitucional. Fazendo com que a Constituição se tornasse protagonista, sendo dotada de efetividade, o que refletiu em todos os demais direitos que passaram a serem lidos e interpretados sob as lentes da Lei Fundamental, caso assim não fosse, estará fadado a invalidade (Barroso, 2005, p. 509).

A constitucionalização do direito transforma o ordenamento jurídico, visto que resulta o deslocamento da Constituição para o eixo central, influenciando e provocando a reinterpretação de diversos institutos jurídicos como o direito administrativo, direito civil e direito penal.

A irradiação das disposições constitucionais pode ser observada em dois aspectos: no caso da constitucionalização-releitura, ocorre uma filtragem conforme a perspectiva da Constituição, em relação às noções de direitos fundamentais e democracia, já no caso da constitucionalização-inclusão se verifica que institutos que fazem parte do direito infraconstitucional se elevam ao texto constitucional (Torres, 2009, p. 180).

Nessa lógica, o processo de constitucionalização do direito, obteve um papel imprescindível no âmbito do Direito da Cidade, pois, inseriu uma ampla gama desta matéria, que contempla o direito urbanístico para a Constituição Federal de 1988, de modo que instituiu seu regime fundamental, inclusive, propagando seus preceitos na interpretação das diretrizes infraconstitucionais.

Cumpre ressaltar, que o direito à cidade, nas Constituições anteriores não recebeu a devida atenção, havia ausência de um código, consolidação, estatuto ou legislação infraconstitucional que fosse capaz de absorver, bem como regulamentar, conteúdos concernentes a organização dos espaços urbanos e a política urbana (Moreira, 2002, p. 31).

A Constituição Federal de 1988, desenvolveu um amplo processo de constitucionalização-inclusão do Direito da Cidade, dedicou-se um capítulo inteiro para fixar regras e princípios da política urbana de caráter impositivo aos entes públicos, no qual estabeleceu competências, assim como procedimentos para assegurar a sua implementação, as funções sociais da cidade e ainda, o bem-estar dos seus cidadãos (Moura, 2020, p. 2217).

Nesse sentido, no artigo 182, estabeleceu por finalidade atender o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, abrangendo aspectos sociais, ambientais e urbanísticos. No artigo 30, inciso I, impôs aos Municípios a competência para regulamentar conteúdos de dimensão local, como no caso dos serviços públicos, a ordenação do parcelamento e do solo urbano (inciso VIII), por meio do instrumento do Plano Diretor (art.182, §1º, CF/88).

Aos Estados, coube a competência de caráter suplementar das normas urbanísticas (art.24, I, CF/88), já com relação a União instituiu-se o domínio para legislar acerca das normas gerais do direito urbanístico (art.24, I, § c/c 182, da CF/88). Ainda, a Constituição elaborou novos mecanismos para a segurança da posse, como é o caso da usucapião especial urbana, assim como a concessão de uso para moradia (art.183, caput e §1º). Assegurou o importante instrumento da função social da propriedade e da cidade (art.5º, XXIII, 170, III e 182, §2º, da CF/88). Respaldou o direito à moradia adequada (art.6º, caput), dentre outros direitos que contemplam garantias individuais, direitos fundamentais coletivos de objeto urbanístico, vislumbrando zelar a dignidade da pessoa humana.

O direito à cidade, diante de todos estes desdobramentos, pode-se afirmar que ele já se originou sob o viés “constitucionalizado” pelo instrumento do Estatuto da Cidade, Lei Federal nº10.257 de 10 de julho de 2001. A essência constitucional do direito à cidade, não para por aí, se faz necessário que as diretrizes próprias, assim como seus princípios irradiem por toda extensão das normas infraconstitucionais, incumbindo-se a garantir uma interpretação de acordo com os institutos de direito urbanístico (Correia, 2015, p. 650).

Importante papel foi proporcionado aos Municípios pela Constituição de 1988, elevando-os ao patamar de entes federados, cuja representação apresenta-se junto aos cidadãos, são nos Municípios que surgem e desencadeiam problemas locais do cotidiano, constituindo-se o núcleo do direito da cidade (Moura, 2017, p. 535).

O Estatuto da Cidade aborda amplamente um rol complexo de diretrizes, bens e valores. Assegura o direito à cidades sustentáveis, prevê à infraestrutura urbana, recepcionando nestes aspectos o direito à moradia, à terra urbana, a utilização de serviços públicos, mobilidade urbana e transporte, trabalho e lazer, saneamento ambiental para as presentes e futuras gerações (art.2º, inciso I).

Contempla também, uma série de elementos e diretrizes dotadas de teor moral abrangendo concepções como: gestão democrática da cidade, cooperação entre governos (iniciativa privada e demais setores), planejamento e equipamentos urbanos, controle do uso e do solo, regularização fundiária e proteção ao meio ambiente dentre outros conteúdos arrolados nos incisos incluídos no art. 2º do referido Estatuto (Brasil, 2001).

Pode-se dizer que o direito à cidade também transpassa por outros ramos da ciência, como o urbanismo, gestão pública, sociologia urbana e ainda em relação ao próprio ramo do direito como Administrativo e Civil, que igualmente passaram a ser reinterpretados pelas lentes da constitucionalização do direito. A constitucionalização do direito à cidade apresenta impactos em variados conteúdos, como no caso da funcionalização da propriedade privada e pública, refletindo na usufruição especial urbana, legitimização da posse, nos casos de concessão de uso com finalidade para moradia dentre outros (Correia, 2015, p. 653-654):

Com efeito, para que se compreenda o direito à cidade, o direito à propriedade urbana e sua função socioambiental e o direito à moradia adequada à luz dessa “Constituição Urbanística”, é preciso ter em conta tais premissas teórico-ideológicas fundamentais, quais sejam: i) a natureza constitucional do direito à cidade e dos direitos fundamentais urbanísticos dele derivados ou com ele conectados; ii) a interpretação do direito à cidade com fundamento na principiologia urbanística e nos valores plurais do direito da cidade para a aplicação dos instrumentos de direito urbanístico (pegos, por empréstimo, muitas vezes, da perspectiva civil-constitucional ou do direito administrativo); iii) um compromisso inarredável do intérprete e do aplicador das normas do direito à cidade sustentável – sustentabilidade esta que há de ser não apenas ambiental, mas, também social – com a garantia de que ela seja efetivamente acessível a todos.

É necessário enxergar as diretrizes de direito urbanístico sob a ótica de um direito fundamental à cidade, fazendo com que a posse e a propriedade privada ganhem uma nova releitura, um outro aspecto de interpretação, deixando no passado as características de uma visão exclusivamente liberal, homocêntrica e individualista. O direito de propriedade deve ser lido sob o viés constitucional, tal como preconiza a sua função social, sendo objeto de proteção autônoma, em um nível equivalente a dimensão individual do proprietário. Nesse cenário do direito à cidade, a função social constitui-se como um componente estrutural em relação ao direito à propriedade: ligado aos atributos dominiais, existe encargos e valores sociais a se cumprir sem os quais não se pode regularmente exercer (Tepedino, 2001, p. 15).

O processo de constitucionalização do direito da cidade não se limita ao prognóstico de condutas e obrigações observados nas relações privadas e públicas de cunho urbanístico, é imprescindível que para a sua concretização e finalidade que as normas constitucionais sejam dotadas de

efetividade e se interseccionem com realidade urbana vigente. É preciso um processo de aperfeiçoamento e evolução dos intérpretes na tentativa de retirar a máxima aplicabilidade dos mandamentos constitucionais na aplicabilidade das legislações urbanísticas, certificando que uma Constituição da Cidade seja materializada (Moura, 2017, p. 533).

## **2 O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA ASSEGURADA PELO INSTRUMENTO DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA**

A Constituição Cidadã recepcionou expressamente deveres e direitos fundamentais, consagrando mandamentos baseados na justiça social, no bem-estar coletivo, visando um desenvolvimento social, mas, acima de tudo se preocupou em garantir padrões básicos de vivência para todas as pessoas, o que resulta em uma busca consubstanciada para assegurar a dignidade humana.

O teor do princípio da dignidade da pessoa humana demanda um delineamento de um mínimo existencial, inserido nisso, encontra-se à moradia adequada permeada por um meio ambiente equilibrado, que contemple pilares necessários, havendo a ausência de um mínimo para subsistência, não existem condições dignas.

À moradia e seus desdobramentos são reconhecidos ao nível de um direito de envergadura internacional, conforme o conteúdo inserido no artigo 11 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 que foi posteriormente ratificado no Brasil na data de 24 de janeiro de 1922, em conformidade com a ONU (1996): “Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida”.

Desse modo, à moradia é um direito fundamental caracterizado como de segunda dimensão, que em conjunto com os demais direitos considerados de primeira dimensão compõem o que se espera para viver com dignidade (Gonçalves; Rezende, 2022, p. 92).

O direito à moradia na Constituição Brasileira de 1988 é contemplado como sendo um direito social fundamental, encontra-se localizado no artigo 6º, tal direito foi inserido no ordenamento jurídico por meio de uma Emenda Constitucional do ano de 1990 e introduzido no Capítulo II, no Título II que abrange a temática dos Direitos e Garantias Fundamentais. Muito embora, o tempo que já tenha se passado desde a sua recepção, ainda o direito à moradia perpassa por processos de construção, como veremos no caso da Regularização Fundiária e por ainda milhares de cidadãos estarem à margem da vulnerabilidade e em precárias condições de moradias (Brasil, 1988).

Sérgio Iglesias Nunes de Souza (2009, p. 43-45), conceitua sabiamente à moradia como:

À moradia consiste em bem irrenunciável da pessoa natural, indissociável de sua vontade e indisponível, que permite a fixação em lugar determinado, não só no físico, como também a fixação dos seus interesses naturais da vida cotidiana,

exercendo-se de forma definitiva pelo indivíduo e, secundariamente, recai o seu exercício em qualquer pouso ou local, mas sendo objeto de direito e protegido juridicamente. O bem da “moradia” é inerente à pessoa e independe de objeto físico para a sua existência e proteção jurídica. Para nós “moradia” é elemento essencial do ser humano e um bem extrapatrimonial. “Residência” é o simples local onde se encontraria o indivíduo. E a “habitação” é o exercício efetivo da “moradia” sobre determinado bem imóvel. Assim, “a moradia” é uma situação de direito reconhecida pelo ordenamento jurídico, assim como ocorreu com o domicílio em relação à residência, na interpretação mencionada por Washington de Barros Monteiro. Dessa forma, moradia também é uma qualificação legal reconhecida como direito inerente a todo o ser humano, notadamente, em face da natureza de direito essencial referente à personalidade humana.

Nesse contexto, pode-se também dizer que o direito à moradia não é estático, tendo em vista que sua relação com a igualdade social e com a dignidade humana autoriza a mobilidade, assim como é capaz de agregar valores e interesses sociais (Oliveira, 2017, p. 21).

Assim, o reconhecimento do direito à moradia simboliza a proteção jurídica da posse, articulada com outros elementos de idêntica relevância, como o acesso aos serviços públicos básicos, como saúde, educação, infraestrutura e, ainda, uma localização que possibilite que seus moradores criem laços sociais. Denota-se que o direito à moradia é um dos elementos centrais que integram o direito à cidade, que surgiu com o objetivo de trazer mais equilíbrio a um modelo de urbanização excludente (Outeiro; Dias; Nascimento, 2020, p. 168).

Quando da positivação do Estatuto da Cidade, houve uma nova perspectiva da ordem urbanística popular, já que ela surgiu contra à lógica de regularização e urbanização anteriormente existente, ou seja, ao invés da cidade informal tentar se adequar as normas urbanísticas, é a própria cidade que irá se moldar as novas legislações espaciais da cidade, por meio da compreensão, na medida do possível, de critérios urbanísticos no caso de assentamentos informais na cidade formal, como na possibilidade de áreas designadas como Zonas de Interesse Social, sendo permitido assumir padrões adaptáveis em uma urbanização possível. Nesta mesma direção, caminha a afirmação de Sundfeld (2002, p. 59-60) “Com o Estatuto da Cidade a equação se inverte: a legislação deve servir não para impor um ideal idílico de urbanismo, mas para construir um urbanismo a partir dos dados da vida real”.

Convém ressaltar, também que a Lei do Parcelamento do Solo Urbano, Lei Federal nº6.766/1979, teve a sua parcela de contribuição para um novo olhar sobre a temática do espaço urbano, até então se tinha uma visão restrita de um conjunto de lotes privados e de poucos espaços públicos. Esta lei reconheceu dentre outros conteúdos a fundamental participação do ente público na elaboração e efetivação de regramentos que dispusessem de diretrizes aceitáveis para o parcelamento do solo e seu aproveitamento, alargando de forma considerável o conceito de espaço público.

Muito embora a Lei do Parcelamento do Solo não ter nascido provida de princípios fundamentais, tais como a função social da cidade e da propriedade, já que anterior ao movimento de

constitucionalização, quanto aos critérios objetivos de ocupação e parcelamento do solo relativamente forneceu parâmetros que foram usados pelo Estatuto da Cidade (Meylan, 2016, p. 352).

Porém, quanto à disciplina da Regularização Fundiária não foi objeto de atenção na Lei do Parcelamento do Solo Urbano, mas, instituiu uma certa flexibilização no que tange ao requisito do título de propriedade, nos casos específicos de registros de desmembramentos ou loteamentos de habitação popular. Posteriormente, essas matérias ganharam maior atenção pelo Estatuto da Cidade.

Através do Estatuto da Cidade Lei nº10.257 de 10 de julho de 2001, legislação responsável por introduzir e agregar uma série de avanços no cenário urbanístico, regulamentando à política urbana cuja finalidade é contemplar um amplo desenvolvimento no aspecto das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, em seu artigo 2º, inciso XIV, dispõe sobre a Regularização Fundiária e em decorrência disso acerca da urbanização de áreas ocupadas por moradores de baixa renda.

Assim, aduz:

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes:

[...]

XIV- regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais (Brasil, 2001).

Em uma análise preliminar, se verifica que o instituto da Regularização Fundiária na categoria urbana (REURB), consiste em um mecanismo importante para assegurar, bem como proteger o direito à moradia, não a inviabilizando e concomitantemente colaborando para que uma parte da população sofra menos com os impactos da segregação social (Muniz; Silva, 2017; Outeiro; Nascimento, 2016, p. 169).

A Regularização Fundiária constitui-se em um procedimento por meio do qual são tomadas medidas de caráter social, urbanístico e jurídico para que aquelas propriedades que se encontram irregulares possam ser regularizadas e consequentemente passando a serem legais, atendendo aos parâmetros designados pelas legislações brasileiras (Muniz; Silva, 2017, p. 169). É um processo multidimensional, que conjuga a uma regularização urbanística com a jurídica, possibilitando proporcionar uma infraestrutura básica. Como uma parcela da população não consegue atingir os parâmetros legais exigidos, a Regularização Fundiária é um meio de garantia ao acesso de direitos daqueles que ocupam áreas irregulares, e assim, estarem mais próximos a uma vida digna (Fernandes, 2006, p. 16).

Convém salientar, que a Regularização Fundiária possui uma particularidade imprescindível, que é o fato do interesse social, este núcleo permite que o direito de preferência do ente público perante espaços delimitados dentro das extensões urbanas. Todavia, a Regularização Fundiária

(REURB), não se limita somente aqueles assentamentos populares, também pode ser utilizada para a regularização de interesse específico, visto que há loteamentos e bairros cujo seus integrantes são de classe média ou alta, que não estão de acordo com as leis, acabam por adequar estes imóveis a plena ordenação do espaço urbano (Meylan, 2016, p. 352).

Na época atual, a legislação federal brasileira propicia procedimentos jurídicos para viabilizar a Regularização Fundiária, removendo uma ampla parte da população de conjuntos urbanos irregulares, informais e até mesmo clandestinos, o que acarreta na possibilidade de não somente disponibilizar à moradia digna, mas também a propriedade imobiliária titulada, com a presença de equipamentos urbanos, o que abre um leque de oportunidades para buscar a conquista de um financiamento para edificação de uma moradia digna. A Regularização Fundiária cuida dos regramentos que visam compatibilizar um empreendimento imobiliário as normas jurídicas, concedendo o título de propriedade para aquele que estava inserido na clandestinidade, e com isso atingir a dignidade humana (Lisboa; Reis, 2021, p. 1809).

### **3 A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA SOB O VIÉS DA SOLIDARIEDADE ENQUANTO DEVER FUNDAMENTAL**

O instituto da Regularização Fundiária foi elaborado para atuar justamente como uma forma de solução para aquela parcela da população que ocupam áreas que estão desprovidas de regularidade, ou seja, aqueles imóveis que se encontram sem o devido registro imobiliário ou caso tenham estão irregulares, para que sejam adequados e incorporados ao ordenamento jurídico formal, conquistando a condição de proprietário (Vargas, 2021, p. 89).

A Lei Federal de nº13.465 de 2017, que foi regulamentada através do Decreto nº9.310 de 2018, foi responsável por aperfeiçoar aqueles institutos que foram recepcionados por meio da Lei Federal de nº11.977 de 2007, assim como instaurou inovações como a legitimação fundiária, o direito de laje, condomínio de lotes, loteamento de acesso controlado, além de outros diplomas jurídicos, representam um significativo papel normativo, em razão de integrar núcleos urbanísticos informais ao ordenamento urbano (Brasil, 2017).

Tal preceito jurídico classifica a Regularização Fundiária em três modalidades: i) Reurb de interesse social: regularização fundiária urbana de interesse social, aplicável a núcleos urbanos informais ocupados predominantemente por população de baixa renda, sendo o Município encarregado pela adequação de obras de infraestrutura social (art.13, inc. I); ii) Reurb de interesse específico: cabível naqueles núcleos urbanos informais ocupados por população não qualificada como sendo de baixa renda, neste caso o projeto irá informar quem será o incumbido para a adequação ou ainda, implantação (art.13, inc. II); iii) Reurb inominada: é utilizada para aqueles casos em que as glebas parceladas com finalidade urbana (loteamentos antigos) são anteriores a Lei Federal nº6.766 de 1979, que não detém registros (art.69) (Brasil, 1979).

A definição legal da Regularização Fundiária está elencada no artigo 9º da Lei Federal nº13.465 de 2017, que “[...] abrange medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes [...]” (Brasil, 2017). A lei da Reurb elaborou instrumentos para proporcionar uma melhor organização das propriedades na cidade e também deu atenção para regularização rural, buscando uma ocupação de forma mais eficiente e funcional (Tartuce, 2018, p. 5).

Os legitimados a requerer e executar a Regularização Fundiária estão enumerados no artigo 14 da Lei Federal nº13.465 de 2017, sendo eles os entes da federação (União, Distrito Federal, Estados e Municípios), os proprietários, aqueles que serão provavelmente interessados e beneficiados pela REURB, individual ou coletivamente (associações de moradores, fundações, cooperativas habitacionais, organizações sociais, organizações da sociedade civil que tenham no conteúdo de suas agendas o desenvolvimento urbano), o Ministério Público e a Defensoria Pública. Igualmente, vale destacar que aqueles proprietários de imóveis, incorporadores ou até mesmo loteadores, conseguirão pleitear a regularização de empreendimentos ou loteamentos que se encontram irregulares ou até mesmo na clandestinidade, desde que assumam as parcelas de suas responsabilidades (Gonçalves; Rezende, 2022, p. 97).

Outrossim, no artigo 15 deste mesmo diploma legal, constam em um rol exemplificativo, os institutos jurídicos que podem ser utilizados na regularização fundiária tais como:

A legitimação fundiária e a legitimação de posse; a usucapião; a desapropriação em favor dos possuidores; a arrecadação de bem vago; o consórcio imobiliário; a desapropriação por interesse social; o direito de preempção; a transferência do direito de construir; a intervenção do poder público em parcelamento clandestino ou irregular; a alienação de imóvel pela administração pública diretamente para seu detentor; a concessão de uso especial para fins de moradia; a concessão de direito real de uso; e a doação, dentre outros (Outeiro; Dias; Nascimento, 2020, p. 171).

Por outro lado, a Regularização Fundiária trouxe um instrumento recente para o ordenamento jurídico, como é o caso da legitimação fundiária. Este instituto enseja o reconhecimento da aquisição originária de direito real de propriedade em relação a uma unidade imobiliária (tanto pública ou privada) que integra o conteúdo da REURB. A legitimação fundiária apenas pode ser utilizada em núcleos urbanos que estão na informalidade e consolidados dentro do período até 22 de dezembro de 2016 (art.11, VII, art.9, §2º, Lei nº13.465/2017).

Por conseguinte, a legitimação fundiária por constituir um meio ordinário de aquisição de direito real de propriedade, resulta em zerar e desaparecer tudo o que poderia ter incido sobre o imóvel, como na hipótese de não haver cobrança de impostos pela transferência daquele imóvel que irá fazer parte de um beneficiário da REURB (Tartuce, 2018, p. 8).

Salienta-se que é perceptível que no projeto de Regularização Fundiária se dá uma melhor atenção a questão da titulação, visto que não tem como obrigatoriedade prever uma implantação de infraestrutura urbana, com equipamentos urbanos essenciais, sendo o suficiente a elaboração de um

cronograma para a execução, deixando que esta infraestrutura possa ser realizada posteriormente a finalização da REURB, art. 36, §3º, da Lei nº 13.465 de 2017 (Ferreira Filho, 2018, p. 1465).

As normas e procedimentos da Regularização Fundiária demonstram a importância das atividades executadas em conjunto como o Município, o Registrador de Imóveis, o Notário, Ministério Público, Judiciário e os experts em arquitetura, engenharia e meio ambiente, o que demonstra a necessidade de um desempenho multidisciplinar para objetivar a Regularização Fundiária (Lisboa; Reis, 2021, p. 1809).

Além disso, a REURB, orienta-se como uma ferramenta apta a assegurar aos cidadãos o acesso ao direito à moradia, já que com a obtenção da titulação do domínio, surge a possibilidade de auxiliar na mudança de uma realidade segregadora, como forma de conferir proteção a dignidade da pessoa humana e também para alcançar uma sociedade mais justa e solidária. E, é sobre o viés do princípio da solidariedade que se pretende analisar a regularização fundiária, por conta de um interesse coletivo a assegurar a concretização da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, várias mudanças foram incorporadas no sistema jurídico brasileiro por conta da inserção do constitucionalismo contemporâneo, por causa disso, ao lado do princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da solidariedade, passaram a formar um mecanismo condutor importante perante todo o ordenamento, já que surgiu uma nova concepção existente entre indivíduo e sociedade, isto é, resultando em uma releitura das relações jurídicas para um viés Constitucional (Vargas, 2021, p. 90).

A Constituição Federal de 1988, introduziu em seu conteúdo valores sociais, no caso da solidariedade imprimiu no seu conteúdo de forma explícita o artigo 3º, inciso I, a definição que constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “Construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

Lisboa e Reis (2021, p. 1811-1812) esclarecem:

Importante destacar, ainda, uma nova perspectiva do direito constitucional previsto na Constituição Federal de 1988, que se refere à solidariedade, constante no art. 3º como um dos objetivos da CF/88. A solidariedade, enquanto princípio basilar da Constituição Federal, conduz a uma nova forma de entender e compreender a relação existente entre pessoa e a sociedade, assim como entre pessoa e o Estado, que não se confunde com filantropia ou piedade. Trata-se de uma nova forma de pensar e encarar a sociedade de um modo geral. O vetor principal de referido princípio é a dignidade da pessoa humana, enquanto indivíduo, mas surge uma sutil e importante perspectiva: modifica-se a forma de encarar as relações jurídicas, altera-se a forma de viver em comunidade, altera-se o arquétipo, prima-se pelo bem-estar social e passa a se pensar em prol do coletivo.

Nesse sentido, entende-se que a solidariedade possui enfoque jurídico, atuando como um dever de conduta regrado pela colaboração intersubjetiva do ser humano, objetivando o interesse coletivo, neste caso, não se relaciona assim como não deve ser objeto de confusão com o sentido

de fraternidade, conectada ao campo subjetivo, de caráter voltado para a liberdade e sensação de compaixão (Ziemann, 2018, p. 95).

Trata-se de um atual paradigma para o direito, pois, vislumbra aprimorar o Estado, os componentes da sociedade, irradiando na qualidade de vida dos cidadãos, surtindo efeito de um ordenamento jurídico que preconiza valorar à dignidade no seu aspecto mais amplo, conscientizando aos participantes da responsabilidade social, onde é deixado de lado o individualismo exacerbado, bem como a indiferença social (Cardoso, 2010, p. 92).

Nesta direção, Sarlet e Fensterseifer (2017, p. 65), definem que a solidariedade expressa “A necessidade (e, na forma jurídica, o dever) fundamental de coexistência (e cooperação) do ser humano em um corpo social, formando a teia de relações intersubjetivas e sociais que se traçam no espaço da comunidade estatal.”

Na perspectiva de Reis e Konrad (2015, p. 79), categorizam a solidariedade sob três prismas distintos: valor moral, valor ético e valor jurídico:

O conceito de solidariedade é muito amplo. Entretanto, para facilitar o entendimento, pode-se dividi-lo sob alguns enfoques, quais sejam: valor moral, valor ético e valor jurídico. Sob o aspecto moral, a solidariedade é entendida como generosidade, bondade e compaixão, intimamente ligada à ideia de caridade proveniente do cristianismo. Na perspectiva ética, o sentido encontra-se conectado à solidariedade filosófica, ou seja, a partir da cooperação com o outro, como dever se responsabilidade para com o outro sob uma perspectiva de alteridade. Já como valor jurídico-social, pretende reunir as pessoas sob uma perspectiva do bem comum, dizendo respeito a todas as partes de um todo social.

A solidariedade como matriz principiológica surgiu para mudar a posição do enfoque individualista e, em decorrência disso, a segregação social. Este valor, ao se inserir ao ordenamento jurídico, concedendo ainda mais relevância a pessoa do outro, reconhecendo a importância do contexto social (Cardoso, 2013, p. 157).

Sob o ponto de vista da solidariedade como objetivo fundamental, ela atua como um instrumento catalizador em relação ao agir individual e o desejo da Constituição. Tem como missão reger as relações, assim como, exercer uma tarefa indispensável na ponderação daqueles interesses que se encontram em conflito. Assim, estando diante de interesses contrapostos, estes precisam passar por uma análise de proporcionalidade, já que a depender das consequências podem atingir e refletir em uma série de pessoas (Kunde; Reis, 2018, p. 31-32).

O legislador, no momento de expressamente recepcionar a solidariedade inovou, no sentido de deixar claro no ordenamento jurídico que diante dos seus parâmetros, a exclusão, o individualismo, não tem mais espaço na atualidade, ou seja, esta premissa deve ser observada e aplicada em um contexto jurídico-social, na elaboração de legislações ordinárias, nas políticas públicas, igualmente na aplicação do direito, por todos os integrantes da sociedade (Marisco; Alves, 2015, p. 19).

A proposição do princípio da solidariedade, nasce com o escopo de calibrar as instituições sistematizadas e o direito, para assegurar plenamente o valor fundamental da dignidade, visto que o interprete jurídico verificou que já não era mais possível deixar de lado o enfoque das questões sociais, em razão de que o direito foi idealizado para acolher todos os interesses, em outras palavras, interesses individuais, difusos e também coletivos, para que possam ser todos eles harmonizados (Cardoso, 2013, p. 201).

José Casalta Nabais (2005, p. 112) em análise da solidariedade explica que:

[...] daí também que a solidariedade, enquanto fenômeno estável ou duradouro e mais geral, se refere à relação ou sentimento de pertença a um grupo formação social, entre os muitos grupos ou formações sociais em que o homem manifesta e realiza atualmente sua affectio societatis, dentro dos quais sobressai naturalmente a comunidade paradigma dos tempos modernos – o Estado. Do que resulta que a solidariedade pode ser entendida quer no sentido objetivo, em que se alude à relação de pertença e, por conseguinte, de partilha e de co-responsabilidade que liga cada um dos indivíduos à sorte e vicissitudes dos demais membros da comunidade, quer em sentido subjetivo e de ética social, em que a solidariedade exprime o sentimento, a consciência dessa mesma pertença à comunidade.

A legitimidade da solidariedade como objetivo fundamental, vem para introduzir um dever de exercitar o raciocínio sobre a função social do direito como um todo, tanto do Estado quanto nas relações particulares. Nesse sentido, Eros Belin de Moura Cordeiro (2009, p. 227), expõe que em “[...] decorrência direta do princípio da dignidade humana, o princípio da solidariedade, traduzido em uma conjugação de esforços para a consecução de fins comuns, supera o individualismo característico do sistema oitocentista”.

A dignidade da pessoa humana, constitui-se como princípio-matriz do ordenamento jurídico brasileiro, já a solidariedade nessa conjuntura pode-se dizer que significa e tem como finalidade a sua concretização. A relevância da solidariedade, como dever fundamental opera como uma grande evolução no desenvolvimento social, visto que opera como um mecanismo de garantia de direitos fundamentais, assim como contribui na prevenção e na resolução de conflitos (Kunde; Reis, 2018, p. 34).

Verifica-se através do viés da solidariedade que a Regularização Fundiária, tem o propósito de absorver aqueles núcleos urbanos que se encontram informais para transformá-los em imóveis capazes de integrar legalmente o ordenamento territorial urbano, o que faz possibilitar a esses cidadãos contemplados com a REURB de atingir a dignidade humana, já que a posse que anteriormente era caracterizada como informal, passa a ser formal com a garantia da aquisição de um título de propriedade.

## CONCLUSÃO

O artigo analisou o contexto da constitucionalização do direito à cidade sob o viés de um novo olhar ao espaço urbano, assim como o direito fundamental à moradia assegurada pelo instrumento da regularização fundiária sob uma perspectiva da solidariedade enquanto dever fundamental.

Verificou-se que sob a égide da Constituição Federal de 1988, esta veio a assumir uma posição central perante toda a ordem jurídica, sendo responsável por irradiar um complexo de bens, direitos e valores fundamentais. O que refletiu nas normas relativas a matéria urbanística, resultando em um importante e extenso processo de constitucionalização do direito da cidade.

O conteúdo urbanístico, representado pelas leis infraconstitucionais passaram a ser criadas aplicadas e também interpretadas, conforme as diretrizes constitucionais, voltadas a função social da cidade, que dentre sua larga abrangência, busca assegurar o direito à moradia digna, uma função socioambiental da propriedade, assim como dever fundamental de uma sociedade livre, justa e solidária.

Como foi possível verificar, a Regularização Fundiária – REURB, determinada pela Lei Federal nº 13.465 de 2017, criou mecanismos para favorecer a regularização de núcleos que se encontram na informalidade, produzindo alternativas para que habitantes que estejam nesta situação possam adquirir a titularidade da propriedade. Nesse sentido, ao assegurar direitos fundamentais, como o acesso à moradia, a titularidade da propriedade, integrando essas pessoas a uma cidade inclusiva, sendo sujeitos de direitos o que traduz na materialização da dignidade da pessoa humana.

Em resposta ao problema apresentado, diante do todo exposto evidencia-se que a Regularização Fundiária é um instrumento compatível e adequado para efetivação do princípio da solidariedade como um dever jurídico, visto que tal instrumento de política urbana beneficia toda uma coletividade, gerando crescimento econômico para o ente municipal, resultando no bem-estar da população, assim como permite melhores condições de vida às pessoas, o que representa avanços importantes ao ordenamento e desenvolvimento das funções sociais da cidade.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional e a constitucionalização do direito. In: BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitucionalizado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitucionalizado.htm). Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979**. Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1979. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6766.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6766.htm). Acesso em: 20 mar. 2022.

**BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001.** Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm). Acesso em: 20 mar. 2022.

**BRASIL. Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017.** Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm). Acesso em: 20 mar. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CARBONELL, Miguel. Nuevos tiempos para el Constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

CARDOSO, Alenilton da Silva. **Princípio da solidariedade**: o ético do paradigma direito contemporâneo. São Paulo: Ixtlan, 2013.

CARDOSO, Alenílton da Silva. **Princípio da solidariedade**: o paradigma ético do direito contemporâneo. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2010.

CORDEIRO, Eros Belin de Moura. **Da revisão dos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. 276 p.

CORREIA, Arícia Fernandes. Constitucionalização do direito à cidade: direito fundamental à moradia adequada, regularização fundiária e legitimação da posse. In: AZEVEDO, Fábio de Oliveira; MELO, Marco Aurélio Bezerra. **Direito imobiliário**: escritos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira. São Paulo: Atlas, 2015.

FERNANDES, Edésio. A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil. In: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio. **Direito urbanístico**: estudos brasileiros e internacionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 3-23.

FERREIRA FILHO, Paulo Sergio. As lógicas por trás das políticas de regularização fundiária: a alteração de paradigma pela lei 13.465/2017. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1449-1482, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/32040>. Acesso em: 20 mar. 2022.

GONÇALVES, Antonieta Caetano; REZENDE, Elcio Nacur. Moradia, propriedade e meio ambiente: a regularização fundiária urbana (reurb) como instrumento de efetivação dos direitos socioambientais. **Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 12, n. 2, p. 85-101, 2022. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesarrollo/article/view/1360>. Acesso em: 20 mar. 2022.

KUNDE, Bárbara Michele Moraes; REIS, Jorge Renato. A construção de um novo paradigma de sociedade fraternas: reflexões a partir do princípio da solidariedade para a concretização de direitos fundamentais. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. 27., 2018, Porto Alegre. **Anais** [...]. Porto Alegre: CONPEDI, 2018. p. 21-38.

LISBOA, Juliana Follmer Bortolin; REIS, Jorge Renato. A função social do registrador de imóveis na efetivação, quando da regularização fundiária, do acesso à moradia formal e, em consequência, da dignidade humana. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 4, p. 1803-1817, 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/45093>. Acesso em: 23 mar. 2022.

MARISCO, Francele Moreira; ALVES, Jaime Leônidas Miranda. Os direitos fundamentais e a solidariedade social como perspectiva para um novo olhar para o direito contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UFU**, Uberlândia, v. 43, n. 1, p. 1-24, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.14393/RFADIR-v43n1a2015-30409>. Acesso em: 16 jul. 2021.

MEYLAN, Arleide. A regularização fundiária de interesse social e o processo regulatório jurídico-administrativo para consolidação do direito a moradia. **Journal of Law and Regulation**, Brasília, DF, v. 2, n. 2, p. 345–366, 2016. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rdsr/article/view/19240>. Acesso em: 22 mar. 2022.

MOREIRA, Mariana. A história do estatuto da cidade. In: Dallari, Adilson Abreu; Ferraz, Sérgio. **Estatuto da cidade**: comentários à lei federal 10.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 31-36.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. A constitucionalização do direito da cidade. **Revista Brasileira de Gestão Urbana**, Curitiba, v. 9, n. 3. p. 527-542, 2017. DOI: <https://doi.org/10.1590/2175-3369.009.003>

MOURA, Emerson Affonso da Costa. As funções sociais da cidade e a Constituição federal de 1988: das Cartas de Atenas à ordem pluralista constitucional. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 4, p. 2216-2238, 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/50812>. Acesso em: 16 jul. 2021.

MUNIZ, Maria Águeda Pontes Caminha; SILVA, Márcia Maria Pinheiro. Regularização fundiária e direito à moradia. **Revista PGM**, Fortaleza, v. 25, n. 1, 2017. Disponível em: <https://revista.pgm.fortaleza.ce.gov.br/revista1/article/view/306/200>. Acesso em: 20 mar. 2022.

NABAIS, José Casalta. Solidariedade social, cidadania e direito fiscal. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra. **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.

OLIVEIRA, Flávia Bernardes. **Direito à moradia sobre áreas ocupadas**. Curitiba: Juruá, 2017.

ONU. **Declaração sobre o direito ao desenvolvimento**, Genebra: Assembléia Geral das Nações Unidas, 4 dez. 1986. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/bmestar/dec86.htm>. Acesso em: 18 mar. 2022.

OUTEIRO, Gabriel Moraes; DIAS, Daniella Maria dos Santos; NASCIMENTO, Durbens Martins. Direito à moradia e a lei da regularização fundiária (Lei nº13.465/2017): um estudo sobre o instituto de legitimação fundiária. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 3, p. 162-179, 2020. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/37395>. Acesso em: 20 mar. 2022.

OUTEIRO, Gabriel Moraes; NASCIMENTO, Durbens Martins. Direito humano à moradia e a regularização fundiária na Amazônia: limites e possibilidades. *Pensar*, Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 507-533, 2016.

REIS, Jorge Renato. Os direitos fundamentais de tutela da pessoa humana nas relações entre particulares. In: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta. (org.). **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007. p. 2033-2064.

REIS, Jorge Renato; KONRAD, Letícia Regina. O direito fundamental à solidariedade: a aplicação do instituto no direito civil. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 20, n. 1, p. 59-87, 2015. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/7195>. Acesso em: 22 mar. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. O Estatuto da cidade e suas diretrizes gerais. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Estatuto da cidade**: comentários à lei federal nº10.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 59-60.

TARTUCE, Flavio. A lei da regularização fundiária (lei 13.465/2017): análise inicial de suas principais repercussões para o direito de propriedade. *Pensar*, Fortaleza, v. 23, n. 3, p. 1-23, jul./set. 2018. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/7800>. Acesso em: 22 mar. 2022.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. São Paulo: Renovar, 2001. 15 p.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VARGAS, Thiago de Castro Brandão. Regularização fundiária e direito à moradia digna: o princípio da solidariedade como paradigma. In: REIS, Jorge Renato; FREITAS, Priscila. **Intersecções jurídicas entre o público e o privado**: a dogmática do princípio da solidariedade. Curitiba: Ithala, 2021.

ZIEMANN, Aneline dos Santos. **A concepção solidarista de solução de conflitos nas relações inter -privadas frente à relativização da dicotomia público/privado e as adequações no ensino jurídico brasileiro**: proposta de novo perfil de egresso em superação à lógica do litígio e em direção à lógica da solidariedade. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2018.

Recebido em: 01/05/2022

Aceito em: 26/08/2023

## EXECUÇÕES FISCAIS MUNICIPAIS E A RACIONALIZAÇÃO NA COBRANÇA: ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE MUNICÍPIOS DO ALTO TIETÊ

## MUNICIPAL TAX EXECUTIONS AND RATIONALIZATION IN COLLECTION: COMPARATIVE ANALYSIS AMONG MUNICIPALITIES OF ALTO TIETÊ

**Fábio Camargo\***  
**Ricardo Geraldo Rezende Silveira\*\***

\*Mestre em Direito, Justiça e Desenvolvimento pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Pós-graduado em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Graduado em Direito pela Universidade Braz Cubas (UBC). Palestrante e Presidente da Comissão OAB Vai à Escola de Mogi das Cruzes (17<sup>a</sup> Subseção da OAB/SP) e Relator do Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil (27<sup>a</sup> Turma do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/SP). Advogado. Professor. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5190-5457>

\*\* Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo/USP. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduado em Direito - Faculdades Milton Campos. Pesquisador a nível de pós-doutoramento junto à Universidade Nova de Lisboa - Nova School of Law. Juiz federal licenciado do Tribunal Regional Federal da 3<sup>a</sup> Região. Docente permanente no mestrado profissional do IDP/SP.

**Como citar:** CAMARGO, Fábio; SILVEIRA, Ricardo Geraldo Rezende. Execuções fiscais municipais e a racionalização na cobrança: análise comparativa entre municípios do Alto Tietê. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 19, n. 2, p. 148-169, jul. 2024. DOI: 10.5433/1980-511X.2024.v19.n2.p148-169. ISSN: 1980-551X.

**Resumo:** Visa o presente artigo analisar as execuções fiscais em relação a alguns municípios que compõem a região do Alto Tietê, notadamente as cidades de Itaquaquecetuba, Mogi das Cruzes e Suzano. A pesquisa teve como foco observar o grau de satisfação dos créditos tributários submetidos à cobrança judicial entre 2016 e 2018, verificando também se as legislações locais contemplam métodos alternativos para a satisfação dos créditos. Nesse cenário, foram cotejados os Códigos Tributários Municipais, relatórios de pesquisas econômicas, dados fornecidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo e doutrinas especializadas, os quais indicaram não só o alto grau de judicialização das cobranças levadas a efeito pelas municipalidades, como a baixa satisfação dos valores, apontando que muitos processos abrangiam valores considerados como de baixo proveito econômico, evidenciando deficiências quanto à criação de mecanismos alheios à esfera judicial para diminuir a inadimplência dos contribuintes e reduzir os executivos fiscais.

**Palavras-chave:** processo de execução fiscal; municípios; racionalização da decisão.

**Abstract:** This study analyzes tax executions across several municipalities in the Alto Tietê region, focusing notably on Itaquaquecetuba, Mogi das Cruzes, and Suzano. This paper assesses the effectiveness of judicial collection of tax credits between 2016 and 2018, and to examine whether local laws include alternative methods for satisfying these credits. Municipal Tax Codes, economic research reports, data from the São Paulo Court of Justice, and specialized doctrines were utilized. Findings indicate a significant reliance on judicial processes for municipal collections, with low satisfaction rates in recovering tax amounts. Many cases involved tax credits of limited economic value, highlighting shortcomings in developing non-judicial mechanisms to reduce taxpayer defaults and fiscal executions.

**Keywords:** tax enforcement process; municipalities; decision rationalization.

## INTRODUÇÃO

Em que pese o ordenamento jurídico brasileiro consagre várias modalidades de aquisição de recursos financeiros em benefício da administração pública, ainda hoje as verbas oriundas das obrigações tributárias assumem papel de destaque. Isso porque elas são as responsáveis pela manutenção da estrutura administrativa, o custeio das despesas, além do fornecimento de produtos e serviços essenciais aos brasileiros, viabilizando a concretização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Ao longo dos anos e com a promulgação da Constituição Federal de 1988, os municípios deixaram de ser mera unidade administrativa, conquistando o *status* de unidade gestora também responsável pela condução das estruturas sociais brasileiras. Diante dessa mudança de paradigma, eles passaram a assumir responsabilidades e encargos não somente perante ao Estado-membro e à União, como principalmente aos seus municípios, devendo-lhes garantir serviços públicos de interesse local, especialmente o transporte coletivo, manutenção de vias, fornecimento de educação infantil e fundamental, atendimento à saúde, proteção ao patrimônio histórico-cultural, limpeza de parques e praças, promover eventos culturais, atrações turísticas, programas de construção de moradias e melhorias de condições habitacionais e sanitárias etc.

Por serem os entes federados mais próximos dos cidadãos, de modo que os gestores municipais enfrentam diretamente todos os problemas que acometem o povo brasileiro, a capacidade financeira das Prefeituras deve ser razoável para fazer frente às despesas emergenciais. Logo, a receita tributária própria desses entes, por mais ínfimas que possam representar em termos financeiros, pode significar melhores condições de vida aos cidadãos daquela cidade ou então o corte de verba para atividades estatais essenciais, tais como educação básica, redução dos alimentos oferecidos nas escolas, manutenção de locais públicos dentre outros.

Nesse cenário, para fazer frente a todas essas atribuições, os municípios devem manter um rígido e completo controle financeiro, dedicando os recursos públicos para as suas funções institucionais e empreender medidas para minimizar a inadimplência tributária, cobrada via execução fiscal.

Segundo dados fornecidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (São Paulo, 2017, p. 2-3), essa modalidade de cobrança é muito utilizada pelas Fazendas Públicas municipais, incluindo algumas cidades da região conhecida como Alto Tietê.

De acordo com as informações divulgadas pelo Consórcio de Desenvolvimento dos Municípios do Alto Tietê (CONDEMAT), a região é constituída por 12 municípios e acolhe cerca de três milhões de habitantes, integrando a Região Metropolitana de São Paulo. Além disso, ela detém uma economia diversificada, abrangendo a agricultura, o turismo e o comércio, bem como parques industriais. O desenvolvimento do Alto Tietê é ainda impulsionado dada a sua localização com acesso às principais rodovias nacionais, sendo estratégicamente importante para o desenvolvimento do Estado.

Dentre esses municípios, encontram-se Mogi das Cruzes, Suzano e Itaquaquecetuba, cada um com suas características próprias. Enquanto o primeiro detém um grande número de habitantes e o melhor Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), com economia constituída por empresas e produtores rurais, Itaquaquecetuba possui menor número de habitantes que Mogi das Cruzes, ostentando o terceiro melhor IDH dentre os municípios citados, com economia formada eminentemente por indústrias.

Suzano, por sua vez, dispõe de população inferior à de Itaquaquecetuba, assemelhando-se quanto à economia e superando-o no tocante ao IDH.

Diante das informações pontuadas pelo TJSP, bem como as peculiaridades apresentadas por cada um dos entes públicos, este artigo buscou analisar o comportamento dos referidos municípios quanto à forma de recuperação e satisfação dos créditos tributários baseados na Lei de Execuções Fiscais. Paralelamente à essa questão, a pesquisa pretendeu verificar se existem outros meios possíveis à disposição das municipalidades hábeis a alcançar a satisfação dos créditos tributários além da via judicial.

Ao adotar como linha de pesquisa a recuperação dos créditos pelos municípios com foco no desenvolvimento regional, a investigação pretendeu confirmar a hipótese de que as cobranças judiciais realizadas com base na Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980 (Brasil, 1980) não estariam sendo efetivas sob o ponto de vista de recuperabilidade e satisfação integral dos créditos.

Outrossim, a pesquisa objetivou igualmente confrontar a hipótese de que existem outros mecanismos disponíveis às municipalidades além das execuções fiscais para recuperar os créditos tributários, notadamente o aperfeiçoamento das legislações municipais para expandir as medidas de cobrança (tanto para débitos de grande como de pequena monta) semelhante ao que ocorre nas esferas estadual e federal.

Para tanto, foram comparados os dados fornecidos pelo TJSP em relação às execuções fiscais promovidas pelos municípios de Suzano, Itaquaquecetuba e Mogi das Cruzes.

O recorte temporal da pesquisa abarcou as execuções fiscais promovidas entre os anos de 2016, 2017 e 2018. A escolha do triênio foi baseada no Comunicado n. 183/2014 do TJSP, oriundo do processo interno n. 2013/176280 (São Paulo, 2014), determinando que os ajuizamentos das execuções fiscais municipais relacionados aos municípios de Itaquaquecetuba, Mogi das Cruzes e Suzano fossem feitos eletronicamente a partir de janeiro de 2015, forma de tramitação teoricamente mais rápida do que os processos físicos.

Ao comparar os dados das execuções iniciadas entre 2016 e 2018, a pesquisa objetivou analisar a postura das procuradorias municipais vinculadas aos aludidos municípios um ano após a exigência do peticionamento eletrônico – período razoável de adaptação aos procuradores –, verificando a evolução delas até o fim de dezembro de 2018.

Além da análise desses dados extraídos diretamente do sistema do TJSP, a pesquisa cotejou legislações municipais, relatórios de pesquisas econômicas, experiências de outras municipalidades e artigos científicos, valendo-se de métodos diagnóstico e dedutivo.

## 1 RACIONALIZAÇÃO NA PERSECUÇÃO DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS

Fruto da comunhão de interesses dos cidadãos buscando o bem-estar social, o Estado é uma instituição composta pela sociedade, criada para garantir principalmente a segurança e a harmonia geral da população, regulando a vida em comunidade (Hobbes, 2003, p. 143).

Nesse contexto, ele é responsável por organizar, estruturar e gerenciar, de maneira soberana, a rotina dos indivíduos residentes em um determinado território (Lopes; Maximo; Sant'ana, 2016, p. 98).

Sendo verdadeiramente a representação da coletividade, ele presta serviços sociais necessários para a convivência pacífica entre os cidadãos, atividades essas cujos indivíduos singularmente não teriam condições de concretizá-los, a exemplo da segurança pública e do saneamento básico. Além disso, o Estado tem também o condão de intervir na vida pessoal de cada um, regulando e controlando as atividades permitidas e aquelas proibidas dentro do território sob a sua égide.

Conforme mencionado alhures, a principal fonte de renda que torna possível essa organização estrutural e a administração social da população, advém dos tributos pagos pelos próprios cidadãos, dando base à sociedade contemporânea, consoante afirmado pelo inciso XXII do artigo 37 da Constituição Federal (Brasil, 1988).

No Brasil, após a Emenda Constitucional n. 19 de 1998 (Brasil, 1998), que praticamente reformou a estrutura administrativa do Estado brasileiro, foi instituído, dentro do rol de princípios da administração pública, a obrigação pela eficiência.

O pilar de sustentação que justificou a apresentação da aludida emenda foi a preocupação do Governo brasileiro com a crise fiscal que assolava o país, bem como a retomada do desenvolvimento econômico.

A Exposição de Motivos Interministerial n. 49 de 18 de agosto de 1995 esclareceu a necessidade da reforma afirmando o seguinte:

A crise do Estado está na raiz do período de prolongada estagnação econômica que o Brasil experimentou nos últimos quinze anos. Nas suas múltiplas facetas, esta crise se manifestou como crise fiscal, crise do modo de intervenção do Estado na economia e crise do próprio aparelho estatal. No que diz respeito a esta última dimensão, a capacidade de ação administrativa do Estado se deteriorou, enquanto prevalecia um enfoque equivocado que levou ao desmonte do aparelho estatal e ao desprestígio de sua burocracia.

Para este Governo, a reforma administrativa é componente indissociável do conjunto das mudanças constitucionais que está propondo à sociedade. São mudanças que

conduzirão à reestruturação do Estado e à redefinição do seu papel e da sua forma de atuação, para que se possa alcançar um equacionamento consistente e duradouro da crise.

O revigoramento da capacidade de gestão, de formulação e de implementação de políticas nos aparatos estatais será determinante para a retomada do desenvolvimento econômico e o atendimento às demandas da cidadania por um serviço público de melhor qualidade. Além disso, o aumento da eficiência do aparelho do Estado é essencial para a superação definitiva da crise fiscal (Brasil, 1995).

Na referida justificação, o termo eficiência foi utilizado no sentido econômico, acarretando a ideia de melhoria na capacidade de gestão.

O que se pretendia, portanto, é que, por meio de uma gestão administrativa eficiente, o Estado pudesse fomentar o desenvolvimento econômico, dando cabo da crise fiscal e financeira, além de atingir objetivos sociais, mormente a excelência nos serviços públicos ofertados à população.

Rompendo com a ideia de administração burocrática, que tinha como princípios orientadores o formalismo exacerbado, a profissionalização burocrática dos servidores públicos e a hierarquização funcional, a Proposta de Emenda à Constituição n. 173/95 – convertida posteriormente na Emenda Constitucional n. 19 – sugeriu a substituição pela chamada administração gerencial (Roveri, 2019, p. 125).

Com ela, o Poder Executivo pretendia fomentar “a assimilação pelo serviço público da centralidade do cidadão e da importância da contínua superação de metas de desempenho conjugada com a retirada de controles e obstruções legais desnecessárias” (Roveri, 2019, p. 125). Essa seria, na visão do Governo, uma das chaves para a melhoria dos serviços públicos e a recuperação do respeito e a imagem do servidor perante a sociedade. Calcado nessas premissas, a proposta foi aprovada, alterando-se o *caput* artigo 37 da Constituição Federal (Brasil, 1988).

Embora a inserção expressa no Texto Constitucional tenha ocorrido somente em 1998, o termo eficiência já era comum na legislação infraconstitucional, consoante disposto no Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967 (Brasil, 1967) e na Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (Brasil, 1995), forçando os gestores públicos a serem cada vez mais produtivos.

Tal fato impulsionou Marcelo Harger a intuir que o princípio da eficiência seria uma consequência lógica do Estado de Direito, uma vez que a lei, como expressão da vontade geral, sempre busca a sua ótima aplicação, sendo relevante nos atos discricionários, pois obrigaria o administrador a tomar a melhor decisão possível entre aquelas disponíveis (Harger, 1999, p. 181).

Sem menosprezar a legislação infraconstitucional, que há mais de 50 anos já previa a necessidade dos servidores públicos agirem de maneira eficiente, não há como se olvidar que a constitucionalização expressa desse princípio deu uma garantia maior ao cidadão quanto ao dever dos agentes estatais se pautarem com racionalidade administrativa, especialmente no tocante à gestão tributária e controle das verbas públicas.

Nesse diapasão, afigura-se bastante contemporânea a afirmação de Paulo Modesto quanto à discussão a respeito da inclusão do princípio na Carta Magna, segundo o qual “o princípio da eficiência, embora não seja novo em nosso sistema jurídico, merece ser revigorado” (Modesto, 2000, p. 108).

A eficiência administrativa, garantida pelo artigo 37 da Constituição Federal (Brasil, 1988), pressupõe que os agentes públicos devem abandonar a ideia tradicional do formalismo excessivo, afastando-se principalmente da burocracia exacerbada, que impõe muitas obrigações e procedimentos administrativos engessados, prestigiando a forma em detrimento do resultado.

Além da obediência à lei e o respeito à formalidade típica dos entes públicos, as decisões e os atos administrativos precisam ser pautados pela proatividade e a busca de resultados práticos para a população. Isso não significa, contudo, que os agentes públicos devem atropelar a legalidade e as garantias fundamentais dos cidadãos para se alcançar o máximo resultado.

Em outras palavras, o gestor público deve buscar a eficiência não no sentido próprio da iniciativa privada (perseguindo tão somente o lucro) (Mazza, 2012, p. 104), mas sim usando de modo racional os recursos públicos sem descuidar do cumprimento da legislação e realizando os fins prezados pela comunidade (Campello, 2003, p. 47).

Portanto, deve o Estado atuar com racionalidade, concentrando-se “no atendimento de necessidades básicas da coletividade, sob o signo da modernidade e da satisfação de direitos coletivos e difusos” (Tácito, 1995, p. 5).

A fiscalização e o controle da arrecadação tributária, embora não sejam as atividades finalísticas do Estado, se inserem dentro do escopo do serviço público, notadamente diante da redação do já mencionado artigo 37, inciso XXII da Constituição Federal. Logo, devem ser exercidas sem perder de vista o critério da eficiência.

## 2 DADOS SOBRE A LITIGIOSIDADE

Consoante informado anteriormente, para se apurar uma média do volume de demandas judiciais envolvendo as Fazendas Públicas dos municípios investigados neste trabalho, foi solicitado ao TJSP um relatório de processos judiciais distribuídos entre os anos de 2016 e 2018 (São Paulo, 2020). Embora a solicitação tivesse contemplado os quatro municípios investigados, por uma limitação sistêmica e erros cadastrais, os dados fornecidos abrangearam os foros de Mogi das Cruzes, Itaquaquecetuba e Suzano.

Nesse cenário, foram identificadas mais de 94 mil ações judiciais relacionadas direta ou indiretamente com a cobrança e a recuperação de débitos tributários reivindicados via Poder Judiciário. Dentro desse universo, composto pelas execuções fiscais, embargos à execução e embargos de terceiros, 90.541 processos foram ajuizados pelas referidas municipalidades com base na Lei n. 6.830/80 (Brasil, 1980).

Portanto, no intervalo de três anos, foram ajuizadas 90.541 execuções fiscais divididas entre os municípios de Mogi das Cruzes, Itaquaquecetuba e Suzano, abarcando valores relacionados a impostos, contribuições de melhoria, multas, taxas e débitos gerais inscritos em dívida ativa.

Especificamente em trâmite perante a Vara de Execuções Fiscais de Mogi das Cruzes, foram distribuídos 14.364 executivos fiscais em 2016, 11.731 em 2017 e em 2018 foram catalogadas somente 3.338 feitos, alcançando a marca de 29.433 execuções no triênio.

Desse total, 26.275 processos foram movidos pela Procuradoria mogicruzense, 1.713 pelo município de Biritiba Mirim (cidade cuja jurisdição abarca Mogi das Cruzes) e 1.445 pelo Serviço Municipal Autônomo de Água e Esgoto (SEMAE), autarquia sediada em Mogi das Cruzes.

Ao depurar os dados cadastrais preenchidos pelos próprios exequentes no momento da distribuição eletrônica dos processos, foram observadas algumas classificações dúbias e controversas. Isso porque normalmente o maior volume de passivo tributário dos municípios recaem sob as taxas, os impostos sobre a propriedade imobiliária e sobre os serviços, o que não foi observado em relação às demandas promovidas na comarca de Mogi das Cruzes.

No caso em particular, notou-se que das 26.275 execuções fiscais ajuizadas, 1.149 abarcavam taxas, multas e infrações administrativas. O IPTU foi de 3.217, o ISS totalizou 1.012 processos e o ITBI correspondeu a 26 executivos fiscais. Ademais, segundo o documento emitido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, os processos cobrando dívidas ativas diversas totalizaram 20.871 processos.

Os maiores demandados foram as pessoas físicas, somando 16.306 execuções, seguida das empresas, que totalizaram 9.969 processos.

Dentro do universo de demandas executivas envolvendo a jurisdição de Mogi das Cruzes apurou-se que, em relação à carga tributária municipal, a menor execução movida no período foi de R\$ 3,25, tratando-se do processo nº 1021356-91.2018.8.26.0361, a qual, até o encerramento desta pesquisa, sequer houve despacho inicial. Já a maior cobrança realizada pela prefeitura totalizou a importância de R\$ 553.643,03, oriunda do processo n. 1501514-39.2016.8.26.036. Os dois executivos abrangem débitos de natureza tributária, consubstanciada no Imposto Sobre Serviço.

Contudo, é importante salientar que a maior execução identificada no período analisado não foi ajuizada pela prefeitura, mas pela autarquia municipal de água e esgoto, montando a quantia de R\$ 806.834,59, relacionada à cobrança de consumo.

Apenas à título de curiosidade, o total cobrado pela via da execução fiscal ajuizada entre 2016 e 2018 foi de R\$ 130.057.411,64, alcançando a média de R\$ 4.417,86 por processo.

Assim, não obstante a discussão municipal travada desde 2010 acerca da desjudicialização das execuções fiscais de baixo proveito econômico (questão que será abordada nos tópicos seguintes), 4.094 processos ajuizados somente entre 2016 e 2018 versaram sobre débitos inferiores a R\$ 1.078,56 – equivalente a seis Unidades Fiscais, atualizado até março de 2020 – (excepcionadas as ações promovidas pelo SEMAE), piso estipulado pela Lei Complementar nº 71/2010 (Mogi das Cru-

zes, 2010), posteriormente superada pela também Lei Complementar nº 141/2018 (Mogi das Cruzes, 2018), que aumentou esse limite.

Esses dados demonstram não somente o descumprimento da lei pela Procuradoria municipal como também um quadro de conservadorismo dos agentes de cobrança, que optam pelo ajuizamento de ações executivas sem a adoção de critérios racionais, aumentando o volume de processos em trâmite no Poder Judiciário com baixo nível de proveito econômico.

Por fim, até a data do fechamento do relatório, que ocorreu em junho de 2020, somente seis processos estavam suspensos e 1.606 já tinha sido extintos pelo cumprimento integral do débito, remanescendo ativas no Poder Judiciário 24.663 execuções fiscais, as quais compuseram o acervo processual no ano de 2019. Em termos percentuais, mais de 93% dos processos ajuizados entre 2016 e 2018 não atenderam à sua finalidade, compondo a taxa de congestionamento do exercício de 2019 e somente 6% de todas as execuções promovidas neste período obtiveram êxito, beneficiando as finanças municipais. Ilustrativamente temos o seguinte quadro resumo:

**Tabela 1** – Quadro resumo de execuções fiscais – Panorama Mogi das Cruzes 2016/2018

**QUADRO RESUMO EXECUÇÕES FISCAIS - PANORAMA MOGI DAS CRUZES**

Ano	Execuções ajuizadas	Valor mínimo e máximo	Impostos			CDA's diversas	Taxas, multas e infrações administrativas
			ISS	IPTU	ITBI		
2016	14.365	R\$ 3,25 e R\$ 806.834,59					
2017	11.734		1.753	4.211	26	21.684	1.764
2018	3.340						

Em trâmite	27.827
Em extinção	1.606
Em suspensão	6

Fonte: Camargo (2020).

A experiência identificada no município de Suzano seguiu praticamente a mesma toada, com algumas peculiaridades, especialmente no tocante às informações cadastrais, as quais se mostraram mais organizadas.

Em Suzano, as distribuições das execuções fiscais movidas pela Procuradoria (excluídas as ações ajuizadas pelas prefeituras de Avaré e Paraibuna, municípios cuja jurisdição contempla o foro de Suzano) em 2016 foi de 2.329 processos, número que aumentou exponencialmente em 2017, alcançando a marca de 23.603 executivos. Já em 2018 a quantidade de ações ajuizadas foi de 3.220, totalizando no triênio 29.152 processos baseados na Lei n. 6.830/80 (Brasil, 1980), resultado pouco maior do que foi observado em Mogi das Cruzes.

As principais dívidas cobradas por meio das ações judiciais foram o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU), correspondente a 20.098 execuções, seguida do Imposto Sobre Serviço (ISS), que totalizou 4.409 processos. Contribuições de melhoria, infrações administrativas, multas e taxas representaram 4.081 ações e o Imposto Territorial Rural (ITR) totalizou duas medidas judiciais. Já a cobrança de dívidas ativas diversas somatizaram 564 execuções fiscais.

Assim como ocorreu nas demandas ajuizadas na comarca de Mogi das Cruzes, os processos distribuídos em Suzano demonstraram que as pessoas físicas foram as mais demandadas, figurando como sujeitos passivos em 25.815 processos, quantidade bem superior às pessoas jurídicas, que foram acionadas em 3.337 executivos fiscais.

Especificamente sobre a tramitação dos processos ajuizados entre 2016 e 2018, das 29.154 ações judiciais, apenas 1.798 execuções foram extintas, havendo a plena satisfação dos débitos em 1.643 demandas. Por motivo de parcelamento administrativo, uma execução finalizou o ano de 2018 com o *status* de suspensa, remanescendo ativo 27.353 processos, os quais foram incluídos no acervo judicial de 2019, engordando a taxa de congestionamento das execuções fiscais ajuizadas antes de 2016 e que não foram encerradas até o exercício de 2018.

Em outras palavras, mais de 93% dos processos ajuizados em 2016, 2017 e 2018 em Suzano não foram finalizados nesse período, integrando o acervo de execuções fiscais de 2019. Ainda dentro desse universo, apenas 5% das demandas executivas chegaram a ser integralmente solucionadas, revertendo em proveito econômico do município.

Outro dado interessante extraído do relatório é que, surpreendentemente, dentre os 29.152 processos judiciais, 14 deles foram promovidos para perseguir créditos tributários inferiores a R\$ 1,00, relacionados a créditos de IPTU, ISS e taxa de licenciamento.

Em 2017 a Procuradoria promoveu dez execuções fiscais, identificadas pelos n. 1502924-42.2017.8.26.0606, n. 1503013-65.2017.8.26.0606, n. 1502603-07.2017.8.26.0606, n. 1503010-13.2017.8.26.0606, n. 1503354-91.2017.8.26.0606, n. 1502589-23.2017.8.26.0606, n. 1502436-87.2017.8.26.0606, n. 1502601-37.2017.8.26.0606, n. 1503012-80.2017.8.26.0606 e n. 1503200-73.2017.8.26.0606, cada uma delas visando à execução de R\$ 0,01, inclusive constando em alguns processos pedidos de penhora de bens.

Por outro lado, a cobrança mais vultosa do período alcançou a marca de R\$ 1.989.684,00, visando à cobrança do Imposto sobre a Propriedade Predial Territorial Urbana. Trata-se do processo n. 1500073-64.2016.8.26.0606.

Ao longo do triênio analisado, as execuções fiscais promovidas pela Procuradoria de Suzano totalizaram o montante de R\$ 102.724.735,08, impulsionando a média individual de processos para R\$ 3.523,52.

Assim como Mogi das Cruzes, nos últimos anos Suzano adotou uma série de medidas para tentar reduzir o número de execuções fiscais, estipulando critérios lógicos e racionais para solucionar o problema da judicialização excessiva da cobrança dos créditos tributários.

Nesse cenário, em dezembro de 2017 foi instituída a Lei municipal Complementar n. 310 (Suzano, 2017) que, dentre outras inovações, autorizou os procuradores a não cobrarem judicialmente débitos inferiores a 500 Unidades Fiscais – equivalente a R\$ 1.780,00, atualizado até março de 2020 –, bem como a desistirem dos processos cujo proveito econômico fosse igual ou inferior a 50 Unidades Fiscais – equivalente a R\$ 178,00, atualizado até março de 2020.

A despeito dessa alteração legislativa, no ano de 2018 a Procuradoria suzanense ajuizou 423 execuções fiscais pleiteando valores inferiores aos R\$ 178,00, evidenciando, assim como em Mogi das Cruzes, uma aparente resistência dos procuradores quanto às medidas de racionalização da cobrança dos créditos fazendários.

Resumidamente as informações podem ser alocadas da seguinte maneira:

**Tabela 2** – Quadro resumo de execuções fiscais – Panorama Suzano, 2016/2018

QUADRO RESUMO EXECUÇÕES FISCAIS - PANORAMA SUZANO						
Ano	Execuções ajuizadas	Valor mínimo e máximo	Impostos			Contr. melhoria,- taxas, multas e infrações adm.
			ISS	IPTU	ITR	
2016	2.329	R\$ 0,01 e R\$ 1.989.684,00	4.409	20.098	2	564
2017	23.603					4.081
2018	3.220					

Em trâmite	27.353
Em extinção	1.798
Em suspensão	1

Fonte: Camargo (2020).

Dentre os municípios analisados, Itaquaquecetuba foi o que se mostrou mais litigante e judicialmente ativo, superando Mogi das Cruzes e Suzano. Durante o ano de 2016 a comarca moveu 8.083 execuções fiscais, número que praticamente triplicou em 2017, ocasião em que foram distribuídos mais 25.843 processos. Em 2018, contudo, esse número foi drasticamente reduzido, totalizando 1.188 novos executivos fiscais.

Nesse cenário, somando as medidas judiciais propostas pela Procuradoria entre os anos de 2016, 2017 e 2018, o acervo judicial de processos baseados na Lei nº 6.830/80 (Brasil, 1980) representou 35.114 demandas, mais de 19% que Mogi das Cruzes e Suzano no mesmo período.

A maior parte dessas ações contemplaram o IPTU, totalizando 20.727 processos. O ISS representou 4.950 demandas e o ITBI somou 13 ações. As taxas, multas e contribuições de melhoria integraram 9.414 execuções fiscais, sendo as dívidas ativas diversas somente em dez processos.

Do total de processos ajuizados, somente 622 demandas executivas foram extintas, havendo a satisfação integral do crédito em 575 processos. Portanto, 34.492 execuções não foram solucionadas dentro do triênio, integrando o acervo judicial de 2019.

Outrossim, no tocante aos sujeitos executados, no âmbito de Itaquaquecetuba, as pessoas físicas continuaram sendo as mais acionadas, figurando em 18.290 processos, ao passo em que as pessoas jurídicas assumiram o polo passivo em 16.824 execuções.

Atinente aos valores cobrados judicialmente (denotando a média individual de cada execução fiscal o valor de R\$ 12.533,27), o processo com menor proveito econômico proposto no período investigado foi ajuizado em 2016, sendo registrado no sistema de gerenciamento processual do Tribunal de Justiça de São Paulo sob o n. 1500446-12.2016.8.26.0278, perseguindo o crédito tributário oriundo do IPTU no módico valor de R\$ 50,02. Por outro lado, o processo com maior provisão econômica foi distribuído em 2018 e registrado sob o n. 1502595-10.2018.8.26.0278, visando à cobrança do ISS estimado originariamente em R\$ 32.799.176,01.

De maneira bastante peculiar, em relação à cobrança de débitos de pequena monta, a legislação tributária de Itaquaquecetuba definiu o conceito de execução anti-econômica estabelecendo o limite mínimo de dez Unidades Fiscais de Referência, equivalente a R\$ 35,80 em março de 2020. Logo, ao contrário do que foi identificado nas outras duas municipalidades, a Procuradoria atendeu à legislação municipal, focando as cobranças judiciais das dívidas ativas com valores superiores ao piso estabelecido.

Apenas à título de sinopse, o quadro resumo de Itaquaquecetuba pode ser assim definido:

**Tabela 3 – Quadro resumo de execuções fiscais – Panorama Itaquaquecetuba, 2016/2018**

**QUADRO RESUMO EXECUÇÕES FISCAIS - PANORAMA ITAQUAQUECETUBA**

Ano	Execuções ajuizadas	Valor mínimo e máximo	Impostos				Contr. melhoria,-taxas, multas e infrações adm.
			ISS	IPTU	ITBI	CDA's diversas	
2016	8.083	R\$ 50,02 e R\$ 32.799.176,01	4.950	20.727	13	10	9.414
2017	25.843						
2018	1.188						

Em trâmite	34.492
Em extinção	622
Em suspensão	0

Fonte: Camargo (2020).

Portanto, à guisa da conclusão acerca dos dados obtidos por meio do relatório de demandas emitido pelo TJSP, comparativamente, é possível identificar tanto divergências quanto convergências em relação às execuções fiscais nos três municípios.

Iniciando-se pelos dissensos, o primeiro ponto que salta aos olhos é a forma com que cada Procuradoria gerenciou o volume de ações executivas distribuídas ao longo dos anos pesquisados.

Enquanto Mogi das Cruzes apresentou uma queda de ajuizamento paulatina entre 2016 e 2018 ([ano 2016] 13.978, [ano 2017] 10.920 e [ano 2018] 1.377 processos), Itaquaquecetuba demonstrou oscilação em suas distribuições, iniciando o período com um número mediano, multiplicando as ações na etapa intermediária e finalizando o hiato com uma abrupta queda de distribuição ([ano 2016] 8.083, [ano 2017] 25.843 e [ano 2018] 1.188 processos), diferente do que foi verificado no âmbito do município de Suzano, que em 2016 promoveu poucas execuções, aumentando a produtividade em 2017 e finalizando o período analisado com uma queda aguda, mas ainda assim superior aos anos iniciais ([ano 2016] 2.329, [ano 2017] 23.603 e [ano 2018] 3.220 processos).

Neste particular é interessante notar a diminuição de demandas propostas pelos três municípios em 2018, possivelmente ocasionado pelo fortalecimento do discurso vinculado à racionalização das execuções fiscais. Além disso, outra circunstância que pode ter contribuído para esta redução foi a divulgação pelo TJSP da última cartilha endereçada as prefeituras paulistas sugerindo medidas para diminuir o acevo de processos baseados na Lei n. 6.830/80 (Brasil, 1980), a qual foi publicada em meados de 2017.

Continuando a análise, embora Suzano e Itaquaquecetuba tenham exibido um aumento exponencial no número de distribuições de executivos fiscais em 2017, o mesmo não ocorreu em Mogi das Cruzes, que se manteve em constante redução.

Outrossim, no tocante aos valores cobrados nas execuções fiscais emerge outra divergência. Isso porque não obstante a legislação dos três municípios contemplem medidas para fomentar a desjudicialização das ações executivas de baixo proveito econômico, a única Procuradoria que se manteve dentro das balizas legislativas foi a de Itaquaquecetuba.

Por outro lado, foram também identificadas questões importantes de convergência, notadamente quanto ao imposto mais exigido nas demandas judiciais. De acordo com o cadastro preenchido pelas Procuradorias, dentre as 90.541 execuções fiscais promovidas, 44.042 demandas tinham o escopo de cobrar o IPTU, volume que representa praticamente 48% de todos os processos executivos iniciados em 2016, 2017 e 2018.

Além disso, no âmbito das três municipalidades, as pessoas físicas foram as que mais figuraram no polo passivo das medidas judiciais, totalizando a participação em mais de 60.400 processos.

Por fim, de maneira semelhante ao que também é observado nos relatórios emitidos pelo CNJ atinente à taxa de congestionamento das execuções fiscais nos segmentos estadual e federal, esse fato se manteve no âmbito dos municípios pesquisados. Das 90.541 execuções fiscais propos-

tas nas comarcas de Mogi das Cruzes, Suzano e Itaquaquecetuba no lapso temporal, 86.508 delas não foram solucionadas e consequentemente extintas neste período, integrando o acervo do Poder Judiciário no exercício de 2019 e nos anos seguintes. Em outras palavras, mais de 95% dos executivos fiscais propostos não conseguiram atingir a sua meta dentro do triênio, evidenciando não só a morosidade na tramitação como a leniência com os maus pagadores e a ineficiência dos meios executivos no formato legislativo vigente.

Além disso, esse cenário serviu também para aclarar que as ações executivas propostas nos municípios investigados não fogem à regra geral no que se refere à problemática das ações baseadas na Lei n. 6.830/80 (Brasil, 1980), demandando profundas reflexões e mudanças de paradigma.

### **3 CASO MOGI DAS CRUZES/SP**

Com população avaliada em 445.842 habitantes em 2019, alcançando o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) 0,783 em 2010, de acordo com a última apuração realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a cidade não só possui grandes empresas nacionais e internacionais instaladas, como também abriga um número razoável de produtores rurais (IBGE, 2018b).

Atenta ao crescimento exponencial dos executivos fiscais e o baixo retorno financeiro das demandas, em meados de 2010 a prefeitura apresentou à Câmara dos Vereadores um projeto legislativo que tinha a finalidade de dispensar a cobrança judicial de débitos considerados de baixo proveito econômico, proposta essa que foi aceita pelo Poder Legislativo. Contudo, mesmo com a autorização legislativa, no ano de 2014, Mogi das Cruzes ainda estava no *ranking* dos municípios mais litigantes em relação à cobrança judicial de créditos públicos.

Por conta disso, em 2018, o município elaborou o Projeto de Lei Complementar n. 03/2018 (São Paulo, 2018) – que, após aprovado, foi registrado pelo n. 141, de 14 de dezembro de 2018. No entanto, ela manteve a ideia tradicional de dispensar a cobrança judicial dos créditos de pequeno valor, autorizando também a desistência das demandas já propostas (permissão não outorgada pela lei antiga).

Eis a redação dos artigos 1º e 2º da mencionada legislação:

Art. 1º Fica a Procuradoria-Geral do Município autorizada a não ajuizar ações ou execuções fiscais de débitos tributários e não tributários de valores consolidados iguais ou inferiores a 6 (seis) UFM's (Unidades Fiscais do Município de Mogi das Cruzes), sendo mantida a inscrição em dívida ativa, para fins de cobrança administrativa.

§1º O valor consolidado a que se refere o *caput* deste artigo é o resultante da atualização do respectivo débito originário, mais os encargos e os acréscimos legais ou contratuais vencidos até a data da apuração e considerados por inscrição municipal.

§2º Fica autorizada a desistência das ações ou execuções fiscais relativas aos débitos abrangidos pelo *caput* deste artigo.

Art. 2º Fica a Procuradoria-Geral do Município autorizada também a desistir das execuções fiscais de débitos tributários ou não tributários, ajuizados até 31 de dezembro de 2011, cujo valor atualizado do débito seja igual ou inferior a R\$ 6.735,89 (seis mil, setecentos e trinta e cinco reais e oitenta e nove centavos) (Mogi das Cruzes, 2018).

Importante notar que o artigo 2º da Lei n. 141/18 (São Paulo, 2018) facultou aos procuradores desistirem dos executivos fiscais ajuizados até o final do exercício financeiro de 2011, cujos valores fossem iguais ou inferiores a R\$ 6.735,89.

Para justificar essa inovação, o secretário de Assuntos Jurídicos da prefeitura, em seu parecer, enfatizou que até novembro de 2017 haviam 66.635 execuções fiscais movidas pelo município em trâmite perante a única Vara da Fazenda Pública instalada na cidade. Desse total, praticamente metade das demandas (33.907 processos) eram oriundas de anos pretéritos, ajuizadas até o final de 2011. Ainda de acordo com o parecer, a experiência prática indicou que esses processos tramitavam mais lentamente do que as execuções promovidas a partir de 2012, época em que o recebimento, o encarte e a própria autuação dos processos passaram a ser realizados não mais pelos serventuários da justiça, mas pelos funcionários da própria prefeitura, que passou a alocá-los provisoriamente na Vara de Execução Fiscal, auxiliando os escreventes lotados naquela secretaria judicial.

Por fim, o parecer destacou que o não ajuizamento de ações e a desistência de execuções já em trâmite não poderiam ser consideradas como renúncia de receita, já que os débitos permaneciam inscritos em dívida ativa. De fato, como visto, o artigo 1º da Lei Complementar n. 141/2018 (São Paulo, 2018) autoriza a Procuradoria-Geral do município a não ajuizar as ações, mas determina a manutenção da inscrição delas em dívida ativa para fins de cobrança administrativa.

Complementando esse raciocínio, o artigo 4º da citada lei ratifica a importância das medidas extrajudiciais pelo Departamento de Cobrança Amigável, observando as práticas de eficiência administrativa, incluindo a inscrição no Cadastro Informativo Municipal (CADIN) e o protesto das certidões de dívida ativa independentemente do valor do crédito.

#### 4 CASO SUZANO/SP

Suzano, cidade vizinha a Mogi das Cruzes, com população aproximada em 2019 de 297.637 habitantes e Índice de Desenvolvimento Humano 0,765 em 2010 (última apuração realizada pelo IBGE), abrigando grandes empresas, nos últimos anos também tem se dedicado a solucionar o problema da judicialização excessiva da cobrança dos créditos tributários.

Fruto da proposta legislativa iniciada pelo Poder Executivo, o artigo 60 da Lei Complementar n. 310, de 08 de dezembro de 2017 (Suzano, 2017) atualizou o sistema tributário municipal suzansense.

Objeto de destaque inicial foi a inserção do artigo 403-A, que definiu o prazo de 90 dias – prorrogáveis por mais 45 dias, mediante ato administrativo fundamentado – para o ajuizamento da

execução fiscal pela Procuradoria municipal, contados da data da inscrição do débito em dívida ativa dando, com isso, celeridade aos atos de cobrança permitindo a localização e a penhora rápida de bens do sujeito passivo antes do seu perecimento ou deterioração causada naturalmente pelo tempo.

Outrossim, é importante salientar a preocupação manifestada pelo legislador municipal no § 3º do mencionado artigo 403-A quanto ao controle das ações em que há “o bloqueio e/ou a penhora de bens do contribuinte para garantir o crédito tributário e respectivo valor”, bem como “o sobrerestamento momentâneo do feito”, casos em que a Procuradoria deve catalogá-los para acompanhamento preventivo.

Especificamente sobre a dispensa de cobrança judicial, a legislação municipal autorizou exclusivamente para os débitos inferiores a 500 Unidades Fiscais (UF). De acordo com o artigo 1º do Decreto Municipal n. 9.392, de 06 de dezembro de 20189, a Unidade Fiscal foi corrigida para o ano de 2020, representando a quantia de R\$ 3,56 –, englobando todo o passivo referente ao mesmo contribuinte, conforme disposto no artigo 403-C, §§ 1º ao 4º do Código Tributário suzanense:

Art. 403-C. Poderá ser dispensado o ajuizamento de execuções fiscais de crédito municipal, de natureza tributária ou não, cujo valor consolidado seja, na data de expedição da Certidão de Dívida Ativa, igual ou inferior a 500,00 (quinhentas) UF.

§ 1º. Na determinação do limite previsto no *caput* deste artigo, serão considerados o valor originário do débito, a atualização monetária, juros, multas e demais encargos e acréscimos legais.

§ 2º. O cálculo do valor consolidado, para efeitos do *caput* deste artigo, deverá ser realizado considerando-se a somatória de todos os valores inscritos em Dívida Ativa, referentes a um mesmo registro de cadastro fiscal.

§ 3º. Na hipótese de existência de vários débitos de um mesmo devedor, inferiores ao limite fixado no *caput* que, consolidados por identificação de inscrição cadastral na dívida ativa, superarem o referido limite, deverá ser ajuizada uma única execução fiscal.

§ 4º. Os créditos não ajuizados serão mantidos em Dívida Ativa, sendo considerados prioritários para a cobrança administrativa (Suzano, 2019).

Nesse aspecto as legislações de Suzano e Mogi das Cruzes estão alinhadas, inclusive no tocante aos valores de piso das execuções fiscais e as medidas de cobrança administrativa.

Contudo, excepcionando a regra contida no *caput*, o § 5º do referido artigo facultou à própria Procuradoria municipal a propositura da execução fiscal desses débitos – iguais ou inferiores a 500 Unidades Fiscais –, quando, após dois anos de tentativa extrajudicial, os atos de cobrança administrativa não surtirem efeitos. Conquanto essa opção caiba à Procuradoria municipal, o ajuizamento da execução para perseguir esses créditos de baixo proveito econômico deve ser fruto de reflexão e ponderação do agente público.

Em outras palavras, o simples fato de as medidas administrativas não serem frutíferas, não significa que o procurador deva judicializar a dívida, sob pena de violar o próprio sentido da norma,

que, balizada pelos exemplos dados no âmbito federal e estadual, orienta que as cobranças judiciais devem ser feitas à luz de critérios econômicos e baseados na eficiência administrativa.

Por outro lado, cotejando a novel legislação municipal, destaca-se também a redação do artigo 403-E do Código Tributário suzanense. O referido dispositivo preceitua que os procuradores municipais podem desistir e requererem a extinção dos processos de execução fiscal em trâmite, desde que, cumulativamente, a dívida no ato do ajuizamento seja igual ou inferior a 50 Unidades Fiscais e tenha ocorrido pelo menos duas tentativas frustradas de localização da parte executada ou dupla tentativa inexitosa de constrição de bens.

Importante salientar que a opção dada pelo legislador à Procuradoria municipal neste caso é limitada à observância destes dois critérios, os quais devem ser apurados objetivamente pelo procurador.

Não obstante a vigência do artigo 403-B disciplinado pela mesma Lei Complementar n. 310 (Suzano, 2017), que veda a desistência das execuções fiscais quando há risco de sucumbência em desfavor da municipalidade, a premissa anunciada no artigo 403-E é clara ao permitir essa hipótese, ainda que ele possa ser condenado ao reembolso de custas e despesas processuais, bem como ao pagamento de honorários advocatícios aos patronos do sujeito passivo. Isso porque, na visão do legislador municipal, os ônus sucumbenciais fixados nas execuções de baixo proveito econômico seriam menores que o custo da tramitação do processo, optando evidentemente pelo caminho menos oneroso.

Por fim, mister ressaltar o teor do artigo 403-F da mencionada legislação, afirmando que, quando forem esgotadas as medidas de cobrança administrativa e o débito possuir baixo proveito econômico, não se mostrando hábil a cobrança judicial, a Procuradoria municipal pode efetuar o protesto da certidão de dívida ativa, limitado a valores inferiores a 500 Unidades Fiscais. Em que pese a Lei Complementar suzanense n. 310, de 08 de dezembro de 2017, tenha sido elaborada em momento anterior à Lei Complementar mogiana n. 141, de 14 de dezembro de 2018, ela foi mais analítica, municiando os procuradores municipais quanto à racionalização das execuções fiscais.

## 5 CASO ITAQUAQUECETUBA/SP

Por estar geograficamente localizada próxima a grandes centros urbanos, notadamente à capital paulista e à cidade de Guarulhos, possuindo fácil acesso às principais rodovias para o interior e outros Estados brasileiros, a cidade possui uma forte vocação industrial.

Justamente por conta disso, de acordo com o censo publicado em 2010 pelo IBGE, Itaquaquecetuba abriga uma população estimada em 370.821 habitantes, detendo o pior IDH dentre os municípios analisados, com o valor de 0,714 (IBGE, 2018a).

A Lei Complementar n. 40, de 23 de dezembro de 1998, também conhecida como Código Tributário do Município de Itaquaquecetuba (Itaquaquecetuba, 1998), fomenta o procedimento amigável de cobrança, sendo composto pelo parcelamento administrativo, a compensação e a transação.

Seguindo o raciocínio do artigo 400 da Lei Complementar n. 40/98 (Itaquaquecetuba, 1998), as situações não abarcadas pelo recolhimento tributário espontâneo e os procedimentos amigáveis, serão cobradas perante o Poder Judiciário, via executivo fiscal regido pela Lei federal n. 6.830/80 (Brasil, 1980) e os artigos 462 e seguintes da referida Lei Complementar.

Contudo, ao disciplinar o instituto da remissão, o artigo 420 outorgou ao prefeito, mediante despacho fundamentado, a faculdade de concedê-lo ou então cancelar administrativamente os créditos tributários baseados justamente nos critérios de racionalidade administrativa. Em outras palavras, levando em consideração as circunstâncias do caso concreto e por decisão fundamentada, o chefe do Poder Executivo pode conceder remissão, impedindo ou obstaculizando as execuções fiscais quando comprovadamente o devedor não tiver bens hábeis a saldar o débito ou então quando o valor for de pequena monta.

Do mesmo modo, ele poderá cancelar de ofício, administrativamente, o crédito tributário se o sujeito passivo houver falecido, deixando somente bens insuscetíveis de execuções, assim como as dívidas de até dez Unidades Fiscais de Referência (UFR). De acordo com o artigo 1º da Lei Complementar n. 52, de 22 de fevereiro de 2001 (Itaquaquecetuba, 2001), a Unidade Fiscal de Referência equivalia a R\$ 1,06 em 1º de janeiro de 2000, devendo ser atualizado pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA). Para março de 2020 o valor estava avaliado em R\$ 3,58.

Ademais, endossando o ideal de racionalização, o Decreto municipal n. 7.089, de 28 de julho de 2014 (Itaquaquecetuba, 2014), instituiu o protesto das certidões de dívida ativa de valores preferencialmente superiores a R\$ 10 mil, perante o Cartório de Notas e Títulos.

O protesto realizado com base na Lei n. 7.089/14 (Brasil, 2014) poderá ser feito não somente em nome do devedor principal, mas também em desfavor dos responsáveis tributários indicados no artigo 135 do Código Tributário Nacional, desde que, evidentemente, eles tenham integrado a certidão de dívida ativa.

No mais, de acordo com os §§ 1º e 4º do artigo 3º do Decreto, atendendo ao princípio da eficiência administrativa, a Secretaria Municipal de Assuntos Jurídicos pode, antes ou depois do ajuizamento da execução fiscal, lançar mão do protesto, mantendo-o válido até que haja o pagamento ou a extinção definitiva do crédito tributário.

Em que pese o Código Tributário de Itaquaquecetuba não tenha explorado formas de se cobrar administrativamente o crédito tributário (limitando-se a disciplinar procedimentos amigáveis), não há como se olvidar acerca do avanço legislativo no tocante à possibilidade do protesto ser realizado antes ou depois do ajuizamento das execuções fiscais, independentemente do valor apurado na certidão de dívida ativa.

## CONCLUSÃO

A problemática envolvendo a execução fiscal e a recuperabilidade dos créditos tributários não é nova e muito menos está próxima de ser solucionada. Ao contrário do que muitos juristas defendiam nos idos de 1980, quando foi sancionada a Lei de Execução Fiscal, a concessão de garantias ao crédito tributário e a criação de varas específicas para a tramitação das execuções judiciais atualmente não são mais suficientes para a plena satisfação das cobranças.

No âmbito da justiça estadual paulista grande parte do congestionamento das execuções fiscais são oriundas das prefeituras. Isso ocorre porque grande parte dos municípios paulistas (incluindo os entes públicos analisados) não possuem legislações que consagrem meios administrativos hábeis a perseguir o crédito tributário além do famigerado protesto das Certidões de Dívida Ativa (CDA) e a cobrança amistosa, realizada normalmente pelo refinanciamento dos débitos com larga redução de multa e juros.

As legislações municipais ainda não rasas e superficiais, mantendo incongruências que prejudicam a gestão pública. A esse respeito, vale mencionar o teor da Lei Complementar mogiana n. 141/18 (São Paulo, 2018), que só autorizou a dispensa da cobrança judicial para as execuções fiscais sem a possibilidade de êxito, desde que as dívidas sejam inferiores a seis UFM's, o que, a contrassenso, intui-se que os processos cujo proveito econômico sejam superiores (ainda que em quantia irrisória) devem ter o seu processamento mantido ainda que todas as medidas expropriatórias cabíveis já tenham sido adotadas.

Quanto à experiência susanense, é possível observar que a legislação deixou de indicar formas possíveis de cobrança administrativa, o que poderia ter sido feito para legitimar atos de negociação ou arrecadação do setor responsável. Ademais, sob a lupa da literalidade do artigo 403-F do Código Tributário municipal, nota-se que o legislador desautorizou o protesto de certidão de dívida ativa com valores superiores a 500 Unidades Fiscais, limitando essa espécie de cobrança apenas para os passivos inferiores a esse patamar.

Já no tocante a Itaquaquecetuba, a despeito das inovações legislativas, é certo que elas ainda assim se mostram insuficientes para modificar o panorama fático das execuções fiscais municipais. Tal conclusão se extrai dos dados fornecidos pelo TJSP envolvendo as ações executivas propostas entre 2016 e 2018, posto figurar como maior litigante em relação a Suzano e Mogi das Cruzes

Comparando essas informações, nota-se que a simples autorização legislativa para efetuar o protesto das certidões de dívida ativa – medida comum entre as municipalidades analisadas – ou a inscrição no CADIN tem se mostrado insuficiente para a redução das execuções fiscais, demandando novas estratégias para trazer efetividade aos atos de cobrança.

Os números de Suzano ratificam esse entendimento, pois das 29.152 execuções fiscais promovidas pelo município entre 2016 e 2018, mais de 27.300 processos ainda não possuem sequer perspectiva de conclusão. O mesmo se aplica a Mogi das Cruzes, que ainda promove um número

alto de execuções fiscais, inclusive com valores inferiores aos pisos estipulados na Lei Complementar n. 141/18, não contribuindo para o movimento de desjudicialização.

Esse cenário de congestionamento e lentidão beneficia os maus contribuintes, desencorajando os demais cidadãos a cumprirem espontaneamente as obrigações tributárias, induzidos pela falsa sensação de inexistência de mecanismos coercitivos capazes de forçar o pagamento.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. Emenda Constitucional nº 19, de 1998: modifica o regime e dispõe sobre princípio e normas da Administração Pública, Servidores e Agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 18852, 18 ago. 1995. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emendaconstitucional-19-4-junho-1998-372816-exposicaodemotivos-148914-pl.html>. Acesso em: 5 dez. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 5 ago. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da administração federal, estabelece diretrizes para a reforma administrativa e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1967. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0200.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm). Acesso em: 5 ago. 2019.

BRASIL. **Emenda constitucional n. 19, de 1998**. Modifica o regime e dispõe sobre princípio e normas da administração pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do distrito federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emendaconstitucional-19-4-junho-1998-372816-exposicaodemotivos-148914-pl.html#:~:text=Dados%20da%20Norma-,EMENDA%20CONSTITUCIONAL%20N%C2%BA%2019%2C%20DE%201998,Federal%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A3o%C3%A7ias.&textb=e%20Reforma%20do%20Estado%20e%20do%20Planejamento%20e%20Or%C3%A7amento>. Acesso em: 5 dez. 2022.

BRASIL. **Lei federal n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da constituição federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8987compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987compilada.htm). Acesso em: 5 ago. 2019.

BRASIL. **Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980**. Dispõe sobre a cobrança judicial da dívida ativa da fazenda pública, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1980. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6830.htm#:~:text=LEI%20No%206.830%2C%20DE,Art](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm#:~:text=LEI%20No%206.830%2C%20DE,Art). Acesso em: 5 dez. 2022.

CAMARGO, Fábio de Sousa. Execuções fiscais municipais e a (in)eficiência na satisfação do crédito tributário: uma análise propositiva. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito, Justiça e Desenvolvimento) - Instituto de Direito Público, São Paulo, 2020.

CAMPELLO, Carlos Alberto G. Barreto. **Eficiência municipal:** um estudo no caso de São Paulo. 2003. Tese (Doutorado em Administração) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. DOI: <https://doi.org/10.11606/T.12.2003.tde-30112005-104119>

HARGER, Marcelo. Reflexões iniciais sobre o princípio da eficiência. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, p. 151–161, maio/ago. 1999. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v217.1999.47421>

HOBBES, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil.** São Paulo: Martin Claret, 2003.

IBGE. **Produto interno bruto dos municípios:** Itaquaquecetuba. Rio de Janeiro: IBGE, 2018a. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sp/itaquaquecetuba/pesquisa/38/47001?tipo=ranking>. Acesso em: 5 ago. 2019.

IBGE. **Produto interno bruto dos municípios:** Mogi das Cruzes. Rio de Janeiro: IBGE, 2018b. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sp/mogi-das-cruzes/pesquisa/38/47001?tipo=ranking>. Acesso em: 5 ago. 2019.

ITAQUAQUECETUBA. **Decreto n. 7089/14, de 28 de julho de 2014.** Dispõe acerca da instituição do protesto extrajudicial da dívida ativa tributária ou não tributária do Município de Itaquaquecetuba e dá outras providências. Itaquaquecetuba: Prefeitura, 2014. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sp/i/itaquaquecetuba/decreto/2014/708/7089/decreto-n-7089-2014-dispo-e-acerca-da-instituicao-do-protesto-extrajudicial-da-divida-ativa-tributaria-ou-nao-tributaria-do-municipio-de-itaquaquecetuba-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 5 dez. 2019.

ITAQUAQUECETUBA. **Lei complementar n. 40, de 23 de dezembro de 1998.** Institui o código tributário do município de Itaquaquecetuba e dá outras providências. Itaquaquecetuba: Prefeitura, 1998. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sp/i/itaquaquecetuba/lei-complementar/1998/4/40/lei-complementar-n-40-1998-institui-o-codigo-tributario-do-municipio-de-itaquaquecetuba-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 5 dez. 2019.

ITAQUAQUECETUBA. **Lei complementar n. 52/2001, de 22 de fevereiro de 2001.** Determina a conversão para reais das importâncias fixadas em unidades fiscais de referência - UFIR, na legislação municipal, altera os artigos 235, 303, 337, 407, 408 e 482 da lei complementar n. 40, de 23 de dezembro de 1998, e dá outras providências. Itaquaquecetuba: Prefeitura, 2001. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sp/i/itaquaquecetuba/lei-complementar/2001/5/52/lei-complementar-n-52-2001-determina-a-conversao-para-reais-das-importancias-fixadas-em-unidades-fiscais-de-referencia-ufir-na-legislacao-municipal-altera-os-artigos-235-303-337-407-408-e-482-da-lei-complementar-n-40-de-23-de-dezembro-de-1998-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 5 dez. 2019.

LOPES, Gills Vilar; MAXIMO, Lucas Moura; SANT'ANA, Theo Antônio Rodrigues. O contratualismo e seu legado nas teorias de relações internacionais: um olhar a partir do Brasil. **Leviathan**, São Paulo, n. 12, p. 89-119, fev. 2016. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2237-4485.lev.2016.143407>

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. **Rivista do Serviço Público**, Brasília, DF, v. 51, n. 2, p. 105-119, abr./jun. 2000. DOI: <https://doi.org/10.21874/rsp.v51i2.328>

MOGI DAS CRUZES. **Lei complementar n. 141/18, de 14 de dezembro de 2018.** Autoriza a procuradoria geral do município a desjudicializar a cobrança de débitos objeto de execuções fiscais de baixa viabilidade priorizando meios alternativos de cobrança da dívida ativa municipal, e dá outras providências. Mogi das Cruzes: Prefeitura, 2018. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sp/m/mogi-das-cruzes/lei-complementar/2018/15/141/lei-complementar-n-141-2018-autoriza-a-procuradoria-geral-do-municipio-a-desjudicializar-a-cobranca-de-debitos-objeto-de-execucoes-fiscais-de-baixa-viabilidade-priorizando-meios-alternativos-de-cobranca-da-divida-ativa-municipal-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 5 dez. 2019.

MOGI DAS CRUZES. **Lei complementar n. 71, de 22 de julho de 2010.** Dispõe sobre autorização ao poder executivo para o não ajuizamento de ações ou execuções fiscais de valor consolidado igual ou inferior a 6 (seis) UFM (unidade fiscal do município), dando ainda outras providências. Mogi das Cruzes: Prefeitura, 2010. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sp/m/mogi-das-cruzes/lei-complementar/2010/7/71/lei-complementar-n-71-2010-dispoe-sobre-autorizacao-ao-poder-executivo-para-o-nao-ajuizamento-de-acoes-ou-execucoes-fiscais-de-valor-consolidado-igual-ou-inferior-a-6-seis-ufm-unidade-fiscal-do-municipio-dando-ainda-outras-providencias>. Acesso em: 12 dez. 2019.

ROVERI, Claudia. A importância da gestão de processos para a administração pública. In: MACEDO, Alberto; AGUIRREZÁBAL, Rafael Rodrigues (coord.). **Gestão fiscal municipal: tributação, orçamento e gasto público**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 125.

SÃO PAULO. Comunicado veiculado no Diário da Justiça Eletrônico do dia 06 de outubro de 2014, na edição n. 1748, referente ao ano VIII. **Diário da Justiça Eletrônico**, São Paulo, ano 8, v. 1748, out. 2014. Disponível em: <https://dje.tjsp.jus.br/cdje/index.do;jsessionid=7E150C554C6C8528BEC3FE87B0429CEA.cdje1>. Acesso em: 5 dez. 2019.

SÃO PAULO. **Dívidas ativas e execuções fiscais municipais.** 4. ed. São Paulo: Corregedoria Geral da Justiça, 2017.

SÃO PAULO. **Projeto de lei complementar n. 3/2018.** Autoriza o tribunal de justiça a instituir o nível universitário ao cargo de escrevente técnico judiciário. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1000202573>. Acesso em: 5 dez. 2022.

SÃO PAULO. **Projeto de lei n. 141/2018.** Declara o município de Itatinga como “Capital do Mel” no estado. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1000206961>. Acesso em: 5 dez. 2022.

SÃO PAULO. **Relatório de movimentação processual selecionado.** São Paulo: Secretaria de Tecnologia, 2020.

SUZANO. **Decreto n. 9.392 de 06 de dezembro 2019.** Define o percentual de atualização monetária da unidade fiscal – UF, criada pelo art. 405 da lei complementar municipal n. 039, de 22 de dezembro de 1997, e fixa o seu valor para o exercício de 2022, e dá outras providências. Suzano: Prefeitura, 2019. Disponível em: <https://suzano.sp.gov.br/wp-content/uploads/2022/01/>

9724-21-SM

PF-UF-ATUALIZA%C3%87%C3%83O2022.pdf. Acesso em: 5 dez. 2019.

SUZANO. **Lei complementar n. 310, de 08 de dezembro de 2017.** Modifica artigos da lei complementar municipal n. 039, de 22 de dezembro de 1997; acresce dispositivos à mesma, e dá outras providências. Suzano: Prefeitura, 2017. Disponível em: <https://suzano.sp.gov.br/leis-e-decretos/lei-complementar-no-310-de-08-de-dezembro-de-2017/>. Acesso em: 5 dez. 2022.

TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada: o exemplo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 202, p. 1-10, out./dez. 1995. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v202.1995.46612>.

Recebido em: 24/10/2022

Aceito em: 24/06/2023

## NORMA ISENTIVA E A INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA SOB O ASPECTO PRAGMÁTICO

### EXEMPTIVE LEGAL PROVISIONS AND RESTRICTIVE INTERPRETATION FROM A PRAGMATIC ASPECT

José Orivaldo Peres Junior\*  
Argos Campos Ribeiro Simões\*\*

**Como citar:** JUNIOR, José Orivalde Peres; SIMÕES, Argos Campos Ribeiro. Norma isentiva e a interpretação restritiva sob o aspecto pragmático. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 19, n. 2, p. 170-184, jul. 2024. DOI: 10.5433/1980-511X.2024.v19.n2.p170-184. ISSN: 1980-551X.

\*Doutorando e Mestre em Direito Tributário pela PUC/SP. Membro do IBDT – Instituto Brasileiro de Direito Tributário. Juiz do TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS – TIT. Diretor Jurídico Adjunto do CIESP. Coordenador Jurídico do CIESP Regional Botucatu-SP. Pesquisador do Projeto Repertório Analítico de Jurisprudência do TIT do NEF-Núcleo de Estudos Fiscais da FGV. Ex-Membro Efetivo da Comissão do Contencioso Administrativo Tributário da OAB/SP. Advogado. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9680-5329>

\*\*Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Especialista em Direito Tributário pelo IBET e pela FAZESP. Especialista em Direito de Estado pela Escola Superior da PGE-SP. Professor convidado do IBET, COGEAE-PUC e demais instituições. Auditor Fiscal de Rendas do Estado de São Paulo. Juiz Presidente do Tribunal de Impostos e Taxas -SP. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9680-5329>

**Resumo:** O presente trabalho tem por escopo investigar os lindes da interpretação da norma isentiva, tendo em vista o disposto no artigo 111 do Código Tributário Nacional. Para tanto, oportuno tecer considerações relativamente ao instituto da isenção fiscal, bem como, uma análise das expressões “interpretação literal” contidas na norma em testilha, tendo em vista sua finalidade. Utilizou-se o como método o dedutivo, com pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais, concluindo que não se admite uma interpretação restritiva da norma de isenção a tal ponto de se negar justiça e o próprio direito, eis que deve ser privilegiado o aspecto teleológico da isenção fiscal.

**Palavras-chave:** norma isentiva; interpretação restritiva; pragmatismo; finalidade.

**Abstract:** This study explores the boundaries of interpreting tax exemption provisions, guided by Article 111 of the National Tax Code. It discusses the concept of tax exemption and analyzes the term ‘literal interpretation’ within the relevant norm, considering its intended purpose. The deductive method was employed, drawing on bibliographical and jurisprudential research. This paper’s conclusion emphasizes that a restrictive interpretation of exemption provisions should not go so far as to deny justice and the fundamental right, advocating instead for prioritizing the teleological aspect of tax exemption.

**Keywords:** exemption standard; restrictive interpretation; pragmatism; goal.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo investigar os lindes da interpretação da norma isentiva consoante o disposto no artigo 111 do Código Tributário Nacional. Para tanto, consideramos relevante tecer considerações sobre o instituto da isenção fiscal, além de uma análise das expressões “interpretação literal” contidas na norma em testilha, à vista de sua finalidade.

É cediço que o legislador elege fatos sociais que considera relevantes para juridicizar a regulação das condutas humanas, introduzindo normas no sistema jurídico por meio de normas introdutórias primárias. Nesse sentido, a “isenção” se constitui em instrumento de política fiscal e social, beneficiando contribuintes mais vulneráveis da sociedade, buscando o desenvolvimento e o equilíbrio de determinadas regiões do país, ou para o fomento de alguns segmentos da economia que são relevantes do ponto de vista macroeconômico.

Entretanto, o artigo 111 do Código Tributário Nacional é insuficiente em esclarecer o alcance da interpretação da norma de isenção. Com efeito, nosso objetivo é fazer uma análise da problemática interpretativa da norma de isenção, máxime para fins aplicação do direito.

Não temos a intenção, nem muito menos a pretensão de esgotar o tema por meio deste artigo, mormente por envolver questões tão amplas e complexas. A ideia é realizar uma abordagem do ponto de vista pragmático, provocando inquietações e reflexões sobre a restritividade hermenêutica da norma de isenção tributária, como proposta de composição de conflitos, diante de uma jurisprudência oscilante, tendo em vista os interesses antagônicos entre o fisco e o “contribuinte”.

## 1 DA INCIDÊNCIA E DA NÃO-INCIDÊNCIA DA NORMA JURÍDICA E SEUS EFEITOS

A fenomenologia da incidência tributária consiste na ocorrência de um fato, previsto no descritor da norma jurídica (tributária), relatado por meio de linguagem competente, fazendo nascer o vínculo jurídico entre o sujeito ativo (investido no direto de exigir a obrigação) e o sujeito passivo (que tem o dever de cumprir determinada obrigação). Irrompida a relação jurídica, nasce o crédito tributário, que será aperfeiçoadoo com a “comunicação” formal ao sujeito passivo.

A não-incidência, é o não enquadramento normativo a uma conduta, isto é, quando a conduta fática não encontra respaldo ou identificação com qualquer hipótese normativa, de modo que não provocará o nascimento de relação jurídico-tributária.

Por oportuno, adiantamos que nas isenções há incidência normativa, como ocorre com as imunidades tributárias.

Para o Professor Paulo de Barros Carvalho (2013, p. 193), as imunidades e as isenções são proposições normativas diferentes, ou seja categorias distintas que não se interpenetram, nem possuem qualquer tipo de relacionamento no processo de derivação. Entretanto, o insigne professor sublinha três sinais comuns: a) são normas jurídicas válidas no sistema; b) integram a classe das

regras de estrutura; c) tratam de matéria tributária. A imunidade encontra-se no âmbito das normas constitucionais e a isenção está no âmbito infraconstitucional. A imunidade colabora com o desenho das competências impositivas. Não cuida da problemática da incidência, mas atua no instante que antecede ao momento da percussão tributária. A isenção opera como redutor do campo de abrangência dos critérios da hipótese ou da consequência da regra-matriz do tributo.

A imunidade é referendada em sede Constitucional e a isenção por meio de normas infraconstitucionais, o que implica dizer que a imunidade não poderá ser modificada, pois trata-se de cláusula pétreia, enquanto a isenção poderá ser modificada ou revogada por outra norma infraconstitucional.

A norma imunizante situa-se no plano da definição da competência tributária alocando-se a isenção, por seu turno, no plano do exercício da competência tributária.

Logo, tanto na imunidade como na isenção, há incidência tributária. Por outro lado, Rui Barbosa Nogueira, faz a diferenciação entre não incidência, isenção e imunidade da seguinte forma:

[...] os campos de incidência e isenção cabem ao legislador ordinário. Este, dentro de sua competência, tem a faculdade de traçar o círculo da incidência e excepcionar a isenção. O da não incidência ficou fora do círculo da incidência. Em princípio a área de incidência ou de isenção podem ser aumentadas ou diminuídas pelo competente legislador ordinário, porém jamais ultrapassar a barreira da imunidade, porque esta é uma vedação constitucional (Nogueira, 1992, p. 55).

Portanto, para o referido jurista apenas a isenção encontra-se no campo da incidência, entendimento esse que não compactuamos.

Seja como for, partindo da premissa que a isenção é norma de incidência, revela notar que o instituto da isenção é regra de estrutura, dada sua autonomia normativa que investe contra um ou mais critérios da regra-matriz, mutilando-a parcialmente, seja no critério do antecedente, seja no critério do consequente. Assim, a regra da isenção atua no sentido de inibir ou paralisar a incidência da regra-matriz tributária. No antecedente ou hipótese, poderá atuar no “critério material” para desqualificar o verbo ou para subtrair o complemento. Também poderá atingir o critério espacial ou temporal. No consequente, a norma isentiva poderá atingir o sujeito ativo ou o sujeito passivo (critério pessoal), e ainda, impactar na base de cálculo ou na alíquota (critérios quantitativos).

Como é cediço, fica ao talante do legislador recortar do tecido social os fatos que considera relevantes para imputar efeitos jurídicos ou qualificá-los como fatos jurídicos, impondo direitos e deveres. Da mesma forma, o legislador, julgando relevante e oportuno, poderá “paralisar” a atuação da regra-matriz de incidência tributária para certos e determinados casos que nunca poderá ser total, mas sempre parcial (Carvalho, 2013, p. 454).

Ainda no que se refere à isenção, infere-se que o artigo 175, inciso I, do Código Tributário Nacional ao prescrever que a isenção “exclui” o crédito tributário, não significa “extinção do crédito tributário”, até porque, o parágrafo único da norma em testilha impõe que o contribuinte mantenha o cumprimento das obrigações acessórias na forma prevista na legislação tributária.

A isenção deve ser prevista em lei (artigo 176 do CTN), vedado para as taxas e contribuições de melhoria (artigo 177 do CTN), podendo ser revogada, ressalvadas as isenções com prazo certo, ou modificada, também por lei (artigo 178 do CTN).

## 2 INTERPRETAÇÃO LITERAL E INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA

O artigo 111 do Código Tributário Nacional dispõe com todas as letras que a interpretação da norma de isenção deverá ser “literal”. De plano, podemos questionar o sentido semântico da expressão “literal”. Seria sinônimo de interpretação restritiva ou estrita, tendo em vista o princípio da legalidade?

Na doutrina há muitas definições do que seja “interpretação literal”, podendo significar: interpretação irreflexiva, abstrata, formal, linguística, gramatical, imediata, óbvia, ordinária, patente, textual, própria, semântica, semiótica, expressa, não corretiva, acontextual, aparente e estrita (Guastini, 2014, p. 55).

Paulo de Barros Carvalho (2015) nos apresenta o percurso gerativo de percurso ou simplesmente a *trajetória da interpretação*, que se manifesta sempre em quatro planos: 1. O das formulações literais; 2. o de suas significações enquanto enunciados prescritivos; 3. O das normas jurídicas como unidades de sentido obtidas mediante o agrupamento de significação que obedecem a determinado esquema formal (implicação); 4. O da forma superior do sistema, que estabelece vínculos de coordenação e subordinação entre as normas jurídicas criadas no plano anterior.

Assim sendo, a expressão “literal” está apenas no plano S1, ou seja aqueles enunciados que pertencem à plataforma da literalidade textual, suporte físico de significações. Logo, do ponto de vista jurídico, não há nada de “literal” na interpretação. A interpretação surge pela construção de sentido pelo sujeito dentro dos limites dos horizontes da cultura.

À propósito, o Professor Lourival Vilanova rechaça o método literal e gramatical de interpretação, pois, segundo o jusfilósofo, a norma jurídica é construída epistemologicamente, a partir das significações que a leitura dos documentos do direito positivo desperta no espírito pelo intérprete.

A norma não é a oralidade ou a escritura da ‘linguagem’, nem é o ‘ato-de-querer ou pensar’ ocorrente no sujeito emitente da norma, ou no sujeito receptor da norma, nem é, tampouco, a ‘situação objetiva’ que ela denota. A norma jurídica é uma estrutura lógico-sintática de significação: a norma concepulta fatos e condutas, representa-os não como desenho intuitivo, imagem reproduutiva (que somente pode ser do concreto – há normas abstratas) de ‘fatos-eventos’ e ‘fatos-condutas’. Representa-os como significações objetivas – endereçadas ao objetivo – confirmáveis ou não na espécie de eficácia ou ineficácia por parte das situações objetivas (os ‘states-of-affairs’) (Vilanova, 2000, p. 10).

Também no sentido de refutar a “interpretação literal”, Carlos Maximiliano pontua que “uma lei é clara quando o seu sentido é expresso pela letra do texto, mas para saber isto, é preciso conhecer o sentido, o que só ocorre com a interpretação” (Maximiliano, 1997, p. 39).

Com essas breves considerações, assumimos que inexiste interpretação literal, mas sim, apenas interpretação restritiva do direito, vale dizer, sem que o aplicador do direito possa se valer dos institutos da analogia (inciso I, do artigo 108 do CTN) e da equidade (inciso IV, do artigo 108 do CTN) para expandir a construção de sentido dos enunciados jurídicos, desde que haja previsão expressa em lei prescrevendo essa limitação.

Neste sentido, o Professor Ricardo Lobo Torres aponta que a regra do artigo 111 apenas proíbe a aplicação da analogia e da equidade previstos no artigo 108 do CTN e que a “interpretação literal” se confunde com a própria interpretação:

Conseguintemente, quando o artigo 111 do CTN prescreve interpretação literal, está sendo confuso e ambíguo, eis que, do ponto de vista do início do processo interpretativo, não esclarece como se alcança a adequação entre a letra e o espírito da lei. Quando o art. 111 do CTN prescreve interpretação literal das isenções está apenas impedindo, em homenagem ao princípio da legalidade, o recurso à analogia e à equidade, como formas de integração, mas não está impondo qualquer método específico de interpretação. Do ponto de vista do limite do processo interpretativo, o art. 111 constitui uma demasia e uma redundância, posto que a interpretação literal se confunde com a própria interpretação; por outro lado, é ambíguo e insuficiente em virtude da imprecisão do limite de expressividade da letra da lei, que antes examinamos (Torres, 2020, p. 102).

É pertinente registrar, entretanto, que no âmbito do que denominamos “interpretação restritiva”, admissível a utilização dos princípios gerais do direito tributário (inciso II, do artigo 108 do CTN) e dos princípios gerais do direito público (inciso III, do artigo 108 do CTN). Qualquer restrição ou vedação neste sentido será inconstitucional, pois, implicaria em negar vigência à própria Constituição Federal, com seus princípios explícitos e implícitos.

### 3 A SEMIÓTICA NA FENOMENOLOGIA DA INCIDÊNCIA DA NORMA ISENTIVA

Tratando-se de norma de isenção é relevante sua finalidade que, como veremos, está totalmente jungida à interpretação dita “literal” que preferimos chamar de “interpretação restritiva” para fins da incidência tributária.

Para o desiderato deste trabalho, ganha expressão o instituto da “semiótica”, em especial, o aspecto “pragmático”, até porque, conforme aponta Paulo de Barros Carvalho (2012, p. 30), o Direito, como fenômeno da linguagem, todo o seu percurso será orientado pelas categorias semióticas, pesquisando as construções jurídico-prescritivas pelos ângulos da sintaxe, semântica e da pragmática.

Com efeito, no que tange à fenomenologia da incidência tributária ou sancionatória tributária, o aplicador do direito poderá se valer dos recursos da semiótica nos planos lógico (subsumção e

imputação), semântico (denotação dos conteúdos normativos) e pragmáticos (interpretação e produção da norma individual e concreta) e da teoria das classes.

Assim, com três pontos de vista sobre mesmo objeto, fica mais rica a análise do fato-incidência. Sob o aspecto sintático, a incidência se perfaz em duas operações lógicas: (i) subsunção (inclusão de classes) do fato e da relação e (ii) imputação dos fatos aos efeitos jurídicos, que corresponde à implicação da relação jurídica. Sob o aspecto da semântica, a incidência é a determinação do conteúdo dos enunciados normativos gerais e abstratos, caracterizando-se como uma operação de denotação. Sob o ponto e vista pragmático, também se completa de duas operações: (i) interpretação (do fato e do direito); (ii) constituição da nova linguagem jurídica para a expedição da NIC-Norma Individual e Concreta (Carvalho, 2014, p. 468).

É certo que a isenção tributária está afeta ao princípio da legalidade, a teor do inciso VI, do artigo 97 do Código Tributário Nacional, pouco importando a “intenção do legislador”. Todavia, não se pode olvidar que o instituto da “isenção” é instrumento de política fiscal ou de extrafiscalidade, ora visando a justiça tributária, ora um bem social, sem olvidar quanto ao escopo do fomento de segmentos da economia, de tal sorte que a carga axiológica contida na norma de isenção é fruto dos princípios insertos na Constituição Federal, influenciando o intérprete quando se depara com complexas questões semânticas do ordenamento jurídico. E não poderia ser diferente, na medida em que os valores são atribuídos pelo aplicador do direito ao interpretar as normas gerais e abstratas, os fatos alegados e as provas dos autos, consoante as *máximas da experiência*.

Eis portanto a ilação de que o pragmatismo deve nortear a chamada “interpretação restritiva”, pelo escólio do artigo 111 do Código Tributário Nacional.

Insta registrar que a “interpretação” tem como ponto de partida o texto jurídico, prosseguindo com o intercâmbio com outros discursos, conforme os materiais semânticos existentes no ordenamento, dentro do processo de positivação.

É lícito afirmar que a interpretação deve respeitar os primados da Carta Constitucional, bem como, as normas infraconstitucionais que estabelecem os lindes em que o aplicador do direito poderá transitar. Os predicados da “inesgotabilidade do sentido” e da “intertextualidade”, ínsitos no processo interpretativo, estão “restritos” ao traçado nos textos legislados. Em outras palavras, pertine afirmarmos que interpretar possui limites, de modo que não se pode transformar um texto ao bel-prazer do intérprete.

Destarte, o artigo 111 do CTN, ao prescrever que a interpretação deverá ser “literal”, vale dizer, “restritiva”, confirma o brocardo jurídico de que o *Direito Tributário rege-se pelo princípio da legalidade estrita*, tendo em vista o sistema tributário brasileiro em vigor (artigos 145 e seguintes, da Carta Constitucional e artigo 97 do CTN, já citado).

O ordenamento jurídico por meio dos textos legais pretende “dirigir” o ato de interpretação, trançando critérios de justificação e de legitimação para a segurança e certeza da escorreita significação. Todavia, sendo o direito um objeto cultural, o ato cognoscitivo para o seu conhecimento é a

“compreensão” que somente pode ser alcançada com a “interpretação” que é um processo mediante o qual o conteúdo do texto é construído.

A hermenêutica contém a trilogia (método dialético): i) leitura (intérprete lê com base empírica); ii) interpretação (constrói sentido ou conteúdo); iii) compreensão (confronta num processo inesgotável até alcançar a compreensão). Por conta da inesgotabilidade da compreensão, é que o “dirigismo hermenêutico” não é possível.

São exemplos de dirigismo hermenêutico: a norma interpretativa prevista no inciso I, do artigo 106 do CTN; a vedação de alteração da definição, do conteúdo e o alcance de institutos, conceito ou forma do direito privado, conforme artigo 110 do CTN; e o próprio artigo 111 que determina que a interpretação seja “literal” nas hipóteses dos incisos da norma.

Note-se que nos três exemplos acima, sempre haverá uma interpretação e uma compreensão que à evidência não serão uníssonas, pois toda interpretação pressupõe um processo gerador de sentido considerando seu contexto.

Com efeito, reafirmamos em total concordância com o Prof. Ricardo Lobo Torres o que foi citado anteriormente, vale dizer, a restritividade da interpretação de que fala o artigo 111 do CTN atinge a analogia e a equidade (incisos I e IV, do artigo 108 do CTN), que são institutos que tendem a ampliar a interpretação da norma.

Nada impede que o aplicador do direito adote, *verbi gratia* o método sistemático de interpretação que é o mais completo. Por esse método, é proporcionada a compreensão do direito enquanto um conjunto de disposições normativas que se relacionam entre si, conduzindo o intérprete a uma visão plena do Direito Positivo. Com ele, observa-se todas as demais prescrições que formam o sistema jurídico. Numa análise sistemática, os enunciados, as proposições, e a normas em sentido estrito (H-C), só são compreendidas quando examinadas tendo em conta o todo que as envolve, atravessando todos os planos da linguagem (sintático, semântico e pragmático). (Carvalho, 2014).

Sem prejuízo, também poderá ser adotado outros métodos como o histórico-evolutivo, o lógico e o teleológico, conforme o desiderato de cada caso.

Naturalmente que em muitas situações não haverá dificuldades na interpretação de normas isentivas. Em outras, porém, como foi dito alhures, poderá haver complexidades exigindo maior esforço do intérprete de tal modo que o aspecto pragmático, no que tange ao “benefício fiscal da isenção”, será fundamental para a política fiscal almejada, até porque o direito tem por escopo alcançar certas finalidades.

#### 4 INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA SOB O ASPECTO PRAGMÁTICO

A Constituição de um Estado contém princípios implícitos e explícitos que são normas que carregam valores com alta carga axiológica desenhando o perfil de determinada sociedade juridicamente organizada.

Já no preâmbulo da Constituição Federal de 1988 são indicados como sobrevalores: a garantia ao exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade, justiça, a busca por uma sociedade fraterna e sem preconceitos, a harmonia social, o respeito à ordem interna e internacional e a solução pacífica das controvérsias.

O artigo 5º da Carta Magna contempla a garantia de inúmeros direitos fundamentais individuais como: a vida, a saúde, a crença religiosa, a atividade profissional e intelectual, o acesso ao Poder Judiciário, o devido processo legal, dentre outros. Também está ínsito na atividade econômica o princípio dignidade da vida humana, a valorização do trabalho humano, a soberania nacional, a função social da propriedade e da atividade econômica, a livre concorrência, a defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca pelo pleno emprego e o tratamento diferenciado às empresas de pequeno porte, nos termos do artigo 170.

No sistema jurídico tributário brasileiro destacam-se os sobreprincípios da segurança jurídica, da igualdade e da justiça que são realizados pela aplicação de outros princípios constitucionais como o da legalidade, da irretroatividade da norma, da anterioridade, do devido processo legal, da razoabilidade e da proporcionalidade, da capacidade contributiva e do não-confisco que estão contidos na Constituição Federal de 1988.

O legislador, no processo de enunciação da norma, inevitavelmente considera tais princípios insculpidos para atender aos anseios da sociedade.

Se a norma de isenção é largamente utilizada como política fiscal e social, tendo por finalidade implementar os princípios constitucionais acima indicados, inofensável que o pragmatismo há ser considerado pelo aplicador do direito.

O Supremo Tribunal Federal manifestou entendimento de que a concessão de isenção pelo Poder Público é instrumento de políticas fiscais e econômicas, objetivando o desenvolvimento e equilíbrio de determinadas regiões e segmentos da economia.

Muito embora o Pretório Excelso aponte que o Judiciário não possa avaliar o mérito das escolhas do Poder Executivo, inviabilizando a extensão da isenção fiscal pelo fundamento do princípio da isonomia, é certo também que a jurisprudência de nossos Tribunais tem manifestado entendimento pela possibilidade de serem adotados métodos de interpretação para a aplicação do direito de modo a alcançar o escopo da norma de isenção, à luz dos princípios do direito, da Constituição e consoante a legislação em vigor.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça, no REsp 192.531 assim se manifestou:

ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. MOLÉSTIA GRAVE. CARDIOPATIA. ISENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 111, INCISO II, DO CTN. LEI N. 4.506/64 (ART. 17, INCISO III). DECRETO N. 85.450/80. PRECEDENTES.

1. O art. 111 do CTN, que prescreve a interpretação literal da norma, não pode levar o aplicador do direito à absurda conclusão de que esteja ele impedido, no seu mister de apreciar e aplicar as normas de direito, de valer-se de uma equilibrada ponderação dos elementos lógico-sistemático, histórico e finalístico ou teleológico, os quais integram a moderna metodologia de interpretação das normas jurídicas.
2. O STJ firmou o entendimento de que a cardiopatia grave, nos termos do art. 17, inciso III, da Lei n. 4.506/64, importa na exclusão dos proventos de aposentadoria da tributação pelo Imposto de Renda, mesmo que a moléstia tenha sido contraída depois do ato de aposentadoria por tempo de serviço.
3. Recurso especial conhecido e não-provido (Brasil, 2005).

Também trago à colação o entendimento do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Napoleão Nunes Maia Filho, inserto no AgInt no REsp n. 1.759.989 - DF (2018/0208564-7):

Dest’arte, embora na aplicação da Legislação Tributária, o CTN estabeleça, em seu art. 111, que o intérprete deve orientar-se pela literalidade da norma que disponha sobre outorga de isenção, não é possível admitir que prevaleça o pensamento redutor da justiça à lei escrita e ao seu cumprimento fiel ou literal, vedando ao intérprete do Direito qualquer margem de discricionariedade ou mesmo elasticidade na aplicação do conteúdo da norma escrita. Isso impediria que o benefício isencional fosse aplicado a casos semelhantes, ainda que não absolutamente idênticos, o que afrontaria os princípios e garantias fundamentais, em especial o da isonomia e da dignidade da pessoa humana, que devem reger todo o ordenamento jurídico, inclusive o Tributário (Brasil, 2019).

Os tribunais administrativos tributários, na esteira do Poder Judiciário, têm considerado o pragmatismo para a solução dos litígios entre a administração tributária e o contribuinte.

A Câmara Superior do Tribunal de Impostos e Taxas, órgão de julgamento administrativo competente para uniformizar a jurisprudência do Contencioso Administrativo Tributário paulista (art. 49, da Lei Estadual n. 13.457/09), no julgamento do AIIM n. 4.096.220-9, deixou assentado pela incidência da isenção em razão da finalidade do produto, sem ficar restrito à sua descrição. Em outro acórdão proferido, a 2<sup>a</sup> Câmara Julgadora do Tribunal de Impostos e Taxas, no AIIM 4.136.606-2, aplicou a isenção fiscal relativamente a um determinado produto pela sua finalidade e semelhança em relação a outro produto expressamente isento pela legislação do ICMS do Estado de São Paulo.

No caso concreto, o lançamento fiscal foi de falta de pagamento do ICMS-Importação, pois segundo relato contido no Auto de Infração, o contribuinte deixou de pagar o imposto regularmente porque as mercadorias importadas foram indevidamente consideradas isentas. Houve errôneo enquadramento pelo contribuinte em determinados NCMs listados no Convênio ICMS 1/1999, mas, na verdade, tais produtos não eram contemplados pelo referido Convênio de modo que a isenção

somente se aplicaria se houvesse previsão expressa quanto ao respectivo produto. A fiscalização, concluiu que os produtos não gozavam de isenção por não encontrar guarida na legislação vigente.

O contribuinte se defendeu alegando que as mercadorias se encaixavam no Convênio ICMS 1/1999, e muito embora as descrições não fossem totalmente coincidentes com os produtos listados na norma isentiva, a finalidade era a mesma para ambos os produtos.

Note-se que a discussão da lide administrativa cingiu-se quanto à descrição dos produtos para fins de incidência da norma de isenção e não quanto à finalidade. Esse foi o ponto controvertido.

Nas duas decisões do Tribunal de Impostos e Taxas, o simples fato de as descrições não serem coincidentes, por si só não foram suficientes para afastar a isenção fiscal sob o argumento da “literalidade” da interpretação da norma, eis que o escopo da isenção em testilha é facilitar a aquisição por importação de produtos para salvar vidas ou proporcionar qualidade de vida para o ser humano.

Prevaleceu a ponderação e a razoabilidade na adoção de princípios jurídicos como do direito à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana, *ex vi* dos artigos 1º, inciso III, 3º, inciso I e 5º, da Carta Constitucional de 1988, diante da finalidade dos referidos produtos.

No entanto, em outro caso julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, no REsp n. 1.410.259, foi analisada a aplicação da alíquota zero para as contribuições do PIS e da COFINS, estabelecida no art. 1º, inciso XIV, da Lei n. 10.925/2004, nas importações e nas operações do mercado interno de farinha de trigo. A pretensão do contribuinte era de aplicar a isenção também para a “farinha de rosca” que tinha outra classificação TIP daquela prevista para a farinha de trigo.

Pelo referido julgado, o fato de as classificações do código TIP serem diferentes de um produto para outro, o entendimento foi de que a isenção não poderia ser estendida para a “farinha de rosca” numa interpretação deveras restritiva.

A decisão está assim ementada:

RECURSO ESPECIAL No 1.410.259 - PR (2013/0343590-9)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. BENEFÍCIO FISCAL. REDUÇÃO DE ALÍQUOTA. ART. 1º, XIV, DA LEI N. 10.925/2004. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA.

1. As disposições tributárias que concedem benefícios fiscais demandam interpretação literal, a teor do disposto no art. 111 do CTN.
2. O art. 1º, XIV, da Lei n. 10.925/2004 reduz à alíquota zero de PIS e COFINS incidentes na importação e sobre a receita bruta de venda no mercado interno de farinha de trigo classificada no código 1101.00.10 da TIPI, o que restringe o benefício apenas ao produto especificamente enquadrado no indigitado código classificatório.
3. A farinha de rosca não pode ser enquadrada no apontado código, pois as Notas Explicativas do Sistema Harmonizado (NESH), no Capítulo 11, ao explicitar as Considerações Gerais, apenas estabelecem que a farinha de rosca devem submeter-se à posição 1101 (Farinhas de trigo ou de mistura de trigo com centeio) para fins classificatórios, mas em nada a equiparam à farinha de trigo prevista no código 1101.00.10.

4. Ou seja, a farinha de rosca enquadra-se na posição 11.01, mas não se pode deduzir deste fato que sua classificação seja no específico código 1101.00.10, o que afasta a pretensão recursal da parte de beneficiar-se da alíquota zero, porquanto inviável a interpretação extensiva almejada.

Recurso especial improvido (Brasil, 2015).

No caso em apreço, a 2<sup>a</sup> Turma do Superior Tribunal de Justiça desconsiderou a “finalidade do benefício isentivo” consignada na exposição de motivos da Medida Provisória 433/2008 que era de “reduzir o impacto de preços no pão comum, bem como evitar aumento de custos nos insu- mos e no transporte e ainda, para não faltar trigo na mesa dos brasileiros”, além do fato de ambos os produtos terem a mesma matéria prima.

Noutro julgado, a mesma 2<sup>a</sup> Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.587.197/SP, afastou a isenção do IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados sobre a importação de depura- dores por conversão catalítica prevista nas Leis 10.485/2002 e 10.637/2002, já que a Lei 9.826/99, com as alterações da Lei 10.485/2002, teria previsto o benefício apenas para os estabelecimentos industriais sem estender o benefício a estabelecimentos “equiparados ao industrial” como no caso do contribuinte que foi ao Judiciário buscar o benefício fiscal.

A referida decisão está assim ementada:

RECURSO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DO CPC/1973. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 2. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ARTIGO DE LEI NÃO MENCIONADO NA PETIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA N. 284 DO STF. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. ART. 5º, DA LEI N. 9.826/99 E ART. 29, DA LEI N. 10.637/2002. IMPOSSIBILIDADE DE GOZO DA SUSPENSÃO POR ESTABELECIMENTO EQUIPARADO A INDUSTRIAL.

1. O presente recurso foi interposto na vigência do CPC/1973, o que atrai a incidência do Enunciado Administrativo Nº 2: “Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça”.

2. O recurso não merece conhecimento em relação à alegada violação ao Acordo Geral Sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio - GATT. Não foi indicado o artigo de lei que se teve por violado. Incidência da Súmula n. 284/STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

3. Nem o Código Tributário Nacional e nem a legislação específica do IPI tratam o “estabelecimento industrial” de forma idêntica ao “estabelecimento equiparado a industrial”. A equiparação, por óbvio, somente é útil porque é feita para determinadas finalidades expressas em lei. Não fosse assim, não haveria qualquer necessidade de se estabelecer uma equiparação, bastava incluir todos os equiparados dentro do conceito geral de “estabelecimento industrial”.

4. Não se pode presumir que todas as vezes que a legislação tributária mencione o estabelecimento industrial estaria a mencionar implicitamente também os estabelecimentos equiparados a industrial, sob pena de se tornar o sistema tributário, no que diz respeito ao IPI, imprevisível e inadministrável, mormente diante da

função extrafiscal do tributo que exige intervenções calculadas e pontuais nos custos incorridos em cada etapa da cadeia econômica.

5. Nessa linha, da legislação tributária pode-se colher diversos exemplos onde a suspensão, isenção ou crédito presumido do IPI são concedidos expressamente e pontualmente aos estabelecimentos equiparados a industriais: art. 11, do Decreto-Lei n. 400/68; art. 15, §3º, do Decreto-Lei n. 1.455/76; art. 56, §§1º e 2º, da Medida Provisória n. 2.158-35/2001; art. 17, §§2º e 5º, da Medida Provisória n. 2.189-49/2001.

6. Desta forma, tanto o art. 5º, da Lei n. 9.826/99, quanto o art. 29, da Lei nº 10.637/2002, são claros ao apontar como beneficiário da suspensão do mencionado imposto apenas o estabelecimento industrial, sem estender ao equiparado, de modo que o art. 23, da Instrução Normativa da SRF nº 296/2003 não limitou o pretendido direito, mas apenas explicitou aquilo que a lei e o sistema já haviam determinado.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: “A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.”

A Sra. Ministra Assusete Magalhães, os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator. SUSTENTAÇÃO ORAL Dr(a). MARISE CORREIA DE OLIVEIRA (mandato ex lege), pela parte RECORRIDA: FAZENDA NACIONAL (Brasil, 2022, grifo nosso).

Verifica-se das decisões da 2ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça acima mencionadas que o aspecto pragmático não foi adotado privilegiando-se a interpretação deveras restritiva.

A jurisprudência dos Pretórios no que tange à aplicabilidade da pragmática na interpretação da norma de isenção é oscilante a depender dos valores que estão envolvidos, em face da multiplicidade de situações fáticas que o intérprete se depara.

Defendemos que a finalidade e a similitude de hipóteses de incidência descritas no antecedente da regra-matriz são elementos de grande importância numa “interpretação restritivista” da isenção em razão da opção do legislador quando da “enunciação” da norma, considerando os valores que estão em jogo, sem implicar em violação ao artigo 111 do Código Tributário Nacional.

Eis que a “ponderação” pelo aplicador do direito quanto aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são indispensáveis para limitar o poder e os abusos do Estado e também para que as políticas públicas sejam adequadamente implementadas visando à consecução de interesses comuns como: o bem-estar social, a justiça social e a proteção da dignidade humana; princípios esses que informam o Estado Democrático Social de Direito, que concorrem com o Estado Democrático de Direito.

Destarte, o aspecto pragmático é fundamental para o aplicador do direito implementar os princípios constitucionais aos destinatários, mormente nos casos em que o intérprete se depara com

dificuldades e complexidades semânticas. É inadmissível uma interpretação restritiva da norma de isenção a ponto de negar a justiça e o próprio direito ao cidadão.

## CONCLUSÃO

Consoante o exposto, o legislador considera determinados fatos como relevantes para juridizar e regular as condutas humanas, introduzindo no sistema as normas jurídicas desinentes. Sob o prisma da fenomenologia da incidência tributária, a norma imunizante situa-se no plano da definição da competência tributária alocando-se a isenção no plano do exercício da competência tributária.

A “norma de isenção”, conforme já foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, é instrumento de política fiscal e social para beneficiar os contribuintes vulneráveis da sociedade para o desenvolvimento e equilíbrio de determinadas regiões do país e para fomentar alguns segmentos da economia.

Neste eito, é inegável que as isenções carregam grande carga axiológica em busca d’uma finalidade, segundo os princípios constitucionais vigentes, ganhando relevância os limites da interpretação “literal” pelo aplicador do Direito, à luz do artigo 111 do Código Tributário Nacional.

A partir da *trajetória da interpretação* defendida pelo professor Paulo de Barros Carvalho (2015), a chamada expressão “literal” se situa no plano S1, que são os enunciados pertencentes à plataforma da literalidade textual, suporte físico de significações. Forçoso concluir que ponto de vista jurídico não há nada de “literal” na interpretação da norma isentiva porque a interpretação surge pela construção de sentido pelo sujeito dentro dos limites dos horizontes da cultura.

Com a premissa de que a norma de isenção é largamente utilizada nas políticas governamentais para realizar princípios constitucionais vigentes e que a interpretação encontra limites apenas nos institutos da analogia e da equidade, segundo a doutrina indicada, o aspecto pragmático deve ser considerado pelo aplicador do direito sem acarretar desrespeito à regra do artigo 111 do CTN.

Deste modo, o referido artigo 111 do CTN tem o condão de apenas vedar a expansão da interpretação mediante a utilização da analogia e da equidade (art. 108, incisos I e IV), sem prejuízo da adoção de outros métodos de interpretação, como o histórico-evolutivo, o lógico e o teleológico e o sistemático.

É certo que a jurisprudência oscila entre aplicar interpretação teleológica à norma de isenção e afastar o pragmatismo (semiótica do direito) mediante hermenêutica restritivíssima. Contudo, a interpretação que não considera a finalidade do benefício fiscal, privilegiando aspectos formais, classificações numéricas, nomenclaturas, dentre outros, é absolutamente inconstitucional. O aplicador do direito deve total obediência à Constituição Federal, não podendo desprezar os valores constitucionais impregnados na norma isentiva, ainda que sob o argumento consuetudinário de “prejuízo ao erário”.

A sociedade hodierna é dinâmica, assim como a evolução da tecnologia, sendo recorrente a desatualização da legislação tributária, máxime quanto aos benefícios fiscais. Em razão da modernização da atividade econômica, de serviços e de produtos, como ocorre com as telecomunicações ou com os produtos médicos de alta tecnologia, a pragmática aparece como importante elemento hermenêutico para garantir justiça, isonomia e segurança jurídica.

## REFERÊNCIAS

**BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Código Tributário Nacional. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm). Acesso em: 14 jun. 2022.

**BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento em Recurso Especial n. 1.759.989.** Processual civil e tributário. recurso especial. conhecimento. súmulas 126 e 211 do STJ. não incidência. Agravante: Vitor Elisio Goes de Oliveira Menezes. Agravado: Fazenda Nacional. Relator: Min. Gurgel de Faria, 31 de maio de 2019. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1819679&num\\_registro=201802085647&data=20190531&peticao\\_numero=201800704166&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1819679&num_registro=201802085647&data=20190531&peticao_numero=201800704166&formato=PDF). Acesso em: 14 jun. 2022.

**BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.410.259.** Tributário. benefício fiscal. redução de alíquota. art. 1º, XIV, da lei n. 10.925/2004. interpretação restritiva. Recorrente: LCA indústria e comércio de produtos alimentícios LTDA. Recorrido: Fazenda Nacional. Relator: Min. Humberto Martins, 9 de outubro de 2015. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1447042&num\\_registro=201303435909&data=20151009&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1447042&num_registro=201303435909&data=20151009&formato=PDF). Acesso em 14 jun. 2022

**BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.587.197** Recurso interposto na vigência do cpc/1973. Enunciado administrativo nº 2. Processual civil. Tributário. Artigo de lei não mencionado na petição de recurso especial. Deficiência na fundamentação. Súmula n. 284 do stf. Imposto sobre produtos industrializados - ipi. Art. 5º, da lei n. 9.826/99 e art. 29, da lei n. 10.637/2002. Impossibilidade de gozo da suspensão por estabelecimento equiparado a industrial. Recorrente: Johnson Matthey Brasil LTDA. Recorrido: Fazenda Nacional. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, 3 de maio de 2022. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2106786&num\\_registro=201600498165&data=20220503&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2106786&num_registro=201600498165&data=20220503&formato=PDF). Acesso em 14 jun. 2022.

**BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 192.531.** Administrativo e tributário. recurso especial. aposentadoria por tempo de serviço. moléstia grave. cardiopatia. isenção do imposto de renda. ausência de violação do art. 111, inciso ii, do ctn. lei n. 4.506/64 (art. 17, inciso iii). decreto n. 85.450/80. precedentes. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Fronotelmo Figueiro Netto. Relator: Min. João Otávio de Noronha, 16 de maio de 2005. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=526481&num\\_registro=199800779515&data=20050516&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=526481&num_registro=199800779515&data=20050516&formato=PDF). Acesso em: 14 jun. 2022.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2014.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2015.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretar y argumentar**. Tradução de Silvina Álvares Medina. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 426 p.

NOGUEIRA, Rui Barbosa. **Imunidades: contra impostos na Constituição anterior e sua disciplina mais completa na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1992

TORRES, Ricardo Lobo. Normas de interpretação e integração do direito tributário. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VILANOVA, Lourival. **Norma jurídica/proposição jurídica: significação semiótica**. São Paulo: Educação e Cultura, 2000.

Recebido em: 09/11/2022

Aceito em: 28/04/2023

# GESTÃO DE RISCOS NAS COMPRAS PÚBLICAS: REFLEXÕES SOBRE A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

## RISK MANAGEMENT IN PUBLIC PROCUREMENT: REFLECTIONS ON THE NEW LAW OF BIDDING AND CONTRACTS

Filipe Moreira Dumont\*

Marciana Aparecida Hilario Pena Gonçalves\*\*

Layon Carlos Cezar\*\*\*

\*Mestrando em Administração Pública (PROFIAP-UFV). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Viçosa. ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-4187-378X>

\*\*Mestranda em Administração Pública (PROFIAP-UFV). Licenciada em Pedagogia pela Universidade Federal de Viçosa. ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-0434-2720>

\*\*\*Doutor em Administração pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Mestre em Administração pela Universidade Federal de Viçosa (UFV). Bacharel em Administração pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ) e Bacharel em Gestão de Cooperativas pela Universidade Federal de Viçosa (UFV). Professor Adjunto do Departamento de Administração e Contabilidade da Universidade Federal de Viçosa (DAD-UFV). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2062-4593>

**Como citar:** DUMONT, Filipe Moreira; GONÇALVES, Marciana Aparecida Hilario Pena; CEZAR, Layon Carlos. Gestão de riscos nas compras públicas: reflexões sobre a nova Lei de Licitações e Contratos. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 19, n. 2, p. 185-206, jul. 2024. DOI: 10.5433/1980-511X.2024.v19.n2.p185-206. ISSN: 1980-551X.

**Resumo:** O presente artigo objetiva explorar como as mudanças introduzidas por meio da Nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC) contribuem para a implementação de ferramentas gerenciais mais eficientes para gestão de riscos nas compras públicas. Para tanto, elaborou-se um estudo exploratório, de caráter hipotético dedutivo que, a partir da bibliografia disponível, tornou possível o levantamento de uma hipótese central, a qual poderá ser confirmada ou refutada posteriormente. Concluiu-se que a predileção pelo modelo gerencial impactou a elaboração da NLLC que introduziu diversos mecanismos de gestão de riscos nas compras públicas que inibem o comportamento oportunista dos agentes. Se bem utilizados, estes mecanismos podem auxiliar a Administração na busca por contratações eficientes que garantam melhores resultados.

**Palavras-chave:** gerencialismo; gerenciamento de riscos; gerenciamento de aquisições; compras públicas; licitações

**Abstract:** This paper explores how the changes introduced by the New Law on Bidding and Contracts (NLLC) contribute to implementing more efficient managerial tools for risk management in public procurement. To this end, an exploratory study was conducted using a hypothetical-deductive approach, based on available literature. This approach allowed the formulation of a central hypothesis that can be confirmed or refuted in future studies. This study's concludes that the preference for a managerial model influenced the development of the NLLC, which introduced various risk management mechanisms in public procurement to discourage opportunistic behavior among agents. When utilized effectively, these mechanisms can assist the Administration in achieving efficient contracting processes that ensure better outcomes.

**Keywords:** managerialism; risk management; procurement management; public procurement; public bidding processes

## INTRODUÇÃO

A Administração Pública tem vivenciado nas últimas décadas uma mudança de paradigma. Após a recente perda de autonomia dos Estados-Nações ocasionada pelo grande poder adquirido pelo mercado global, a burocracia que enrijece a estrutura estatal tem, cada vez mais, perdido espaço para o gerencialismo, modelo de gestão que confere maior discricionariedade aos agentes públicos, outorgando-os uma maior quantidade de instrumentos de gestão. Significa dizer que o modelo gerencial busca aproximar a gestão pública ao modelo de gestão privada.

As transformações ocorridas nas últimas décadas implicaram em diversas mudanças estruturais nas Administrações Públicas ao redor do mundo. A reforma administrativa implementada por Fernando Henrique Cardoso pode ser compreendida como o pontapé inicial deste processo no Brasil. No entanto, não é possível afirmar que a transição tenha sido finalizada por completo, até mesmo porque a burocracia sustenta importantes elementos do Estado Moderno constituído no Brasil após a redemocratização, constituindo-se como meio de concretizar o atendimento aos princípios da impessoalidade e isonomia.

A transição para o modelo gerencial ainda continua no país e, não por acaso, no dia 1º de abril de 2021 foi publicada a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/21) – NLLC que, embora tenha entrado em vigor na data de sua publicação, conviverá com as outras leis, quais sejam, Lei nº 8.666/93; Lei nº 10.520/02; e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462/11, até o dia 30 de dezembro de 2023, nos moldes do art. 193 da NLLC (Brasil, 2021) alterado, inicialmente, pela Medida Provisória Nº 1.167, de 31 de março de 2023 (Brasil, 2023a) e, posteriormente, pela Lei Complementar Nº 198, de 22 de junho de 2023 (Brasil, 2023b). Transcorrido este prazo, as contratações da Administração Pública brasileira passarão a ser realizadas em consonância ao disposto pela NLLC.

Como mencionado, a publicação da NLLC não surgiu por acaso. Pelo contrário, esta pesquisa apresenta argumentos que, a partir deles, torna-se possível concluir que a recente transformação ocorrida nos modelos de gestão pública ao redor do mundo, no Brasil, culminou na publicação da NLLC. Dentre diversas mudanças, a nova legislação atribuiu novas perspectivas às contratações no setor público brasileiro, principalmente no que tange aos mecanismos de gestão. A NLLC, portanto, ao acompanhar o processo de transição para modelo gerencial, passou a prever a faculdade e, em alguns casos, a obrigatoriedade de serem utilizados mecanismos de gestão de riscos, em especial nas compras públicas.

Em face desse contexto, o presente artigo objetiva explorar como as mudanças introduzidas por meio da Nova Lei de Licitações e Contratos contribuem para a implementação de ferramentas gerenciais mais eficientes para gestão de riscos nas compras públicas. Para tanto, elaborou-se um estudo exploratório, de caráter hipotético-dedutivo que, a partir da bibliografia disponível, tornou possível o levantamento da seguinte hipótese: *os mecanismos gerenciais presentes na NLLC permitem amenizar o comportamento oportunista dos agentes envolvidos no processo de compras públicas.*

Para tanto, primeiramente fez-se necessário estabelecer a forma como a Administração Pública realiza suas contratações para, logo após, discorrer sobre o gerenciamento nas aquisições públicas, sua importância e seus desafios, bem como se fez preciso investigar a importância do gerenciamento de riscos em um horizonte ampliado. Posteriormente, fez-se necessário compreender o comportamento dos agentes que transacionam, e como este comportamento impacta os custos dos negócios. Continuamente, procurou-se estabelecer a relação existente entre as transformações ocorridas nos modelos gerenciais ao redor do mundo e a publicação da NLLC. Ao final, investigou-se propriamente os mecanismos introduzidos pela nova lei, de forma a confirmar ou refutar a hipótese apresentada.

## 1 AS AQUISIÇÕES PÚBLICAS E SEUS INSTRUMENTOS NORMATIVOS

O procedimento que define especificamente as regras de aquisições no setor público é a licitação. Nas palavras de Di Pietro (2019, p. 755): “[...] a licitação é um procedimento integrado por atos e fatos da Administração e atos e fatos do licitante, todos contribuindo para formar a vontade contratual”.

O principal marco legal que trata dos processos de compra, aquisição, locação e contratação está contido na Constituição Federal de 1988 no Art. 37, inciso XXI, o qual determina que os contratos administrativos sejam precedidos de licitação, ressalvadas as exceções previstas em Lei. Bem como o estabelecido no Art. 175 de que as concessões e permissões de serviço público devem ocorrer sempre via procedimento licitatório (Brasil, 1988).

Nessa perspectiva, em atendimento à Carta Magna, foi publicada, em 1993, a Lei Geral de Licitações e Contratos, (Lei Nº 8.666/93) que estabelece regras para o processo de contratação e seleção de bens e serviços através de diversas modalidades (Brasil, 1993).

No que se refere à aquisição de bens e serviços comuns, visando facilitar os procedimentos e acelerar as contratações, em 2002 foi publicada a Lei 10.520 que disciplina o pregão enquanto modalidade de licitação para objetos cujo padrão de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado (Brasil, 2002). Sob esse viés, foi instituído, também, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos específicos determinados na Lei 12.462/11.

Nessa lógica, visando modernizar o processo licitatório e aperfeiçoar os certames, foi constituída a Lei 14.133/21 que integra em uma única Lei os três diplomas normativos já mencionados: Lei nº 8.666/93, Lei nº 10. 520/02 e a Lei nº 12.462/11. Desse modo, a nova lei institui mudanças às normas referentes aos sistemas de contratação da Administração Pública, na intenção de aprimorar os processos licitatórios do país, ao buscar uma maior eficiência nos processos de compra ou contratação de bens e serviços, bem como visar maior transparência para todo o processo licitatório.

Nesse contexto, percebe-se que a licitação não é uma atividade facultativa da Administração Pública, dado que o “ente público tem o dever de licitar antes de contratar, sob pena de nulidade do ato administrativo” (Rosset *et al.*, 2020, p. 44). Contudo, a legislação assinala algumas ressalvas nas hipóteses de inexigibilidade e dispensa de licitação, são as chamadas contratações diretas - contratações que não são precedidas de procedimento licitatório.

Dessa forma, faz-se necessário destacar a complexidade do processo licitatório mediante o contexto social brasileiro contemporâneo, marcado pelo contingenciamento de verbas e ajustes fiscais, o que resulta numa crescente cobrança pela eficiência na gestão dos recursos e gerenciamento eficaz das aquisições na Administração Pública. Araújo, Pinheiro Júnior e Abreu, (2016) e Krammes (2013), apresentam que o conhecimento é fundamental para o sucesso das aquisições, visto ser indispensável adquirir-se bens ou serviços em consonância com as reais necessidades da Administração Pública, buscando a diminuição da ocorrência de aquisições inúteis que, por conseguinte, acarretem em perda de recursos.

As boas práticas de gerenciamento, portanto, são essenciais para aprimorar os resultados nas aquisições públicas e na alocação de dispêndios, uma vez que asseguram maior controle na gestão desses recursos e, portanto, colaboram para a maior eficiência das aquisições e das contratações públicas (Araújo; Pinheiro Júnior; Abreu, 2016).

## 2 GERENCIAMENTO DAS AQUISIÇÕES PÚBLICAS E SEUS RESPECTIVOS RISCOS

A gestão pública está inserida em um sistema complexo marcado por mudanças constantes no qual predomina um ambiente de incertezas e superação de desafios. Dessa forma, diante da necessidade de ofertar serviços públicos de qualidade à sociedade, mesmo frente à limitação dos recursos, surge, para o agente público, a obrigação de adotar ferramentas gerenciais para identificar, analisar e avaliar os riscos que podem comprometer o bom funcionamento das organizações.

Todavia, para empregar práticas de gerenciamento, é imprescindível considerar as características singulares da Administração Pública em virtude de suas peculiaridades estruturais. Nesse sentido, Pisa e Oliveira, (2013), afirmam por exemplo, que a adoção de boas práticas de gerenciamento de projetos no setor público, tem trazido inovações nos modelos de gestão e na adoção de estratégias favoráveis a governança, bem como tem proporcionado maior eficiência na execução, controle e consecução dos resultados estabelecidos nos planos governamentais.

Em consonância a isso, Rosset *et al.* (2020), ressaltam que projetos públicos não visam o retorno financeiro, pois a finalidade é o retorno social em um período mais longo de tempo. Logo, os resultados dos projetos buscam alcançar o bem público e, portanto, o bem social.

Dessa forma, dentre as características observadas nos processos de gerenciamento de projetos públicos em relação ao setor privado, destaca-se o aspecto social dos projetos governamentais e o ciclo orçamentário anual que pode ser traduzido como a obrigatoriedade da aprovação anteci-

pada junto com a previsão dos recursos para execução do projeto, o que engendra uma limitação no gerenciamento de projetos de governo (Kreutz; Vieira, 2018).

Assim, nas organizações públicas o gerenciamento de aquisições é submetido a obrigações legais e penalidades vinculadas ao processo de contratação. Todas essas particularidades devem ser ponderadas e previstas pela legislação no contexto em que se objetive a inserção dos mecanismos de gestão de riscos às aquisições públicas.

Perante a imprevisibilidade da gestão pública, a implementação do gerenciamento de risco é um fator importante para auxiliar nas deliberações institucionais e no desenvolvimento de ações que visem melhor conduzir as incertezas pertinentes às decisões que envolvem a Administração Pública. Borraz (2014), afirma que, as incertezas apresentadas em relação à ação, se acumuladas, podem configurar-se em risco.

No âmbito do serviço público, tem-se demandado dos agentes públicos a tomada de decisões cada vez mais complexas sobre os riscos, sejam eles tecnológicos, de bem-estar econômico, prestação de serviços, entre tantos outros. Dessa forma, o trabalho nas esferas governamentais cujo meio é descrito por incertezas, a gestão de risco tem sido atestada como instrumento fundamental na deliberação apropriada no que tange às políticas, programas e serviços, uma vez que estas ferramentas auxiliam no gerenciamento de recursos, portanto, na qualidade do serviço público. Isso porque os deveres e responsabilidades em relação ao bem coletivo exigem a utilização de práticas, estratégias e instrumentos de gestão de riscos, os quais devem almejar a eficiência e a efetividade nas entregas públicas (Silva *et al.*, 2021).

A gestão de riscos consiste, pois, em um processo metódico de constatação, diagnóstico e avaliação de ameaças, monitoramento e determinação de resposta adequada ao agravo (Project Management Institute, 2017). O risco pode ser definido, nas palavras de Borraz (2014, p. 111), como: “[...] uma qualidade que vem a ser associada a uma atividade no desenvolver de um processo de contestação. Durante esse processo, incertezas são levantadas com relação à atividade. À medida que essas incertezas se acumulam, convertem-se em um risco”.

Portanto, os projetos públicos, por apresentarem ações únicas e serem circundados por incertezas, tornam o risco um fator inerente, na medida em que as incertezas se acumulam ao decorrer do projeto.

De acordo com Freitas (2002), o risco possui duas variáveis: a probabilidade de sua ocorrência e; o impacto sobre o projeto, isto é, a severidade do dano, ou a grandeza do benefício. Assim, considerando que essas variáveis podem afetar negativamente os projetos, é preciso assegurar que esses eventos sejam compreendidos, avaliados, monitorados e respondidos, sempre com a finalidade de diminuir a probabilidade de ocorrência dos riscos, bem como diminuir seus impactos.

Diante disso, o gerenciamento dos riscos do projeto pode aumentar a possibilidade e/ou o efeito dos riscos positivos e diminuir a chance e/ou o resultado dos riscos negativos, visando potencializar as oportunidades de êxito dos projetos, ou seja, aumentar a eficiência das operações dentro

da organização, tendo em vista ampliar os benefícios e reduzir os gastos com atividades instáveis. Assim sendo, “[...] administrar um objeto repleto de incertezas exige o uso de técnicas, procedimentos e instrumentos que as converterão em dimensões sobre as quais se pode agir” (Borraz, 2014, p. 112).

Nesse enquadramento, a gestão do risco é fator fundamental para o sucesso do projeto e, por isso, demanda esforço contínuo de compreensão e previsão. Em consonância a esse entendimento, Hill (2006), declara que: “[...] uma boa gestão de riscos exige-se esforço holístico, interdisciplinar e interministerial, que nos permita identificar uma ampla gama de riscos. Exige, também, um esforço permanente de sondagem do ambiente que nos permita detectar e transformar condições de risco” (Hill, 2006, p. 40).

A vista disso, no que concerne à gestão de riscos, uma das vantagens da implementação é o aumento da eficiência das operações dentro da organização. Eficiência esta que será explorada de maneira pormenorizada adiante.

O uso de ferramentas gerenciais para a gestão de projetos, permite um acompanhamento detalhado dos riscos inerentes aos projetos. Porém, o atendimento às orientações normativas específicas que regulam tal cenário constitui fator fundamental para o atendimento aos objetivos traçados. Nesse sentido, cabe destacar que o marco inicial da regulamentação do gerenciamento de riscos é a Instrução Normativa Conjunta nº 1/MP-CGU, de 10 de maio de 2016, que determinou prazo para implantação de uma política de riscos nos órgãos do poder executivo federal (Brasil, 2016a). Nesse mesmo ano, foi publicada a Lei nº 13.303, de 30/06/2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, as quais deverão adotar controles proporcionais à relevância, à materialidade e aos riscos do negócio do qual são participes (Brasil, 2016b).

É importante salientar que, esse processo foi impulsionado pelos órgãos de controle, Ministério da economia, a Controladoria-Geral da União (CGU) e o Tribunal de Contas da União (TCU). Visando fortalecer a gestão de riscos e os controles interno, o TCU tem estabelecido ações que se utilizam da lógica e dos marcos legais, como mostra diversos Acórdãos: Acórdão nº 12.700/2016 e Acórdão nº 4222/2017. Tais Acórdãos recomendam às instituições, a adoção dos modelos de melhores práticas internacionais gestão de riscos corporativos instituído pelo COSO (*Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission*) (Braga, 2017).

Nessa direção, a gestão de riscos foi incorporada efetivamente como diretriz da Administração Pública por meio do Decreto nº 9.203, publicado em 22 de novembro 2017. Desta forma, o gerenciamento de riscos tem se apresentado como ferramenta de referência para uma boa governança (Silva *et al.*, 2021).

Esse movimento de introdução dos mecanismos de gestão de riscos tem ocorrido, embora ressalte Braga (2017), que falta a formação de uma base crítica de discussão sobre os riscos na gestão, principalmente nas Administrações Públicas. Para o autor, as organizações inseridas nesse contexto, apresentam características próprias que podem limitar ou até mesmo frustrar a efetivida-

de da gestão de riscos, uma vez que o desenvolvimento se deu, primordialmente, em virtude das necessidades do setor privado.

No entanto, na tentativa teórica de estabelecer instrumentos de gestão de riscos próprios às compras públicas, alguns autores têm apontado, em especial, a existência de pressupostos comportamentais inerentes aos agentes que transacionam. Comportamentos estes que podem comprometer a eficiência das compras públicas, de modo a diminuir, por conseguinte, a qualidade destas transações.

### 3 TEORIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO E AS COMPRAS NO PODER PÚBLICO

Sem uma adequada gestão de riscos, a Administração Pública fica sujeita à possibilidade de não ter a melhor eficiência em relação as suas aquisições justamente devido ao comportamento dos agentes fornecedores. Segundo Cavalcanti e Martens (2015), os agentes fornecedores podem ter comportamentos oportunistas quando, por exemplo, o produto não for devidamente qualificado no edital, em razão da racionalidade limitada do agente comprador; ou quando o agente fornecedor prover informações incompletas e/ou distorcidas acerca do produto/serviço ao agente comprador, caracterizando esta conduta como oportunista.

Neste sentido, tem-se que as transações são realizadas entre agentes e por isso a subjetividade não pode ser ignorada ao se pensar uma teoria que busca compreender seus custos. Para Silva Filho (2006, p. 270), “[...] focalizar analiticamente o universo das transações ignorando as características dos agentes envolvidos nelas certamente não nos parece a maneira mais adequada de teorizar sobre os fenômenos econômicos”.

É preciso compreender, portanto, como se dá a transação e como se comportam os indivíduos que transacionam, uma vez que a busca pela redução dos custos advindos das transações depende diretamente da coordenação das ações destes indivíduos (Peres, 2007). Quanto mais adequada for a coordenação entre os componentes de uma determinada organização, menores serão os custos de transação (Azevedo, 2000).

Segundo Williamson (1985), os custos de transação são comumente distinguidos em “*ex ante*” e “*ex post*”, antes da transação e depois de realizada a transação, respectivamente. Segundo o autor, o custo “*ex ante*” é verificado na fase de elaboração e negociação. Nas palavras de Williamson (1985, p. 20, tradução nossa):

Este primeiro (*ex ante*) refere-se aos custos de redigir, negociar e proteger um acordo. Isso pode ser feito com muito cuidado, caso em que um documento complexo é redigido no qual numerosas contingências são reconhecidas, e adaptações apropriadas pelas partes são estipuladas e acordadas antecipadamente. Ou o documento pode ser muito incompleto, cabendo às partes preencher as lacunas à medida que as contingências surgem.

Já os custos de transação “*ex post*” são verificados após a contratação e, segundo Williamson (1985), podem ocorrer de formas diversas como, por exemplo, os gastos com advogados quando se faz necessário recorrer à justiça para dirimir eventuais litígios.

Em linhas gerais, dos custos de transação “*ex post*” apontados pelo autor, pode-se inferir que todas as formas advêm do desalinhamento entre as partes negociantes. Ainda em relação aos custos de transação, a teoria parte do pressuposto que os indivíduos possuem uma “racionalidade limitada” e agem pelo próprio interesse ou por “oportunismo” (Williamson, 1985).

Em contraponto à visão idealista sobre a essência humana, acredita-se que é possível assumir os pressupostos comportamentais nas transações entre duas organizações porque essas transações perseguem a diminuição dos custos e, consequentemente, o aumento do lucro. Por esse motivo, os agentes que transacionam se comportam diante da realidade na qual estão inseridos – modo capitalista de produção – de forma a buscarem a maximização de seus ganhos. É possível, pois, que, frente às transações capitalistas entre organizações, o oportunismo possa ser presumido.

Retomando, segundo Williamson (1985), os agentes possuírem rationalidade limitada significa dizer que estes indivíduos que transacionam têm restrições quanto ao processamento de todas as informações, mesmo que elas estejam completas. Além disso, os agentes também pautam suas ações no oportunismo, de forma a usarem, inclusive, trapaças e outros artifícios maliciosos para satisfazerem os interesses da organização que representam.

Importante destacar que o comportamento oportunista impacta não apenas as organizações privadas, mas, afeta, também, as transações que envolvem organizações públicas, principalmente porque essas transações, embora regidas por leis específicas, são firmadas por agentes dotados de subjetividade e, portanto, sujeitos aos comportamentos oportunistas e às suas rationalidades limitadas.

Para ilustrar tal cenário torna-se necessário discorrer sobre o estudo realizado por Cavalcanti e Martins (2015). Em tal investigação foi averiguado o quanto o gerenciamento de riscos pode beneficiar um hospital público quanto às aquisições realizadas. Foram apontados problemas que ocorriam no hospital em relação às suas aquisições anteriormente à implementação da gestão de riscos. Dentre estes problemas, destaca-se, sobretudo, a ausência de contato da equipe de compras com a equipe que utilizava de fato os materiais adquiridos, o que gerava uma assimetria entre as informações que dispunham o agente comprador e o agente fornecedor, o que acabava por facilitar o comportamento oportunista deste último (Cavalcanti; Martins, 2015).

Evidencia-se que, embora os requisitos da Lei de Licitações fossem sempre plenamente atendidos, à Cavalcanti e Martins (2015), foi relatado que o hospital, antes de iniciar a gestão de riscos, encarou diversos problemas relacionados a má qualidade dos produtos adquiridos.

Cavalcanti e Martins (2015), apontaram ainda que, após o diagnóstico dos problemas enfrentados pela equipe de compras do hospital pesquisado, iniciou-se a gestão de risco nas aquisições da organização. Diversas posturas adotadas pela organização foram capazes de melhorar a qualidade das compras do hospital e, dentre elas, ressaltam-se: i) a participação dos profissionais de

saúde nos pregões para que o produto fosse avaliado diretamente pelos profissionais utilizadores diretos dos bens; ii) criação de banco de dados com as marcas e padrões dos produtos; iii) exigência de amostra dos produtos para análise da equipe técnica antes da conclusão da compra; e, por fim, iv) nos casos de defeitos nos produtos, o acionamento dos fornecedores para que fosse efetuada a troca/devolução.

Assim, embora a gestão de riscos implementada pelo hospital pesquisado tenha apresentando resultados contundentes, não havia respaldo jurídico para algumas das condutas implementadas pela entidade. Isso ocorria porque a Lei de Licitações não previa mecanismos que tornassem possível uma adequada gestão de riscos. Esse contexto, no entanto, foi alterado com o advento da Lei N.º 14.133/21, a Nova Lei de Licitações e Contratos - NLLC, a qual passou a prever diversos mecanismos aptos a gerirem os riscos nas aquisições realizadas por meio de procedimento licitatório como apresentado na sequência.

#### 4 A NLLC E O ALICERCE PARA O MODELO GERENCIAL

Os estudos realizados anteriormente à publicação da NLLC, no que tange à governança, apontavam a necessidade de as compras públicas se tornarem mais ágeis e eficientes. É o caso dos estudos realizados por Oliveira (2015), e Felipe (2020), que apontaram diversos problemas relacionados às licitações realizadas sob a égide da Lei N.º 8.666/93. Dentre eles, faz-se necessário destacar, nas palavras de Oliveira (2015, p. 143):

Tem-se que, ao lado da aplicação da lei (atividade vinculada, mero cumprimento), avultam outras atividades cotidianas não previstas pelo sistema rígido da burocracia (decisões de vontade, discricionárias, meramente intelectivas). Daí o próprio serviço público carecer de algo mais que um cumpridor de lei profissional. Demanda servidores capacitados a tomar decisões; daí ser necessária a eles mais autonomia e delegação de responsabilidades, requerendo, por conseguinte, uma administração pública mais descentralizada.

Percebe-se que, assim como averiguado por Cavalcanti e Martens (2015), a pura aplicação da lei poderia levar à perda de qualidade nas aquisições, uma vez que, não havia quaisquer instrumentos normativos direcionados à gestão dos riscos nessas transações. Assim, a desqualificação dos agentes públicos responsáveis pelas compras – o que se relaciona à racionalidade limitada -, o oportunismo dos agentes fornecedores e, além disso, a ausência de instrumentos adequados à gestão de riscos, correspondem a uma soma de fatores que inviabilizam a otimização das compras realizadas pela Administração Pública.

Frisa-se, ainda, que a ausência dos mecanismos de gestão de riscos na legislação anterior está relacionada ao modelo burocrático de gestão, o qual emoldura rigidamente a Administração Pública brasileira e, portanto, enrijece o procedimento pelo qual são realizadas as compras públicas. O objetivo deste modelo burocrático surgido em meados do século XIX era, justamente, combater a pessoalidade nas organizações. Embora o modelo burocrático seja necessário para o cumprimento

do princípio constitucional da isonomia, seu mau uso tem provocado paralisações e entraves relacionados ao gerenciamento (Oliveira, 2015).

A tendência neoliberal surgida nas décadas de 70 e 80 fez com que a Administração Pública brasileira passasse a buscar a passagem do modelo burocrático de gestão para o modelo de administração gerencial que, alinhado às boas práticas de governança, seria capaz de potencializar os resultados obtidos pelo Estado. Para os neoliberais, a lógica se inverte, visto que os burocratas constituem uma elite especializada, dotada de certas quantidades de informações que propiciam o comportamento oportunista dos agentes públicos, o que os colocaria em vantagem política (Aragão, 1997).

O ideário neoliberal, predominante a partir do final do século passado, repudia a burocracia, imputando-a a culpa pela ineficiência estatal na gestão das políticas públicas, sobretudo, as orçamentárias. Aponta Aragão (1997), que uma possibilidade à ineficiência estatal e ao radicalismo neoliberal de repúdio à burocracia pode ser o chamado insulamento burocrático, que consiste na construção de um “núcleo duro” burocrático capaz de resistir às pressões externas do ambiente e, assim, capaz de garantir governança. O insulamento pode ser observado, por exemplo, na exigência de concursos públicos, os quais objetivam a não captura da estrutura burocrática pelo interesse privado. No entanto, o autor destaca, também, que o isolamento excessivo desta estrutura de governança pode conduzir a estrutura pública à demasiada tecnocracia e vincular excessivamente os atos dos gestores públicos.

Em contraposição ao ideário neoliberal no que tange à atuação estatal, o modelo gerencial, surgido a partir da década de 80, preconiza a orientação do Estado voltada para critérios de eficiência e, por isso, contrapõe-se, também, ao modelo burocrático (Aragão, 1997).

Cabe aprofundar um pouco mais no tema do gerencialismo pois este modelo de gestão, devendo a sua complexidade, costuma ser dividido pelos autores em duas gerações. A primeira geração se consubstancia na adaptação do setor público à lógica da iniciativa privada. A segunda geração, por sua vez, objetiva a promoção de um governo mais flexível e eficiente por meio do uso de ferramentas de gestão de desempenho, avaliação e monitoramento de políticas públicas, bem como outros gerenciamentos necessários à boa execução dos projetos. Embora o modelo gerencial objetive conferir autonomia aos agentes públicos, uma de suas características é o excessivo foco no monitoramento e, assim, há, consequentemente, o aumento no controle (Cavalcante, 2017).

Na difícil tentativa de encontrar características comuns aos modelos gerenciais implementados nas Administrações Públicas ao redor do mundo, Cavalcante (2017, p. 18) observou:

Sem dúvida, um movimento dinâmico como a onda gerencialista logicamente sofre com limitações à simplificação. Logo, as análises para compreender a evolução de processos reformistas bastante complexos, ambíguos e dinâmicos caminham mais para um olhar sobre as múltiplas dimensões ou tendências de princípios e diretrizes, bem como suas aplicações efetivas (ferramentas de gestão) do que propriamente um modelo estático e bem delimitado.

As ferramentas de gestão se mostram como a principal inovação do modelo gerencialista introduzido nas Administrações Públicas. No Brasil, bem como outros diplomas normativos, a NLLC parece se amoldar às diretrizes principais do modelo gerencialista, sobretudo em relação à segunda geração, o que será explorado adiante.

Aparenta ter sido o modelo gerencial o preterido em detrimento do modelo burocrático de gestão nas últimas décadas no Brasil. Durante o século XXI, muitos processos de reforma administrativa foram implementados na Administração Pública brasileira, com vistas à aproximação ao modelo de gestão privado, com fundamentos nas teorias organizacionais privadas. São exemplos dessa reforma gerencial do setor público aquela iniciada por Fernando Henrique Cardoso na década de 1990, bem como o denominado “Choque de Gestão”, posto em prática no Estado de Minas Gerais já no século XXI (Brulon; Vieira; Darbilly, 2013). Percebe-se pois, que ao final do século passado, a Administração Pública brasileira iniciou a transição para o modelo gerencial apropriando-se das características objetivadas pela primeira geração, precisamente ao buscar a adaptação da gestão pública à lógica do setor privado.

Na esteira do pensamento favorável à adoção do modelo gerencialista, Oliveira (2015), - mesmo não destacando a distinção entre as gerações do modelo gerencialista - argumenta ser necessária a compatibilização do regramento das compras públicas ao modelo gerencial, com a finalidade de torná-las mais eficientes sem, no entanto, deixar de seguir os parâmetros da legislação. Dessa forma, Oliveira (2015), mesmo que implicitamente, denota que se faz necessária à adaptação do regramento relacionado às licitações ao modelo gerencialista que busca a eficiência por meio dos mecanismos de gestão. Mais precisamente, significa dizer que a autora defende a implementação dos mecanismos próprios à segunda geração de modelos gerenciais, os quais buscam, sobretudo, a eficiência.

De forma bem simples, a eficiência pode ser mensurada pela quantidade de recursos que uma instituição recebe em relação a quantidade de serviços prestados (Maciel, 2013). No espectro das compras públicas, infere-se que a eficiência pode ser mensurada por meio da quantidade de recursos empregados numa transação em contraposição a quantidade de recursos adquiridos. Ou seja, quanto menos recursos forem despendidos em uma dada transação, maior será a eficiência. Neste sentido, é possível perceber que a busca por eficiência se relaciona diretamente com busca pela redução dos gastos públicos. A recíproca, neste caso, também é verdadeira, pois a redução dos custos de uma dada transação pode aumentar diretamente a eficiência.

Cabe destacar que a eficiência se faz presente, ainda, como princípio norteador não só das contratações públicas como preconiza o art. 5º da NLLC (Brasil, 2021), mas, sobretudo, como princípio norteador de toda a Administração Pública brasileira, nos moldes do art. 37 da Constituição da República (Brasil, 1988). Transvestida de princípio, cabe a legislação infraconstitucional estipular meios para que o agente público possa, de maneira concreta, tornar a Administração Pública eficiente.

Por fim, menciona-se outra importante alteração trazida pela NLLC que se consubstancia como evidência da tônica gerencialista proposta pela nova legislação. Como mencionado acima, Fer-

nando Henrique Cardoso, iniciou a transição para o modelo gerencial que possuía, também, como característica, a gestão por resultados. Nas palavras de Garces e Silveira (2014, p. 55):

As inovações gerenciais, introduzidas pelo PPA 2000-2003, decorrem da evolução de uma experiência-piloto de gerenciamento, executada entre 1996 e 1999. Ainda, no primeiro mandato do presidente Fernando Henrique Cardoso, foi criado o Programa Brasil em Ação, com a finalidade de administrar um conjunto de 42 empreendimentos estratégicos, distribuídos nas áreas social e de infraestrutura, no valor total de US\$ 28 bilhões, dos quais apenas 16,5% eram recursos do orçamento da União. Pela primeira vez, foram empregados os gerentes de empreendimento, o sistema de informações gerenciais, o controle de fluxo financeiro e a gestão de restrições. O êxito dessa experiência foi determinante para que o governo tomasse a decisão de adotar esses princípios para todas as ações do Governo Federal.

Destaca, também, Pinheiro e Rocha (2012, p. 199) que a gestão por resultados é característica do modelo gerencial. Em suas palavras: “Nas últimas duas décadas, é possível notar que os governos estão se adaptando a modelos de cunho gerencialista, que prezam pelo melhor desempenho e pela adoção de formatos que proporcionem reconhecidos resultados, ou seja, mais gerenciais na condução dos projetos públicos”.

A gestão por resultados, como característica do modelo gerencial, refletiu na sutil alteração dos objetivos do processo licitatório na NLLC. A Lei nº 8.666/93 foi publicada anteriormente à introdução do modelo gerencial no país e, por isso, não possui a tônica gerencialista em seu texto. Assim, a Lei nº 8.666/93 descreve os objetivos do procedimento licitatório da seguinte forma (Brasil, 1993):

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da imparcialidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Percebe-se que um dos objetivos é a “seleção da proposta mais vantajosa para a administração”. Por outro lado, a NLLC, ao descrever os objetivos das licitações, altera ligeiramente esta finalidade. Nota-se Art. 11. “O processo licitatório tem por objetivos: I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto [...]” (Brasil, 2021).

O objetivo agora passa a ser “assegurar a proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública” (Brasil, 2021). Apesar de sutil, a alteração significa que a Administração, agora, deve buscar a contratação apta a gerar resultados vantajosos. A vantajosidade, agora, passa a estar relacionada com a busca pelo resultado. Essa é, portanto, outra evidência de que a NLLC aderiu, de fato, ao modelo gerencialista.

Assim, a NLLC, embora publicada em 2021, no dia 30 de dezembro de 2023 se tornará o único diploma normativo que disciplina as contratações via licitação. Influenciada pelo modelo

gerencialista, a Lei N.º 14.133/21, ao introduzir mecanismos aptos a gerirem os riscos advindos das transações, possui como objetivo principal a busca por eficiência/resultado nas contratações públicas e é o que se passa a analisar.

## 5 GESTÃO DE RISCOS NAS CONTRATAÇÕES REGIDAS PELA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

A análise relacionada à *gestão de riscos* nas compras públicas passa primeiramente pela análise de *gestão de riscos* relacionada às licitações em geral. A partir disso, observa-se que a legislação anterior – Lei N.º 8.666/93 – possui, em seu texto, a palavra *risco* por três oportunidades. Já a Nova Lei de Licitações e Contratos – Lei N.º 14.133/21 possui, em seu texto, quarenta e oito vezes a menção à palavra *risco* e, dentre essas menções, por duas oportunidades o termo encontra-se relacionado ao termo *gestão*, formando a expressão *gestão de riscos*.

Embora apenas a aparição do termo não indique efetivamente que a nova legislação tenha introduzido a *gestão de riscos* nas contratações públicas, destaca-se que a quantidade de vezes que a palavra *risco* aparece pode ser entendida ao menos como uma primeira evidência de que o legislador, ao redigir a nova legislação, queira dar ênfase ao tema.

Como mencionado, a *gestão de riscos* no contexto da Nova Lei de Licitações e Contratos aparece explicitamente por duas oportunidades. Na primeira delas, aparece relacionada aos objetivos do processo licitatório, como apresentado:

Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos: [...] Parágrafo único. A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no caput deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações (Brasil, 2021).

A *gestão de riscos* no contexto do parágrafo único do Art. 11, encontra-se diretamente relacionada à busca pela promoção de eficiência, efetividade e eficácia das contratações. É justamente essa relação que o modelo gerencialista, singularmente na segunda geração, almeja. Significa dizer que processos de gestão devem ser utilizados com o objetivo de, nos termos da lei: “promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações” (Brasil, 2021).

Na segunda oportunidade em que *gestão de riscos* aparece na legislação, a expressão encontra-se relacionada ao *controle das contratações*, justamente outro aspecto relevante da segunda geração do modelo gerencial. Observa-se:

Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa: [...] § 1º Na forma de regulamento, a implementação das práticas a que se refere o caput deste artigo será de responsabilidade da alta administração do órgão ou entidade e levará em consideração os custos e os benefícios decorrentes de sua implementação, optando-se pelas medidas que promovam relações íntegras e confiáveis, com segurança jurídica para todos os envolvidos, e que produzam o resultado mais vantajoso para a Administração, com eficiência, eficácia e efetividade nas contratações públicas (Brasil, 2021).

Relevante destacar que o §1º do art. 169, bem como o parágrafo único do art. 11, relacionam o *controle* e a *gestão de riscos* à eficiência. A anterior e discreta previsão legislativa acerca do controle nos contratos administrativos (Torres, 2022), se contraposta à nova previsão da NLLC, evidencia ainda mais o caráter gerencial introduzido pelo legislador, o qual se preocupou em aumentar o monitoramento sob as contratações públicas nos moldes objetivados pela segunda geração do modelo gerencial.

Tanto é verdade que a nova legislação possui um capítulo específico denominado *do controle das contratações*. Não só isso, o *controle interno* passou a ser essencial para que a Administração Pública possa perseguir seus objetivos quando das contratações pois passou a ser previsto como órgão de assessoramento ao administrador público; de apoio ao agente de contratações e sua equipe, e, por fim, de auxílio ao fiscal do contrato (Avelar; Resende, 2021).

Cabe enfatizar que a expressão *gestão de riscos* aparecer por apenas duas oportunidades na nova legislação não significa dizer que os riscos devam ser geridos apenas em relação a estes dois momentos específicos. Como passar-se-á a analisar, a introdução de mecanismos de gestão de riscos pode ser observada, também, nas novas disposições acerca das compras públicas.

## 6 GESTÃO DE RISCOS NAS COMPRAS PÚBLICAS A PARTIR DA NLLC

As compras realizadas pela Administração Pública encontram-se disciplinadas na nova legislação do art. 40 ao art. 44, na subseção I (Brasil, 2021). Não obstante da ausência de explícita referência à *gestão de riscos* na subseção I da NLLC, é possível perceber que o legislador se preocupou em oferecer ferramentas para que o administrador possa gerir riscos nas compras.

O primeiro aspecto relevante a ser considerado é a opção de ser confeccionado o *planejamento de compras*. O art. 40 apresenta algumas condições que devem ser observadas ante a realização deste planejamento e, dentre elas, destaca-se: “i) determinação de unidades e quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilizações prováveis” (Brasil, 2021). Embora à primeira vista pareça basilar, quantificar as quantidades a serem adquiridas torna-se importante sobretudo quando os produtos possuem prazo de validade, por exemplo. O planejamento que não utilize método para quantificar a demanda da Administração por determinado produto, coloca em risco tanto os

utilizadores diretos dos produtos, quanto a própria Administração que despendeu recursos para adquiri-los. Significa dizer que planejar as aquisições minimiza riscos relacionados, por exemplo, ao perecimento dos bens adquiridos.

Neste sentido, é possível supor que os dados quantitativos coletados acerca das aquisições realizadas no passado, por exemplo, podem ser considerados como *entrada* no gerenciamento de riscos. Isso porque deixar de quantificar com certa precisão as quantidades a serem adquiridas de determinado produto é, por si só, um risco ao projeto e, portanto, deve ser identificado, de modo que seja possível incluí-lo ao planejamento da gestão de riscos.

O segundo aspecto relevante a ser observado em relação ao gerenciamento de riscos nas compras públicas são os princípios específicos trazidos pela nova legislação (Brasil, 2021) nota-se:

Art. 40. O planejamento de compras deverá considerar a expectativa de consumo anual e observar o seguinte: [...] V - atendimento aos princípios: a) da padronização, considerada a compatibilidade de especificações estéticas, técnicas ou de desempenho; b) do parcelamento, quando for tecnicamente viável e economicamente vantajoso; c) da responsabilidade fiscal, mediante a comparação da despesa estimada com a prevista no orçamento.

O princípio da padronização deve ser entendido não como propriamente instrumento de gestão de riscos nas compras porque não materializa a conduta do agente. O caráter de princípio revela, assim, que a padronização deve guiar as compras públicas, cabendo a outros dispositivos da legislação estipular o modo como isso deve ser feito. Deste modo, o §1º do mesmo artigo dispõe acerca do que deve estar contido no termo de referência do edital além dos elementos descritos no inciso XXIII do caput do art. 6º da Nova Lei de Licitações e Contratos (Brasil, 2021) nota-se:

§ 1º O termo de referência deverá conter os elementos previstos no inciso XXIII do caput do art. 6º desta Lei, além das seguintes informações: I - especificação do produto, preferencialmente conforme catálogo eletrônico de padronização, observados os requisitos de qualidade, rendimento, compatibilidade, durabilidade e segurança; II - indicação dos locais de entrega dos produtos e das regras para recebimentos provisório e definitivo, quando for o caso; III - especificação da garantia exigida e das condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso.

É possível perceber que o §1º do art. 40 materializa o princípio da padronização ao estipular que o termo de referência deve conter especificação do produto preferencialmente conforme catálogo eletrônico de padronização, devendo ser observados os requisitos de qualidade, rendimento, compatibilidade, durabilidade e segurança (Brasil, 2021). Além disso, o art. 43 da nova legislação também materializa o princípio da padronização ao explicitamente mencionar o que deve abranger o processo de padronização. Nota-se:

Art. 43. O processo de padronização deverá conter: I - parecer técnico sobre o produto, considerados especificações técnicas e estéticas, desempenho, análise de contratações anteriores, custo e condições de manutenção e garantia; II - despacho motivado da autoridade superior, com a adoção do padrão; III - síntese da

justificativa e descrição sucinta do padrão definido, divulgadas em sítio eletrônico oficial (Brasil, 2021).

É possível perceber que o processo de padronização deve ser utilizado como *entrada* para o gerenciamento de riscos, uma vez que deve ser realizado parecer técnico sobre o produto considerando suas especificações técnicas e estéticas, desempenho, bem como conter análise sobre contratações anteriores, seus custos e condições de manutenção e garantia. Ou seja, o processo de padronização deve ser a entrada para que seja possível identificar riscos potenciais que podem ser avaliados, monitorados e, posteriormente, amenizados.

Sob a égide da legislação anterior que não previa explicitamente a exigência da padronização, a Administração Pública muitas vezes adquiria produtos de baixa qualidade pois as compras estavam relacionadas mais ao quesito *menor preço* do que ao quesito *qualidade*. É o que observaram Cavalcanti e Martins (2015), acerca das compras realizadas no hospital pesquisado antes da introdução do gerenciamento de riscos. Nas palavras de Cavalcanti e Martins (2015, p. 1740):

Portanto, infere-se do relato da Gerente de Compras que os processos de compra do hospital estavam mais vinculados ao quesito “menor preço” do que ao quesito “qualidade”, pois a grande consequência dessas aquisições, na época, foi o desperdício relatado pelo Gerente de Risco, embora o agente comprador tenha atendido à Lei de Licitações.

Percebe-se que a legislação anterior não munia a Administração com instrumentos capazes de salvaguardar a qualidade dos bens adquiridos, em vez disso, os bens eram adquiridos quase que exclusivamente com base no quesito *menor preço*.

Além de tais questões, o art. 41 da nova legislação prevê casos em que a Administração poderá, de forma excepcional: “i) indicar uma ou mais marcas ou modelos; ii) exigir amostra ou prova de conceito do bem no procedimento de pré-qualificação permanente; iii) vedar a contratação de marca ou produto; iv) solicitar carta de solidariedade emitida pelo fabricante caso o licitante vencedor seja revendedor ou distribuidor do bem” (Brasil, 2021).

Observa-se que a legislação, ao conferir maior discricionariedade ao gestor público, desburocratiza o processo de compra. No entanto, alguns requisitos devem ser atendidos para que o agente contratante, ao utilizar de sua discricionariedade, não sobreponha seu interesse individual ao interesse público, o qual deve ser perseguido durante toda a contratação. A indicação de uma ou mais marcas ou modelos, desde que formalmente justificado, pode ser realizada nas hipóteses descritas no inciso I do art. 41 (Brasil, 2021). Observa-se:

Art. 41. No caso de licitação que envolva o fornecimento de bens, a Administração poderá excepcionalmente: I - indicar uma ou mais marcas ou modelos, desde que formalmente justificado, nas seguintes hipóteses: a) em decorrência da necessidade de padronização do objeto; b) em decorrência da necessidade de manter a compatibilidade com plataformas e padrões já adotados pela Administração; c) quando determinada marca ou modelo comercializados por mais de um fornecedor forem os únicos capazes de atender às necessidades do contratante; d) quando a descrição

do objeto a ser licitado puder ser mais bem compreendida pela identificação de determinada marca ou determinado modelo aptos a servir apenas como referência.

É possível compreender a indicação de marca ou modelo como instrumento de gestão de riscos, visto que a justificativa desta indicação deve ser, justamente, atender o interesse da Administração ao impedir que sejam adquiridas marcas ou modelos inapropriados às finalidades pretendidas. Dessa forma, em casos excepcionais, um estudo acerca de marcas ou modelos que atendem as necessidades da Administração – inclusive para fins de padronização - pode ser tido, também, como entrada do gerenciamento de riscos.

O art. 42, por sua vez, determina os meios pelos quais pode ser realizada a prova da qualidade dos produtos indicados, nos moldes do inciso I do art. 41. Sem pormenores, a intenção do legislador ao estipular os meios de prova da qualidade objetiva a contraposição ao poder discricionário do administrador de indicar marcas ou modelos. Isto é, embora a Administração possa exigir produtos similares ao das marcas indicadas, esta prova pode ser feita por meio de qualquer um dos meios abarcados pelos incisos do art. 42 (Brasil, 2021). Nota-se:

Art. 42. A prova de qualidade de produto apresentado pelos proponentes como similar ao das marcas eventualmente indicadas no edital será admitida por qualquer um dos seguintes meios: I - comprovação de que o produto está de acordo com as normas técnicas determinadas pelos órgãos oficiais competentes, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) ou por outra entidade credenciada pelo Inmetro; II - declaração de atendimento satisfatório emitida por outro órgão ou entidade de nível federativo equivalente ou superior que tenha adquirido o produto; III - certificação, certificado, laudo laboratorial ou documento similar que possibilite a aferição da qualidade e da conformidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, emitido por instituição oficial competente ou por entidade credenciada. § 1º O edital poderá exigir, como condição de aceitabilidade da proposta, certificação de qualidade do produto por instituição credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro). § 2º A Administração poderá, nos termos do edital de licitação, oferecer protótipo do objeto pretendido e exigir, na fase de julgamento das propostas, amostras do licitante provisoriamente vencedor, para atender a diligência ou, após o julgamento, como condição para firmar contrato. § 3º No interesse da Administração, as amostras a que se refere o § 2º deste artigo poderão ser examinadas por instituição com reputação ético-profissional na especialidade do objeto, previamente indicada no edital.

Além da prova poder ser feita por meio de qualquer uma das três opções elencadas pelos incisos, a Administração pode também utilizar dos instrumentos constantes nos parágrafos como, por exemplo, fornecer protótipo do objeto pretendido ou exigir que as amostras sejam examinadas por instituição específica. Nota-se que a utilização destes instrumentos está atrelada a sua previsão no edital de licitação, uma vez que a Administração deve ser previsível quanto a sua atuação.

Destaca-se que estes instrumentos bem como os demais instrumentos de gestão de riscos aplicáveis às compras exigem uma comunicação eficiente entre o setor de compras e o setor utilizador direto do bem dentro da organização. Além disso, se possível, o setor utilizador do bem pode,

inclusive, estar presente no pregão para avaliar se o bem adquirido de fato atende a padronização pretendida. Essa ausência de comunicação entre os setores, como destacam Cavalcanti e Martins (2015), aumenta a assimetria entre as partes que transacionam e, consequentemente, possibilita o comportamento oportunista por parte do agente fornecedor.

A Administração pode, também excepcionalmente, exigir amostra ou prova de conceito do bem já na fase de julgamento das propostas, conforme dispõe o inciso II do art. 41 (Brasil, 2021). Nesse caso é imprescindível que a equipe do setor utilizador do bem esteja presente para que seja possível averiguar se o bem atende às necessidades da organização. Vale destacar que o edital deve prever e justificar a necessidade da utilização deste instrumento de gestão de riscos.

A Administração pode, ainda, vedar a contratação de certa marca ou produto. Neste caso, mediante processo administrativo, a Administração deve comprovar que a marca ou produto, que já foi adquirido e utilizado anteriormente, não atende as necessidades da organização. Este instrumento, se bem utilizado, pode ser de grande valia para a Administração, uma vez que, por meio dele, torna-se possível impedir a compra de determinado produto que anteriormente tenha prejudicado a Administração.

Desse modo, identificar o produto ou modelo prejudicial à Administração é o primeiro passo para que o risco de comprá-lo novamente seja evitado. A abertura de procedimento administrativo que vise comprovar a prejudicialidade do bem como requisito da vedação deve ser compreendida como contraponto à discricionariedade de vedar a compra do bem. Em outros termos, a discricionariedade da Administração de vedar a compra de determinada marca ou produto é compensada pela burocracia que se consubstancia na necessidade de se fazer mediante processo administrativo.

Depreende-se que a utilização dos diversos instrumentos descritos acima consubstancia-se em ações de busca ativa (Cavalcanti; Martins, 2015). Significa dizer que os agentes envolvidos devem identificar, analisar, monitorar, avaliar e, por fim, utilizar os mecanismos. Os mecanismos, por si só, não serão aplicados sem que os agentes envolvidos se esforcem no objetivo de melhorar a eficiência das compras. Daí surge a necessidade de manter os agentes sempre engajados no projeto e, para tanto, atender as necessidades dos servidores e direcioná-los ao desenvolvimento constante pode ser uma ótima alternativa para que o agente perceba o quanto seu trabalho é importante (Bichett; Vargas, 2021). Deve ser evidente para os agentes envolvidos, portanto, que seu trabalho impacta diretamente o bem-estar dos cidadãos ao prezar pela eficiência das compras públicas. Até mesmo porque, diferentemente do setor privado, o comportamento dos servidores públicos orienta-se, principalmente, no propósito de fazer o bem à sociedade (Ventorini; Paes; Marchiori, 2019). Conclui-se que o agente motivado estará mais propenso à busca ativa para utilizar os mecanismos de gestão de riscos e, consequentemente, aumentar a eficiência das compras públicas.

## CONCLUSÃO

No intuito de explorar como as mudanças introduzidas por meio da Nova Lei de Licitações e Contratos contribuem para a implementação de ferramentas gerenciais mais eficientes para gestão de riscos nas compras públicas, o presente artigo traz inúmeras reflexões para ampliar criticamente tal discussão.

Foi possível verificar que a introdução de mecanismos de gestão na NLLC, em especial, os de gerenciamento de riscos, transcorreu em direção semelhante àquela iniciada ao final do século passado. Em detida análise às disposições da NLLC relacionadas às compras públicas, foi possível não só averiguar a existência de diversos mecanismos de gestão de riscos, mas, também, foi possível presumir a ocorrência de diversos impactos positivos caso os agentes estejam dispostos a utilizá-los, uma vez que a boa manipulação destes mecanismos subordina-se à *busca ativa* pela identificação, planejamento, monitoramento dos riscos.

Até mesmo porque as compras públicas, embora regidas por lei, são realizadas por agentes que, dotados de subjetividade, estão sujeitos a comportamentos oportunistas e às suas racionalidades limitadas. Conjectura-se, portanto, que mecanismos introduzidos possuem o condão de aumentar a eficiência das contratações públicas, sobretudo, das compras públicas diminuindo o oportunismo. Tal constatação permite corroborar com a hipótese inicialmente levantada.

Percebeu-se, portanto, que a NLLC vai ao encontro do modelo gerencial de gestão pública ao materializar a predileção pela discricionariedade conferida ao administrador em contraposição ao enrijecimento estatal proporcionado pelo modelo burocrático de gestão. Assume-se, que a introdução destes mecanismos de gerenciamento pode vir a oferecer inúmeros efeitos positivos que a Administração Pública se guie para um melhor desempenho.

Por fim, indica-se que estudos posteriores podem ser realizados com a finalidade de avaliar, de fato, a efetividade da utilização dos referidos mecanismos. Futuras pesquisas de cunho empírico podem averiguar se houve, em certa organização, um aumento na qualidade das aquisições após a utilização destes mecanismos. Além disso, outros estudos podem buscar averiguar se os agentes públicos estão aptos a utilizarem os instrumentos; quais instrumentos são mais eficientes; quais são as suas percepções subjetivas acerca das mudanças e; se houve qualitativamente uma melhora expressiva relacionada a qualidade das aquisições realizadas pelas Administrações Públicas.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Cecília Vescovi. Burocracia, eficiência e modelos de gestão pública: um ensaio. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, v. 48, n. 3, p. 104–133, 1997.

ARAÚJO, Beatriz Duarte Lima; PINHEIRO JÚNIOR, Francisco Marto Leal; ABREU, Fabio Pinheiro. Gerenciamento de aquisições de soluções de tecnologia da informação em uma universidade pública do Ceará. **Revista Gestão em Análise**, Fortaleza, v. 4, n. 1, p. 43, 2016.

AVELAR, Daniel Martins; RESENDE, Mariana Bueno. O controle interno na nova lei de licitações e contratos- projeto de Lei n. 4.253/2020. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 39, n. 1, p. 93–106, 2021.

AZEVEDO, Paulo Furquim. Nova economia institucional: referencial geral e aplicações para a agricultura. **Instituto de Economia Agrícola**, São Paulo, v. 47, n. 1, p. 33–52, 2000.

BICHETT, Miria; VARGAS, Sandra Martins Lohn. Fatores influenciadores na satisfação e motivação ao trabalho no setor público municipal. **Desafio Online**, Campo Grande, v. 9, n. 1, p. 138–162, 2021.

BORRAZ, Olivier. O surgimento das questões de risco. **Sociologias**, Porto Alegre, v. 16, n. 35, p. 106–137, 2014.

BRAGA, Marcus Vinicius de Azevedo. Risco Bottom Up: uma reflexão sobre o desafio da implementação da gestão de riscos no setor público brasileiro. **Revista da CGU**, Brasília, DF, v. 9, n. 15, p. 682–699, 2017.

BRASIL, Medida Provisória nº 1.167, de 31 de março de 2023. Altera a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para prorrogar a possibilidade de uso da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dos art. 1º a art. 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 03 de abr. 2023a. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/156662#:~:text=T%C3%A9rmino%20do%20prazo%20de%20vig%C3%A1ncia,1%C2%BA%20a%20art>. Acesso em: 28 fev. 2023.

BRASIL, Lei Complementar nº 198, de 22 de junho de 2023. Altera a Lei Complementar nº 91, de 22 de dezembro de 1997, para manter os coeficientes do Fundo de Participação dos Municípios (FPM) de Municípios com redução populacional aferida em censo demográfico, aplicando redutor financeiro sobre eventuais ganhos, na forma e no prazo que especifica; e altera a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 28 de jul. 2023b. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCP/Lcp198.htm#art2](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp198.htm#art2). Acesso em: 28 fev. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Emendas constitucionais de revisão. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 6 mar. 2023.

BRASIL. **Instrução normativa conjunta no 1, de 10 de maio de 2016**. Dispõe sobre controles internos, gestão de riscos e governança no âmbito do Poder Executivo federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2016a. Disponível em: [https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/21519355/do1-2016-05-11-instrucao-normativa-conjunta-n-1-de-10-de-maio-de-2016-21519197](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/21519355/do1-2016-05-11-instrucao-normativa-conjunta-n-1-de-10-de-maio-de-2016-21519197). Acesso em: 6 mar. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.666%2C%20DE%2021%20DE%20JUNHO%20DE%201993&text=Regulamenta%20o%20art.%2037%2C%20inciso,%C3%BAblica%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A1ncias](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.666%2C%20DE%2021%20DE%20JUNHO%20DE%201993&text=Regulamenta%20o%20art.%2037%2C%20inciso,%C3%BAblica%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A1ncias). Acesso em: 6 mar. 2023.

BRASIL. Lei no 10.520 de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras provisões. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 18 jul. 2002. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10520.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm). Acesso em: 6 mar. 2002.

BRASIL. Lei no 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1 jul. 2016b.

BRASIL. **Lei nº 14.133 de 1º de abril de 2021**. Lei de licitações e contratos administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm). Acesso em: 6 mar. 2023.

BRULON, Vanessa; VIEIRA, Marcelo Milano Falcão; DARBILLY, Leonardo. Choque de gestão ou choque de racionalidades? O desempenho da administração pública em questão. **Revista Eletrônica de Administração**, Porto Alegre, v. 74, n. 1, p. 1–34, 2013.

CAVALCANTE, Pedro. **Gestão pública contemporânea**: do movimento gerencialista ao pós-NPM. Brasília, DF: IPEA, 2017.

CAVALCANTI, Anette Cristine Ferreira; MARTINS, Cristina Dai Prá. Influências do gerenciamento de riscos na melhoria das aquisições públicas de um hospital da rede Sentinela. **Revista Eletrônica Gestão & Saúde**, Brasília, DF, v. 6, n. 2, p. 1726–1774, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FELIPE, Samara Trindade de Moura. A necessidade do gerenciamento eficiente das aquisições públicas: um enfoque no poder executivo do estado do Pará. In: COLÓQUIO DE GOVERNANÇA PÚBLICA, 3., 2020, **Anais** [...]. Belém: EGPA, 2020.

FREITAS, Carlos Alberto Sampaio. Gestão de risco: possibilidades de utilização pelo setor público e por entidades de fiscalização superior. **Revista do TCU**, Brasília, DF, v. 33, n. 93, p. 42–54, jul./set. 2002.

GARCES, Ariel; SILVEIRA, José Paulo. Gestão pública voltada para resultados no Brasil. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, v. 53, n. 4, p. 53–77, 2014.

HILL, Stephen. **Guia sobre a gestão de riscos no serviço público**. In: ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. **Uma exploração inicial da literatura sobre a inovação**. Brasília, DF: ENAP, 2006. p. 36-49. (ENAP Cadernos, 30).

KRAMMES, Alexandre Golgin. Gerenciamento do escopo em projetos originados por meio de licitação. **Revista de Gestão e Projetos**, São Paulo, v. 4, n. 3, p. 30–45, 2013.

KREUTZ, Rafael Rudolfo; VIEIRA, Kelmara Mendes. A gestão de projetos no setor público: os desafios de suas especificidades. **Revista de Gestão Pública: práticas e desafios**, Recife, v. 9, n. 1, p. 1-20, 2018.

MACIEL, Pedro Jucá. Finanças públicas no Brasil: uma abordagem orientada para políticas públicas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 47, n. 5, p. 1213–241, 2013.

OLIVEIRA, Isaac Gezer Silva. Análise de correspondência aplicada a preposições sobre a eficiência e a eficácia do processo de compras públicas a partir da percepção de diferentes atores envolvidos. **Revistas Ciências Administrativas**, Fortaleza, v. 21, n. 1, p. 131–162, 2015.

PERES, Ursula Dias. Custos de transação e estrutura de governança no setor público. **Revista Brasileira de Gestão de Negócios**, São Paulo, v. 9, n. 24, p. 15–30, 2007.

PINHEIRO, Marcelo Torres; ROCHA, Mônica Aparecida da Rocha. Contribuições do escritório de gerenciamento de projetos públicos na gestão para resultados. **Revista do Serviço Público Brasília**, Brasília, DF, v. 63, n. 2, p. 199–215, 2012.

PISA, Beatriz Jackiu; OLIVEIRA, Antonio Gonçalves. Gestão de projetos na administração pública: um instrumento para o planejamento e desenvolvimento. In: SEMINÁRIO NACIONAL DE PLANEJAMENTO E DESENVOLVIMENTO, 1., 2013. **Anais** [...]. Curitiba: Universidade Cândido Mendes, 2013. p. 1-15.

PROJECT MANAGEMENT INSTITUTE. **Um guia do conhecimento em gerenciamento de projetos: GUIA PMBOK**. 6. ed. Geórgia: Project Management Institute, 2017.

ROSSET, Andrea Cecilia Soares; MACÊDO, Dartagnan Ferreira; SANTOS, Diego da Guia; FINGER, Andrew Beheregarai. Gerenciamento de aquisições no setor público segundo o PM-BOK: estudo de caso em uma empresa pública. **Revista Gestão e Organizações**, João Pessoa, v. 5, n. 4, p. 34–59, 2020.

SILVA FILHO, Edison Benedito. A teoria da firma e a abordagem dos custos de transação: elementos para uma crítica institucionalista. **Pesquisa & Debate**, São Paulo, v. 17, n. 2, p. 259–277, 2006.

SILVA, Dyego Alves; SANTOS, Carlos Denner; ALVES, Gustavo de Freitas; SILVA, Jeovan Assis. Gestão de riscos no setor público: revisão bibliométrica e proposta de agenda de pesquisa. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, v. 72, n. 4, p. 824–854, 2021.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Lei de Licitações Públicas Comentadas**. 13.ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

VENTORINI, Carina Charpinel; PAES, Caroline Ornelas; MARCHIORI, Danilo Magno. O impacto da participação e da motivação na satisfação com o trabalho: Evidências do setor público. **Revista Pretexto**, Belo Horizonte, v. 20, n. 3, p. 68–82, 2019.

WILLIAMSON, Oliver. **The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting**. New York: The Free Press, 1985.

Recebido em: 14/03/2023

Aceito em: 12/12/2023

# HÁ DEMOCRACIA NA VULNERABILIDADE SOCIAL? REPENSANDO A DEMOCRACIA LIBERAL

## IS THERE DEMOCRACY IN SOCIAL VULNERABILITY? RETHINKING LIBERAL DEMOCRACY

Thaís Dalla Corte\*

Tiago Dalla Corte\*\*

Guilherme Lunelli\*\*\*

\*Doutora e Mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Cursou Doutorado Sanduíche (PDSE/Capes) na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Especialista em Cuestiones Contemporáneas en Derechos Humanos pela Universidad Pablo de Olavide (UPO). Especialista em Analisi Costituzionale della Democrazia pela Università del Salento (UNISALENTO). Especialista em Derechos Humanos y Estudios Críticos del Derecho pelo Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO). Professora Adjunta do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4344-087X>

\*\*Doutor e Mestre em História pelo Programa de Pós-Graduação em História da Universidade de Passo Fundo (PPGH/UPF). Possui MBA em Gestão Estratégica pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Graduado em Ciências Econômicas pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Economista. Docente da Faculdade de Economia, Ciências Contábeis e Administração da Universidade de Passo Fundo (FEAC/UPF) e do Curso de Administração do Centro de Ensino Superior Riograndense (CESURG). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9290-4423>

\*\*\* Mestre e Dourando em Direito pela PUC-SP. Defensor Público de Mato Grosso do Sul. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5659-2979>

**Como citar:** CORTE, Thaís Dalla; CORTE, Tiago Dalla; LUNELLI, Guilherme. Há democracia na vulnerabilidade social? Repensando a democracia liberal. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 19, n. 2, p. 207-220, jul. 2024. DOI: 10.5433/1980-511X.2024.v19.n2.p207-220. ISSN: 1980-551X.

**Resumo:** Em razão da pandemia da Covid-19, que tornou o mundo ainda mais desigual, a democracia liberal, paradigma hegemônico que já estava em crise, necessita ser repensada para uma prática social inclusiva. Nesse contexto, o objetivo geral desta pesquisa teórica foi refletir sobre a democracia participativa como alternativa ao modelo essencialmente representativo diante da vulnerabilidade social. Como resultados, evidenciou-se que a democracia liberal limita a participação individual e coletiva para não colocar em risco a acumulação de capital perante as reivindicações de distribuição social. Logo, a democracia, visando à justiça social perante a vulnerabilidade, necessita ser estruturada em quatro dimensões: a de distribuição, a de reconhecimento, a de representatividade e a de participação. Em conclusão, entende-se que a democracia contra-hegemônica requer, por meio da coexistência e da complementariedade entre participação direta e representação indireta, a redistribuição de recursos, o reconhecimento da pluralidade cultural e a inclusão social.

**Palavras-chave:** democracia; participação popular; representatividade; vulnerabilidade social.

**Abstract:** Due to the Covid-19 pandemic, which has made the world even more unequal, liberal democracy, a hegemonic paradigm already in crisis, needs to be rethought for an inclusive social practice. In this context, the general objective of this theoretical research was to reflect on participatory democracy as an alternative to the essentially representative model in the face of social vulnerability. The results showed that liberal democracy limits individual and collective participation to avoid jeopardizing capital accumulation in the face of social distribution demands. Therefore, democracy, aiming at social justice in the face of vulnerability, needs to be structured in four dimensions: distribution, recognition, representativity, and participation. In conclusion, it is understood that counter-hegemonic democracy requires, through the coexistence and complementarity of direct participation and indirect representation, the redistribution of resources, the recognition of cultural plurality, and social inclusion.

**Keywords:** democracy; popular participation; representativeness; social vulnerability.

## INTRODUÇÃO

A democracia compreendida, de forma ideal, pelos gregos, com base na cidade-Estado, como o governo de todos, diante da insurgência dos Estados nacionais, passou – apesar de ter mantido a igualdade, a soberania do povo e as instituições políticas como suas bases – por transformações significativas. No mundo ocidental, mesmo sendo a forma de governo predominante, ela possui diferentes sentidos, sendo que alguns, por estarem esvaziados de conteúdo, são usados, de forma retórica, como slogans por regimes autoritários (Dahl, 2012, p. 3; Santos; Avritzer, 2002, p. 39).

No século V a.C., Grécia e Roma, impulsionadas por uma nova compreensão de mundo, romperam com as formas de governo, boas e más, até então vigentes, ao concederem aos homens adultos e livres o direito de participar, diretamente, na política das cidades-Estados. Baseada na virtude, surgiu a democracia. Nesse contexto, para que o povo pudesse se autogovernar, foram criados procedimentos e instituições (Dahl, 2012, p. 4).

Contudo, a concentração do poder na mão do povo era considerada perigosa por alguns, como pelos aristocratas, uma vez que havia o risco de que o governo democrático visasse, exclusivamente, aos seus interesses, enquanto, em outras formas, líderes tomariam decisões para o bem comum, ainda que contrárias à vontade da maioria. A fim de evitar a degeneração da democracia, com base na tradição republicana, buscou-se um equilíbrio entre os interesses dos muitos e dos poucos por meio da separação do exercício do poder através de governos mistos (vertente do republicanismo conservador) ou do sistema de freios e contrapesos (perspectiva do republicanismo democrático) (Bobbio, 2000, p. 31; Dahl, 2012, p. 5).

Com o decorrer dos anos, o governo representativo, que era considerado incompatível com a democracia, diante do crescimento dos Estados, fenômeno que inviabilizou a partição direta de cidadãos nas Assembleias, passou a ser aceito como legítimo. Esse foi um importante marco, no século XVIII, para a redefinição da democracia clássica. Nesse contexto, as associações políticas, que também não eram permitidas – perante a democracia em grande escala e o aumento de interesses antagônicos, os quais naturalizaram o conflito como parte inevitável da vida em sociedade – fizeram-se necessárias. Contudo, as complexas instituições de democracia representativa afastaram o Estado do povo (Dahl, 2012, p. 6; Monedero, 2009, p. 109).

Perante essas considerações iniciais, esta pesquisa teórica investiga, por meio de abordagem dedutiva, a democracia, mesmo diante de seus limites e de sua crise, como uma realidade viável. Nesse contexto, o objetivo geral deste trabalho é refletir sobre a democracia moderna, caracterizada por ser representativa e liberal, em relação à participação dos socialmente vulneráveis. É o problema desta pesquisa: é possível (re)pensar a democracia, visando à justiça social perante a vulnerabilidade, em multidimensões? Convém destacar que a democracia participativa multicultural, assim como a representativa, não deve ser idealizada, mas tomada como parâmetro pela experiência humana possível.

## 1 A DEMOCRACIA MODERNA (IM)PERFEITA: O MODELO LIBERAL REPRESENTATIVO HEGEMÔNICO

A democracia moderna, assentada no processo de tomada de decisões periódicas, coletivas e vinculantes, ao mesmo tempo que é influenciada pelas ideias que a originaram na antiguidade clássica, diferencia-se delas, pois é resultado de experiências históricas plurais, o que a torna repleta de contradições (Dahl, 2012, p. 17).

São características da democracia moderna, as quais se distinguem da visão grega idealizada que lhe originou: (1) os cidadãos, num Estado nacional, além de serem numerosos, são diferentes; (2) o conflito (e não a harmonia) é inerente à política; (3) o governo é, principalmente, representativo; (4) os cargos administrativos são ocupados por especialistas; (5) o poder do voto e a participação direta são limitados (é o que se denomina de povo semissoberano), pois, por meio deles, os cidadãos não conseguem controlar todos os assuntos relacionados ao governo (Dahl, 2012, p. 18-25; Mair, 2007, p. 22). Portanto, não há que se falar em democracia moderna ideal, mas em democracias modernas reais. Nessa perspectiva, faz-se necessário compreender a democracia moderna.

O surgimento da democracia moderna, cuja formação pode ser dividida em três períodos, foi um dos acontecimentos mais importantes da história da humanidade. As revoluções Americana e Francesa, no século XVIII, marcaram a sua fase inicial, na qual ocorreu a abolição das monarquias absolutistas, a separação do exercício do poder, a eleição de representantes, entre outras conquistas. Esse período se estendeu até o fim da Primeira Guerra Mundial, no qual houve, como alguns de seus principais acontecimentos, a independência de nações, a ampliação do voto secreto e o início do reconhecimento, por alguns países, do sufrágio universal (Dahl, 2012, p. 35).

A partir de 1920, a democracia moderna se degenerou, por um somatório de fatores (com destaque para o econômico), em governos ditoriais, sendo alguns exemplos deles a Itália, a Polônia, a Argentina, a Alemanha, a Áustria e a Espanha. O término da Segunda Guerra Mundial alvoreceu o segundo período da democracia moderna, no qual se formatou o modelo liberal. Convém destacar que os acontecimentos históricos não são um processo linear. Logo, durante esse tempo, também ocorreram golpes autoritários, como no Brasil, no Equador, no Peru, no Chile, na Coreia do Sul, no Uruguai e na Turquia. A redemocratização desses países, a partir de 1980, deu início à terceira onda da democracia liberal moderna (Dahl, 2012, p. 36-41).

A democracia liberal, modelo implementado pela Europa ocidental e pela América do Norte, acabou por levar à perda da demodiversidade, isto é, “da coexistência pacífica ou conflituosa de diferentes modelos e práticas democráticas”. Nesse contexto, explicam Santos e Avritzer (2002, p. 79) que:

[...] existiam outras práticas política que reivindicavam o *status* democrático e o faziam à luz de critérios autônomos e distintos dos da democracia liberal. Contudo, à medida que essas práticas políticas alternativas foram perdendo força e credibilidade, foi-se impondo o modelo de democracia liberal como único e

universal, e sua consagração foi consumada pelo Banco Mundial e o pelo Fundo Monetário Internacional ao transformá-lo em condição política para a concessão de empréstimos e de ajuda financeira.

A primeira metade do século XX foi marcada pelo debate sobre a democracia como a forma de governo desejável. Já, na segunda metade, a restrição à participação direta e a criação de procedimentos eleitorais formataram a concepção hegemônica da prática democrática. No pós-guerra, primeiramente, houve inquietação em relação às condições estruturais da democracia, isto é, sobre as características que um Estado deveria ter para ser adequado à referida forma de governo. Convém destacar que a forma de governo adequada para cada Estado é objeto de estudo da Filosofia Política há séculos (Santos; Avritzer, 2002, p. 39-40).

Em seguida, superada a discussão supramencionada, uma vez que a democracia se amoldou a diferentes Estados, as questões como executá-la e como exercê-la passaram a ser o foco de atenção, uma vez que, de um lado, verificava-se haver falta de interesse político dos cidadãos, os quais estavam se limitando a eleger líderes para a tomada de decisões governamentais, e, do outro, revelava-se uma exacerbada preocupação institucional com o desenho de sistemas eleitorais complexos (Santos; Avritzer, 2002, p. 41-43).

A democracia moderna liberal, que é prática de legitimação de governos associada a procedimentos, limita e orienta, principalmente por meio dos diplomas constitucionais, o exercício do poder e as funções do Estado. Faz-se importante ressaltar que “[...] um Estado liberal não é necessariamente democrático [...]”, assim como “[...] um governo democrático não dá vida, necessariamente a um Estado liberal [...].” Enquanto a democracia clássica se preocupava com a distribuição do poder político entre todos os cidadãos, a democracia moderna, em seu paradigma hegemônico, tem como objetivo garantir, por meio das instituições, os direitos individuais, com destaque para a liberdade e a igualdade, a fim de que eles não sejam lesados pelo próprio Estado ou por terceiros (Bobbio, 2000, p. 7-8).

A doutrina do liberalismo se fundamenta na limitação, tanto do poder, quanto das funções, do Estado. Há direitos fundamentais do ser humano que são inalienáveis, indisponíveis e imprescritíveis, os quais permitiram, de acordo com o contratualismo moderno, o surgimento da sociedade para a satisfação de interesses. Nesse sentido, “o Estado liberal [que se contrapõe ao absoluto] é justificado como o resultado de um acordo entre indivíduos inicialmente livres que convencionaram estabelecer os vínculos estritamente necessários a uma convivência pacífica e duradoura”. Portanto, o jusnaturalismo e o individualismo são pressupostos do liberalismo (Bobbio, 2000, p. 14-16).

O Estado liberal de direito, que se submete às leis, caracteriza-se pela constitucionalização dos direitos naturais para garantí-los e por possuir instrumentos para defender o indivíduo do abuso e do exercício arbitrário de poder. Também, o Estado liberal mínimo faz com que ele possua “[...] tarefas limitadas para a manutenção da ordem pública [...]”, o que torna o poder ainda mais facilmente controlável. Nessa perspectiva, o indivíduo possui meios para assegurar a sua liberdade perante o Estado. Convém destacar que “[...] embora o liberalismo conceba o Estado tanto como Estado de

direito, quanto como Estado mínimo, pode ocorrer um Estado de direito que não seja mínimo e [...] um Estado mínimo que não seja um Estado de direito” (Bobbio, 2000, p. 18-23).

Quando um grupo de pessoas possui a crença de que é qualificado para tomar decisões coletivas governamentais, ele criará um processo político para exercer o seu poder (Dahl, 2012, p. 42). A democracia é muito mais do que forma (como método para chegar a decisões ou normas para a formação do governo representativo), é substância enquanto governo para o povo. Não se pode reduzir a democracia às regras do processo eleitoral. Logo, a democracia não corresponde, somente, a um conjunto preciso de valores ou a uma forma única de organização política, uma vez que está atrelada à igualdade. A democracia moderna tem sido compreendida como forma de aperfeiçoamento da vida humana na sua relação com o Estado, uma vez que se trata de “uma gramática de organização da sociedade” (Santos; Avritzer, 2002, p. 54).

A representação, por meio da qual o povo elege seus candidatos, facilita o exercício da democracia moderna em larga escala, sendo mecanismo racional de autorização e de tomada de decisões por meio do consenso que, teoricamente, permite a captação de diferentes opiniões da sociedade. Contudo, a representação dificulta a prestação de contas e a expressão de múltiplas identidades. Em outras palavras, a representação não garante que minorias serão eleitas e, consequentemente, que suas agendas serão reconhecidas. Nesse contexto, a democracia liberal é criticada por ter acarretado a perda do poder popular sobre o processo de decisão política e por ter gerado o controle dos cidadãos pela burocratização e pela especialização das instituições (Santos; Avritzer, 2002, p. 55).

Ainda, em razão da única forma de igualdade compatível com o liberalismo ser a igualdade na liberdade, que é entendida como aquela na qual o indivíduo pode fazer tudo desde que não ofenda a esfera de liberdade do outro, a democracia moderna liberal tem sido considerada contrária ao igualitarismo democrático (ou igualdade social). Nesse contexto, somente em seu sentido formal, enquanto conjunto de regras para o exercício do poder político, a democracia é reputada compatível com o liberalismo (Bobbio, 2000, p. 42).

A democracia moderna, que extrapolou as fronteiras do Estado nacional, tem na poliarquia – sistema que atingiu a sua plenitude, somente, no século XX – seu estágio mais avançado. Para se caracterizar como uma poliarquia, um Estado Democrático, por meio da lei, deve assegurar: (1) eleições livres e justas; (2) a tomada de decisões governamentais pelos eleitos; (3) sufrágio universal; (4) ampla concorrência a cargos eletivos; (5) liberdade de expressão; (6) acesso a informações; (7) autonomia associativa; (8) meios para a remoção do governo do poder. A poliarquia, apesar de não garantir a participação e a satisfação dos interesses do povo, “reduz ao extremo a possibilidade de que um governo insista, por muito tempo, em políticas que ofendam profundamente a maioria dos cidadãos” (Dahl, 2012, p. 352-354).

No Brasil, na Constituição Federal de 1988, a ordem política, ao menos na teoria, preenche todos os requisitos de uma poliarquia, segundo a teoria de Dahl (2012). Inclusive, o país adota um sistema misto de representação e participação. Entretanto, a prática democrática – que é recen-

te – demonstra-se imperfeita, de acordo com o Democracy Index (2022). Logo, faz-se necessário repensar o modelo de democracia moderna brasileira, a fim de que, com base na participação multicultural, a democracia reaja à sua instabilidade. A democracia liberal está em crise não só no Brasil, mas no mundo, especialmente por causa da pandemia da Covid-19, a qual demandou restrições pelos governos às liberdades individuais e civis em razão da necessidade de confinamento, uso de máscaras, entre outras medidas, para a contenção do contágio (Lindberg, 2021).

Nesse sentido, o Brasil, em 2021, deixou de ser considerado uma democracia liberal para ser classificado como, simplesmente, uma democracia eleitoral. O Brasil foi inserido no grupo de democracias autocráticas, as quais são reconhecidas pelos ataques do governo à mídia, à sociedade civil e a outros poderes, pela disseminação de informações falsas (*fake news*) e pela polarização da sociedade com o intuito de minar a percepção da sociedade em relação às instituições formais (Lindberg, 2021).

Diante do exposto, passa-se a refletir sobre a democracia moderna liberal sob a perspectiva contra-hegemônica, a fim de que, por meio dela, consiga-se incluir e emancipar os socialmente vulneráveis.

## **2 A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA COMO ALTERNATIVA CONTRA-HEGEMÔNICA À ESSENCIALMENTE REPRESENTATIVA PERANTE A VULNERABILIDADE SOCIAL**

As concepções alternativas sobre a democracia, que surgiram no período pós-guerra, em oposição ao elitismo democrático, foram denominadas de contra-hegemônicas. Muitas delas, contudo, mantiveram-se atreladas à perspectiva proceduralista da democracia. Em ruptura positiva de paradigma, a democracia necessita ser (re)pensada, enquanto forma de governo social e histórica, como “[...] uma nova gramática” que não é determinada por quaisquer leis naturais, por causa dos elementos culturais, que são contextuais e locais. Convém destacar que a cultura é dimensão das instituições econômicas, sociais e políticas (Santos; Avritzer, 2002, p. 55-56).

A esfera pública deve (ou, ao menos, deveria) ser um espaço de questionamento da condição de desigualdade ou de exclusão (Habermas, 1995, p. 42). A política, que trata do consenso perante os conflitos entre os interesses individuais e coletivos, pode ser compreendida como um campo de disputas de significações culturais (Monedero, 2013, p. 97). Nesse sentido, o proceduralismo democrático necessita ser ressignificado para, com base na participação e no pluralismo, possibilitar um exercício inclusivo de poder político a partir da diversidade cultural.

A democracia liberal homogeneíza as diferenças entre os cidadãos, mesmo se pautando na liberdade e na igualdade. Nesse sentido, conforme Phillips (2011, p. 341), “[...] a democracia deve lidar com os cidadãos não apenas como indivíduos, mas como grupos”. Acontece que, em vários países, inclusive no Brasil, em razão de práticas políticas históricas autoritárias e de dominação, as características dos eleitos não correspondem (ou espelham) às do eleitorado, o que faz grupos, por

vezes majoritários, carecerem de legitimidade, reconhecimento e representatividade. Ainda, em sociedades marcadas pela desigualdade, bem como pelo racismo e o sexismo estruturais, diante da massificação e da despolitização, “[...] alguns grupos acabam por se tornar mais poderosos do que outros [...]”, obtendo, como consequência da consistente sub-representação, mais do que lhes corresponde (Phillips, 2011, p. 341-344).

Nesse contexto, o sufrágio universal, pilar da democracia liberal, oportuniza, apenas, uma igualdade política formal para o exercício de direitos, uma vez que “[...] trata cada pessoa como tendo peso igual à outra [...]” e “[...] é muito pouco frequente e gestual [...]” (Phillips, 2011, p. 346). Em outras palavras, o voto, baseado no pressuposto de que todos são racionalmente capazes de deliberar sobre os rumos do governo e do Estado para o bem comum (Rawls, 2011, p. 58), é, somente, supostamente igual, uma vez que alguns grupos possuem privilégio sobre outros. Logo, instrumentos para que se garanta o exercício do poder, de forma proporcional, são necessários, visando à justiça social, até que se alcance a representação plena. Convém destacar que “[...] quais mecanismos são mais apropriados é sempre mais difícil de estabelecer, pois qualquer opção escolhida pode gerar tanta tensão quanto a que pretende dissolver” (Phillips, 2011, p. 345-346).

Um exemplo da busca de equidade na política brasileira são as – ainda polêmicas – cotas para mulheres e negros nas eleições, as quais objetivam promover paridade de representação desses grupos, uma vez que, apesar de comporem a maioria da população, não ocupam um número condizente de cargos públicos eletivos (IBGE, 2019). São algumas das principais dificuldades enfrentadas, no que se refere à candidatura e à participação, pelos subalternizados perante a concentração indevida de poder de alguns:

[...] recrutamento partidário deficitário de indígenas, pessoas com deficiência, transgêneros etc., ausência de apoio financeiro dos partidos na repartição do fundo partidário, falta de treinamento político de mulheres e de negros para liderança, além de desigualdades. Numa sociedade patriarcal e colonialista, os custos simbólicos para a entrada das minorias identitárias na política são pistas das condicionantes que travam sua inserção em cargos públicos. A histórica cultura política ambivalente – com características coloniais, conservadoras, paroquiais e patrimonialistas –, aliada às regras institucionais que favorecem o *status quo* dominante, contribui para a invisibilidade desses grupos nos espaços de decisão e de gestão pública (Tabares; Conceição; Marques, 2020, p. 74).

As pessoas se identificam em grupos oprimidos quando as suas características ou quando as situações de vulnerabilidade as enquadram neles. Inclusive, cada uma pode entender que pertence a mais de um grupo. Um sistema democrático, mesmo que atrelado a habilidades ou qualificações, deve reproduzir a composição da população. Por isso, candidatos eleitos por seus marcadores sociais de diferença não devem ser considerados como representantes, apenas, de um determinado grupo, uma vez que a política visa discutir crenças variadas e individuais. Nessa lógica, “[...] seria um problema para a democracia se aqueles que tomam as decisões viessem majoritariamente de uma classe minoritária” (Phillips, 2011, p. 345-347). Por isso, pautas como o antirracismo e o pró-feminismo são indispensáveis, especialmente no Brasil, para o recrudescimento da democracia.

O exercício da cidadania tem se limitado à manifestação de apoio ou de rejeição, nas urnas, às propostas pré-definidas de partidos político com ideologias vagas, sendo que, por vezes, elas não correspondem aos interesses dos socialmente vulneráveis, os quais não participaram da formulação delas, pois, dentro do sistema, não possuem voz e seus interesses são considerados irrelevantes. Trata-se do consentimento raso, característica de uma democracia formal ou meramente procedimental, segundo o qual “[...] escolher entre dois partidos que aparecem como se fosse do nada, e nem mesmo dizem o que pretendem fazer, não conta como decidir”. A democracia é substancial quando as pessoas “[...] participam da decisão das agendas e influenciam as escolhas a que se chega”. Para isso, faz-se necessário que elas tenham acesso contínuo a informações e a lugar de fala “[...] dentro e fora dos partidos políticos, no âmbito nacional e no local” (Phillips, 2011, p. 355-356).

Ao mesmo tempo, se, na democracia, a falta de espaços de participação é um problema a ser resolvido, deve-se considerar que, quanto mais participativa ela for, “[...] tenderá a aumentar a influência dos que já têm maiores recursos de educação, charme ou tempo [...]”, uma vez que haverá pessoas que “[...] serão menos capazes de sair para reuniões e de se fazerem ouvidas”. No mesmo sentido, não se pode romantizar a participação popular, a qual, além de não acabar com a total inércia do povo, gera tensões, frustrações e resultados enviesados não representativos, bem como, se realizada a todo tempo, acarreta morosidade administrativa, o que, como consequência, leva ao afastamento dos cidadãos da política. Logo, a democracia liberal “[...] ao reduzir as demandas de participação a tão baixo nível, as torna genuinamente disponíveis para todos” (Phillips, 2011, p. 355-356). Entretanto, reinventar a democracia no século XXI requer maior envolvimento político dos cidadãos, ainda que a participação direta seja repleta de desafios.

A vulnerabilidade é uma condição inerente a todos os seres humanos. Além da vulnerabilidade corpórea, há situações de vulnerabilidade decorrentes das relações sociais, as quais são embutidas, inclusive de forma interseccional, a determinadas pessoas e grupos. Em outras palavras, o ser humano que é naturalmente vulnerável pode, também, estar vulnerável. As relações sociais, econômicas e institucionais que geram manifestações de vulnerabilidade, pois oprimem ou lesam direitos dos desprivilegiados, resultam em desigualdade, o que requer atuação responsável do Estado. Apesar de todos possuírem os mesmos direitos inalienáveis, há pessoas que, em razão das suas marcas sociais e, consequentemente, da ausência de reconhecimento e de representatividade, são ignoradas enquanto seres humanos. Para um tratamento igualitário, faz-se necessário compensar e diminuir a vulnerabilidade. Contudo, “[...] o Estado se retirou ou foi impedido por interesses arraigados de cumprir um de seus papéis tradicionais no pacto social: atuar como o principal monitor ou fiador de uma sociedade igualitária” (Fineman, 2019, p. 73-75).

O Brasil, que é um país caracterizado pelo abismo social entre as classes, cuja pobreza se agravou ainda mais com a crise econômica desencadeada pela pandemia da Covid-19, enfrenta, cotidianamente, injustiças sociais (em sentido amplo). O país, que está entre os dez mais desiguais do mundo, possui grande parte de sua população em situação de vulnerabilidades (Souza, 2021, p. 12), as quais, diante da invisibilidade política, isto é, da ausência de distribuição de recur-

sos, bem como de reconhecimento e de representatividade para a reivindicação de direitos, são, diuturnamente, retroalimentadas.

A desconsideração da existência da vulnerabilidade e, consequentemente, dos sujeitos vulneráveis, visa, com base na concepção liberal, fundamentar-se na ficção de que todos podem ser independentes e autônomos. Dessa forma, as instituições privatizam a vulnerabilidade, pois não precisam se responsabilizar por elas, afinal, todos os sujeitos são pressupostos como invulneráveis, o que resulta no desmantelamento de direitos e na ausência de políticas públicas. Trata-se de uma forma de culpabilização do sujeito por ser naturalmente e estruturalmente vulnerável. Convém referir que a vulnerabilidade embutida pode cessar, mas isso não significa que o sujeito se encontrará insuscetível à nova ocorrência ou diante de impossibilidade de concretização de outras. As instituições, apesar de serem fontes de vulnerabilidade, possuem papel na (re)habilitação das capacidades dos sujeitos vulneráveis (Fineman, 2019, p. 77-80).

Em razão de a vida social ser um emaranhado de relações, as vulnerabilidades sociais variam em magnitude e potencial de acordo com cada indivíduo, o que requer espaços plurais para manifestação e deliberação. Nesse contexto, faz-se necessário compreender as multidimensões da democracia.

## **2.1 AS MULTIDIMENSÕES DA DEMOCRACIA CONTRA-HEGEMÔNICA: DISTRIBUIÇÃO, RECONHECIMENTO, REPRESENTATIVIDADE E PARTICIPAÇÃO**

A democracia participativa visa redefinir a concepção de que a democracia é uma simples obra de engenharia institucional por meio da transformação das práticas dominantes, do aumento da cidadania e da inserção de atores sociais excluídos (Santos; Avritzer, 2002, p. 56). A democracia, mesmo com base nesse paradigma, é considerada um processo decorrente do quotidiano, não um conjunto ideal que nunca poderá ser realizado. Nesse contexto, a democracia liberal precisa “[...] encontrar uma linguagem política que reconheça a heterogeneidade e a diferença, mas que não capitule para um essencialismo que defina grupos por apenas um aspecto” (Phillips, 2011, p. 361).

Conceitos homogêneos de democracia baseados em critérios abstratos e universais tendem a corresponder (e a responder) pobramente às experiências e às reivindicações feitas pelos “não-iguais”, como por comunidades indígenas e campesinas marginalizadas. A igualdade não pode ser, simplesmente, proclamada. Muitas teorias político-filosóficas têm como objetivo definir, de forma abstrata, o que a democracia deveria ser. Contudo, necessita-se de uma concepção de democracia que seja construída de baixo para cima. Há condições, não somente distributivas, mas sociais, culturais, simbólicas e institucionais que precisam ser consideradas pela democracia. Logo, a democracia, visando à justiça social perante a vulnerabilidade, necessita ser estruturada em quatro dimensões: a de distribuição, a de reconhecimento, a de representatividade e a de participação. Convém destacar que há possibilidade de insurgência de outras dimensões de democracia no curso da história (Fraser, 2007, p. 80; Santos; Avritzer, 2002, p. 56).

A atual ordem econômica mundial realoca renda, recursos e poder de forma desigual. É premissa da democracia liberal que os indivíduos devem ter a liberdade de buscar a maximização de seus próprios interesses e que todos os indivíduos são iguais através da sua inclusão como participantes da sociedade e do mercado. Nesse sentido, desigualdades econômicas e de distribuição são consideradas compatíveis com a democracia, pois são resultados das próprias aspirações das pessoas (Santos; Avritzer, 2002, p. 57).

A globalização impactou de forma “anormal” a democracia (pois, até então, a democracia era pensada para ser aplicada, de forma normal, dentro das fronteiras nacionais). Nesse contexto, a primeira dimensão da democracia é a econômica e se refere não somente, como nas demais teorias liberais de democracia, à distribuição dos custos e dos benefícios, mas a toda estrutura econômica da sociedade (o que engloba trabalho, mercado, classe e recursos econômicos). Nessa perspectiva, a democracia deve considerar a má distribuição como escassez, marginalização e exploração econômica. Logo, a democracia não deve se preocupar, apenas, com os custos e benefícios compartilhados, mas também deve ponderar sobre quem toma as decisões, sobre se é possibilitado a todos participação em paridade, se há inferiorização e invisibilização cultural nas relações sociais, entre outras questões (Fraser, 2007, p. 83).

Por sua vez, a segunda dimensão da democracia é a sociocultural, a qual trata do conhecimento e da cultura. A ausência de reconhecimento gera deslegitimização, O *status* de subordinação advém de padrões social-culturais enraizados institucionalmente (o que abrange, por exemplo, a educação, o Direito, os costumes etc.) que acarretam dominação, desrespeito, desconsideração e invisibilização (Fraser, 2007, p. 84). Sobre o reconhecimento, convém destacar que:

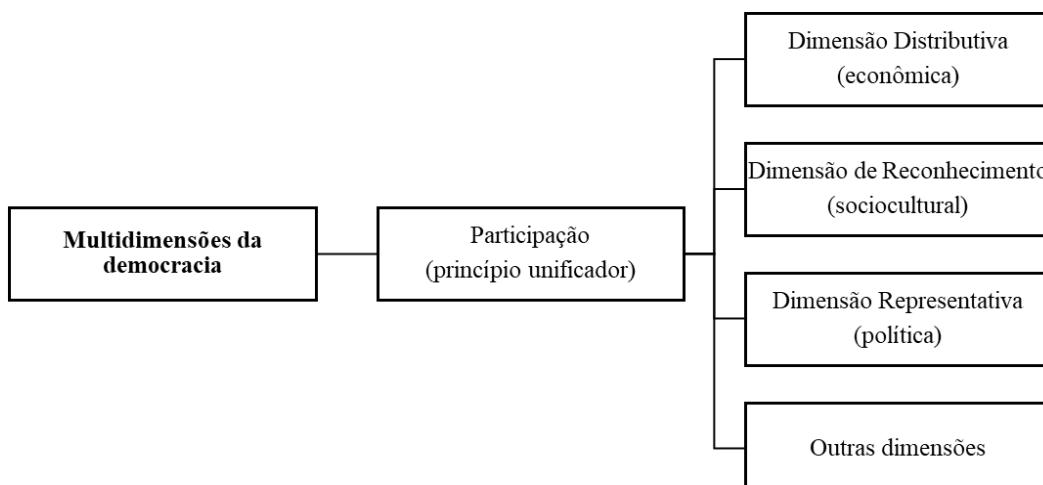
[...] não é a identidade de um grupo específico que requer reconhecimento, mas o *status* do membro individual do grupo como parceiro total de interação. Não-reconhecimento, nesses termos, não significa a deformação da identidade do grupo, mas subordinação social – no sentido de ser impedido de participação paritária na vida social. [...]. Não ser reconhecido, portanto, não é simplesmente a ser dotado de juízo negativo, olhado de cima ou desvalorizado nas atitudes, crenças ou representações dos outros. É, antes, ter negado o estatuto de parceiro integral na interação social, como consequência de padrões institucionalizados de valor cultural que constituem alguém como comparativamente indigno de respeito e estima (Fraser, 2000, p. 113-114).

Por sua vez, a terceira dimensão da democracia, a qual possui enfoque político, é designada de representação, que é compreendida como o pertencimento social para a realização da justiça e aos procedimentos para a execução da justiça. A falsa representação se manifesta em dois níveis de injustiça política: 1) quando se nega a possibilidade de participação de cidadãos por meio de fronteiras políticas (o que tem como consequência a exclusão de determinados sujeitos que buscam reivindicar seus direitos dentro da sua jurisdição); 2) quando há violação de regras de decisão (que resulta em atribuição desigual de capacidade de expressão e de representação metapolítica) (Fraser, 2007, p. 85).

As três dimensões de democracia referidas se encontram sujeitas à norma de paridade participativa, segundo a qual todos os membros da sociedade devem estar em posição de interagir uns com os outros em mesmo nível. Trata-se, portanto, de participação igualitária em todas as esferas da vida sendo que, se em quaisquer das três dimensões for obstada a participação, estar-se-á perante injustiça. Para a sua realização, há três precondições mutuamente necessárias: (1) a exclusão de níveis de dependência econômica e de desigualdade que impeçam a paridade de participação e a independência dos sujeitos (precondição objetiva); (2) a de igualdade às mesmas oportunidades a todos os participantes pelos padrões institucionalizados de valores culturais (precondição intersubjetiva); (3) a de pertencimento social para fazer reivindicações de justiça e procedimentos que estruturem os processos públicos de contestação política. A precondição objetiva se refere à distribuição, a precondição intersubjetiva é vinculada ao reconhecimento em termos de *status* social e a precondição política está relacionada à representação (Fraser, 2007, p. 90).

Diante do exposto, a fim de esclarecer os elementos centrais do repensar da democracia liberal, apresenta-se esquema de seus elementos operacionais explicitados acima:

**Figura 1 – As multidimensões da democracia contra-hegemônica - distribuição, reconhecimento, representatividade e participação**



**Fonte:** Elaborada pelos autores.

Confrontando noções individualistas e distributivas de democracia, com base nos valores da dignidade (valor inerente) e da vida digna de humanos e, inclusive, de não humanos (valor intrínseco), deve-se desenvolver liberdades substantivas (oportunidades) para que os cidadãos possam participar, genuinamente (e não meramente proceduralmente), da vida pública. Redistribuir renda, reorganizar a divisão do trabalho, sujeitar investimentos à tomada democrática de decisões, reavaliar identidades desrespeitadas e as crenças de grupos execrados, valorizar a diversidade cultural, transformar padrões sociais de representação, interpretação e comunicação, são algumas medidas necessárias para a redefinição – não, apenas, da qualidade, mas dos fundamentos – da democracia no século XXI (Fraser, 2007, p. 89; Santos; Avritzer, 2002, p. 59).

O questionamento de identidades atribuídas externamente pelo Estado colonial, as quais são autoritárias e discriminatórias, são necessárias para a ampliação da participação de atores sociais de diferentes tipos e para a inclusão de temáticas até então ignoradas pelo sistema político no processo de tomada de decisão. É uma falácia que a inclusão política de grupos sociais anteriormente excluídos, por resultar em maior quantidade de demandas, gera sobrecarga democrática (Santos; Avritzer, 2002, p. 65). Essa é uma tese utilizada pelas elites excludentes para combater ou descharacterizar os processos de luta pela dignidade (Flores, 2009, p. 23).

Para a pluralização da gramática política, necessita-se que as multidimensões participativa, distributiva, representativa e de reconhecimento sejam assimiladas pela democracia.

## CONCLUSÃO

A democracia, baseada na igualdade política, na soberania e na capacidade coletiva, depende de recursos e de instituições para que o povo possa exercer o seu poder. Não só a liberdade é pressuposto da democracia moderna, mas a vinculatividade das decisões governamentais dos representantes eleitos em processos eleitorais periódicos justos, o sufrágio universal, a garantia de destituição dos mandatários, entre outras, são suas características, ainda que procedimentais.

A democracia liberal, que foi forjada em ondas a partir de concepções hegemônicas, não consegue espelhar as diferentes identidades de seus cidadãos, o que agrava as vulnerabilidades deles, especialmente as relacionais. A falta de distribuição, de representatividade e de reconhecimento faz com que o poder soberano popular seja reduzido à escolha com base em concepções pré-estabelecidas por detentores de cargo público que não possuem vivências similares aos marginalizados ou que sequer possuem empatia, em razão de preconceitos, com elas. A falta de participação, ainda que sua prática seja desafiadora, esvaziou a política do povo. Quanto maior a desigualdade, menos democrática é a democracia.

A democracia, em paradigma contra-hegemônico, necessita ser repensada, do local para o (inter)nacional, em dimensões, as quais possuem como fundamento comum a participação popular. A redistribuição, a multiculturalidade e a representatividade plena, apesar de parecerem ideais, devem ser praticadas dentro das possibilidades de cada Estado. Para exemplificar, recentemente, na América Latina, cuja história é marcada por colonização e autoritarismos, o Chile tem, mediante reivindicação popular, buscado redefinir a democracia liberal a partir da prática política inclusiva.

A democracia liberal limita a participação individual e coletiva para não colocar em risco a acumulação de capital perante as reivindicações de distribuição social. Num mundo cuja geopolítica se encontra em transformação, no qual direitos humanos são diuturnamente violados e soberanias são despreitadas por visões imperialistas e polarizações ideológicas, reafirmar a democracia faz-se urgentemente necessário, principalmente com base em concepções contra-hegemônicas, perante o aumento de autocracias, que é mais uma das consequências da pandemia da Covid-19. Em resposta

ao problema da pesquisa, ao repensar a democracia, evidencia-se que ela não possui somente uma forma. Por meio da coexistência e da complementaridade entre participação direta e representação indireta, a democracia, em paradigma contra-hegemônico, deve, em multidimensões, abranger a redistribuição de recursos, a pluralidade cultural e a inclusão social.

## REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 2000.
- DAHL, Robert A. **A democracia e os seus críticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- DEMOCRACY index: in sickness and in health?. **The Economist**, London, 2020. Disponível em: <https://www.eiu.com/n/campaigns/democracy-index-2020-download-success>. Acesso em: 12 dez. 2022.
- FINEMAN, Martha Albertson. The limits of equality: vulnerability and inevitable inequality. In: WEST, Robin; BOWMAN, Cynthia G. (org.). **Research handbook on feminist jurisprudence**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019. p. 73-90.
- FLORES, Joaquin Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética?. In: SOUZA, Jessé; MATTOS, Patrícia (org.). **Teoria crítica no século XXI**. São Paulo: Annablume, 2007. p. 79-94.
- FRASER, Nancy. Rethinking recognition. **New Left Review**, London, n. 3, p. 107-120, maio/jun. 2000. Disponível em: <https://newleftreview.org/issues/ii3/articles/nancy-fraser-rethinking-recognition>. Acesso em: 20 ago. 2021.
- HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. **Lua Nova**, São Paulo, n. 36, p. 39-53, 1995. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/s0102-64451995000200003>
- IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Desigualdades sociais por cor ou raça no Brasil**. Rio de Janeiro: IBGE, 2019. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf). Acesso em: 20 ago. 2021.
- LINDBERG, Staffan I. (ed.). **Democracy report 2021**: autocratization turns viral. Gothenburg: V-Dem Institute, 2021. Disponível em: [https://www.v-dem.net/static/website/files/dr/dr\\_2021.pdf](https://www.v-dem.net/static/website/files/dr/dr_2021.pdf). Acesso em: 7 nov. 2021.
- MAIR, Peter. ¿Gobernar el vacío? El proceso de vaciado de las democracias occidentales. **New Left Review**, Madrid, v. 42, p. 22-46, jan./fev. 2007. Disponível em: <https://newleftreview.es/issues/42/articles/peter-mair-gobernar-el-vacio.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2021.
- MONEDERO, Juan Carlos. **Curso urgente de política para gente decente**. Barcelona: Seix Baral, 2013.

MONEDERO, Juan Carlos. **El gobierno de las palabras:** política para tiempos de confusión. Madrid: S.L. Fondo de Cultura Económica de España, 2009.

PHILLIPS, Anne. O que há de errado com a democracia liberal?. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, DF, n. 6, p. 339-363, jul./dez. 2011. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-33522011000200013>

RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 39-82.

SOUZA, Pedro Herculano Guimarães Ferreira de. A pandemia de covid-19 e a desigualdade racial de renda. **Boletim de Análise Político-Institucional**, Brasília, DF, n. 26, p. 37-44, mar. 2021. DOI: <http://dx.doi.org/10.38116/bapi26art4>

TABARES, Camila de Vasconcelos; CONCEIÇÃO, Bruno da Silva; MARQUES, Rodolfo Silva. Mulheres, raça e partidos no Brasil: análise da sub-representação das candidaturas identitárias nas eleições de 2018. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, n. 229, p. 57-77, jan./mar. 2021. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/229/ril\\_v58\\_n229\\_p57.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/229/ril_v58_n229_p57.pdf). Acesso em: 20 ago. 2021.

Recebido em: 31/03/2023

Aceito em: 09/05/2024

## METAVERSO E PODER JUDICIÁRIO: DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS IMPLICAÇÕES DA VIRTUALIDADE DIGITAL

METAVERSE AND COURT OF LAW:  
FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE  
IMPLICATIONS OF DIGITAL VIRTUALITY

Alejandro Knaesel Arrabal\*

Giselle Marie Krepsky\*\*

Anne Ferreira\*\*\*

\*Doutor em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale dos Sinos – UNISINOS. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Regional de Blumenau – FURB. Professor e pesquisador dos Programas de Mestrado em Direito (PPGD) e Administração (PPGAd) da FURB. Líder do grupo de pesquisa Direito, Tecnologia e Inovação – DTIn (CNPQ-FURB). Membro da Agit - Agência de Inovação Tecnológica da Universidade Regional de Blumenau - FURB. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0927-6957>

\*\*Doutora em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale dos Sinos – UNISINOS. Mestre em Educação (FURB). Especialista em Direito Administrativo (FURB). Professora do Programa de Mestrado em Direito da FURB. Líder do Grupo de Pesquisas CNPq/FURB: JUSTEC (Justiça, Educação e Ciência) e membro do Grupo de Pesquisas CNPq/FURB: Direitos Fundamentais, Cidadania e Justiça e Estado, Sociedade e Relações Jurídicas Contemporâneas (CNPq-FURB). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0647-3602>

\*\*\*Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho (PUC-PR). Bacharel em Direito (FURB). Membro do Grupo de Pesquisas JUSTEC - Justiça, Educação e Ciência (FURB/CNPq). Advogada. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7281-0809>

**Como citar:** ARRABAL, Alejandro Knaesel; KREPSKY, Giselle Marie; FERREIRA, Anne. Metaverso e poder judiciário: direitos fundamentais e as implicações da virtualidade digital. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 19, n. 2, p. 221-245, jul. 2024. DOI: 10.5433/1980-511X.2024.v19.n2.p221-245. ISSN: 1980-551X.

**Resumo:** O presente estudo explora as possibilidades e limites que a nova categoria Metaverso reserva para o Poder Judiciário brasileiro, tendo como vetor estruturante a garantia de Direitos Fundamentais. Realizada por meio de revisão bibliográfica e documental de viés interdisciplinar, a pesquisa partiu do pressuposto de que a tecnologia é assimilada pelo Sistema do Direito a fim de sofisticar as suas operações sob a ótica de que seu incremento oferece indubitavelmente comodidades à vida em sociedade. Por meio do método indutivo e sob o prisma da teoria sistêmica, é possível concluir que qualquer incremento tecnológico às relações sociais significa, paradoxalmente, a introdução de novos desafios e complexidades com as quais os subsistemas sociais terão de encontrar novas soluções. Portanto, o uso de plataformas virtuais de reprodução de imagem pelo Poder Judiciário, a exemplo do Metaverso, implica necessária reflexão acerca do seu efetivo potencial para consecução da justiça, sob pena de obstaculizar direitos e garantias constitucionais individuais, coletivas e do processo.

**Palavras-chave:** metaverso; poder judiciário; direitos fundamentais; processo judicial; complexidade tecnológica.

**Abstract:** This study explores the possibilities and limitations that the emerging Metaverse category presents for the Brazilian Judiciary, with the guarantee of Fundamental Rights as the guiding principle. Conducted through an interdisciplinary bibliographic and documentary review, the research assumes that technology is integrated into the Legal System to enhance its operations, with the belief that such advancements undoubtedly offer conveniences to society. Using the inductive method and systems theory, the study concludes that any technological enhancement to social relations paradoxically introduces new challenges and complexities that social subsystems must address with new solutions. Therefore, the use of virtual platforms for image reproduction by the Judiciary, such as the Metaverse, requires careful consideration of its actual potential for achieving justice, to avoid obstructing individual, collective, and procedural constitutional rights and guarantees.

**Keywords:** metaverse; court of law; fundamental rights; judiciary process; technological complexity.

## INTRODUÇÃO

Encontrar um lugar ideal cujas condições de vida sejam libertadoras é uma ambição humana que atravessa a história. No século XX, o desenvolvimento das Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) instanciou nos computadores o sentido de “um novo lugar”, seja por empiria ao reconhecê-los como sistemas de processamento e armazenamento de dados, aptos a simular eventos e ambientes, seja no plano ficcional que os coloca no centro de inúmeras narrativas metafísicas sobre a existência humana.

Originária da filosofia, a palavra “virtual” foi assimilada ao discurso tecnológico a fim de retratar o que a codificação digital proporciona em termos de simulacro dos fenômenos físico-sensoriais e dos entes que compõem o que se define como realidade. Contudo, a fim de preservar o sentido originário da palavra virtual, bem como propor uma categoria que possa, em sentido lato, dar conta de congregar outras tecnologias que buscam imiscuir-se a vida como instância de ambientação, propõe-se aqui o termo “virtualidade digital”.

O estado da capilarização das redes telemáticas, somado a *performance* computacional no processamento de dados, oferece condições para um cenário de virtualização altamente sofisticado de substituição e/ou integração envolvendo a experiência sensorial direta e a mediada por tecnologias de informação. Ainda que de modo tardio, considerando o grau de informatização já presente em outros setores, as práticas e estruturas organizacionais jurídicas despertaram para o emprego de novas tecnologias, tornando-se em relação a elas cada vez mais dependentes. A processualística foi informatizada, creditando expectativas no papel coadjuvante das infraestruturas e sistemas tecno-computacionais.

É fato que a tecnologia tem o condão disruptivo em inúmeros setores da sociedade e, sempre que há um incremento com potencial de propiciar comodidades ao ser humano, as inovações passam a ser experimentadas a partir da percepção de que, invariavelmente, elas trarão mais benesses que problemas.

Contudo, sabe-se que o paradoxo com o qual a sociedade tecnologizada vivencia é exatamente o de que, quanto mais se exploram instrumentos tecnológicos para facilitar o cotidiano social, mais se complexificam as relações. Até mesmo o Direito, operacionalizado pelo seu centro mais rígido representado pelos Tribunais, tem empenhado esforços para assimilar o potencial apresentado pelas tecnologias de informação que indubitavelmente oferecem aprimoramento nos serviços jurídicos prestados tanto no âmbito privado quanto no público.

Com o impacto causado pela pandemia de Covid-19 durante os últimos anos, tais assimilações avançaram exponencialmente, sem, contudo, permitir que, no curso delas, houvesse reflexão jurídico-operacional de ordem prática para todos os atos processuais, notadamente, a realização de audiências de instrução e julgamento e todos os demais atos que, em grande parte, passaram a

ser executados de acordo com normativas diferentes entre juízos de uma mesma jurisdição, ou, até mesmo, sem normativa alguma.

Sob estes pressupostos, o problema que norteou a pesquisa teve como foco possibilidades e limites de plataformas como o Metaverso para o Poder Judiciário brasileiro observados à luz dos Direitos e Garantias Fundamentais norteados pela Constituição Federal de 1988 (CF). A pesquisa realizada por meio do método indutivo e das técnicas de revisão bibliográfica e documental, apresenta-se neste texto estruturada em três unidades. A primeira contextualiza a relação entre a complexidade das tecnologias de informação e o Sistema Jurídico. A segunda unidade desenvolve a categoria Metaverso e sua relação com o conceito de Realidade Virtual. A terceira unidade observa implicações do uso da tecnologia metaversal aos Direitos e Garantias Fundamentais para a operacionalização do processo.

## 1 COMPLEXIDADE TECNOLÓGICA E A SOFISTICAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO

Complexidade é uma categoria que diz respeito às interações dos elementos que constituem um sistema. Sob a ótica predominantemente quantitativa, sugere um contingente de infindáveis possibilidades existenciais, tão diversas e numerosas que sua compreensão representa uma tarefa considerada impossível. Nesta senda, Valéry (1998, p. 124) afirma que o “[...] pensamento nunca pode ser demasiado complexo nem demasiado simples. Isso porque o real que ele quer atingir só pode ser de uma complexidade infinita – inesgotável”. Todo conhecimento produzido é, sob esta premissa, fruto de um processo cognitivo que procura reduzir a complexidade do mundo.

Descartes (1996) sustentou a decomposição analítica como procedimento necessário a compreensão fenomênica, proposição que se tornou hegemônica para a ciência moderna. As totalidades físicas, biológicas, psíquicas e sociais foram pressupostas como unidades constituídas de elementos funcionalmente integrados. A análise das funções específicas das partes constitutivas revelaria a funcionalidade do todo. A concepção de mundo máquina, introduzida no século XVI e sedimentada com o progressivo domínio da ciência moderna, disseminou a crença na possibilidade de compreender e explicar totalidades a partir de suas partes constitutivas.

O ideário maquinal fortaleceu concepções deterministas ancoradas na causalidade, na linearidade e na disjunção. O conhecimento científico clássico aspirava “descobrir, atrás da complexidade aparente dos fenômenos, uma ordem perfeita legiferando uma máquina perpétua” (Morin, 2011, p. 12). A metáfora “mundo máquina”, presente até mesmo nos tempos atuais, procura confirmar que, por detrás da realidade aparentemente caótica, a racionalidade humana é capaz de revelar a “verdadeira” ordem original.

Observa Morin (2011) que a totalidade complexa escapa ao pensamento analítico porque não traduz estritamente a soma das partes. Trata-se de reconhecê-la como unidade de múltiplos, de partes que se integram a partir de reciprocidades constitutivas baseadas na diferença. Entendi-

da como unidade absolutamente coesa de partes indistinguíveis, a totalidade corresponde ao nada. O todo complexo pressupõe, paradoxalmente, unidade e pluralidade, identidade e diferença.

A partir de formulações que se originam do estudo da biologia, física e sociologia, a atual teoria dos sistemas perpassa pelo tema fundamental da informação e da comunicação e tem suas origens nas contribuições de Bertalanffy (2012), Parsons (1974) e Foerster (2003).

Nesse paradigma, as relações entre as partes e a totalidade são redimensionadas e rechaçam-se as condições de linearidade, sendo que a sociedade passa a ser considerada como um sistema e, portanto, é também um conjunto complexo de elementos em interação (Bertalanffy, 2012, p. 84). E, sobretudo, lança-se a figura do observador que passa a observar os fenômenos em meio a essa complexidade relacional. Isto envolve uma multidimensionalidade na qual a complexidade não pode contar com respostas e certezas, mas como dificuldade, incompletude e incerteza (Morin, 2002, p. 177).

Nessa observação sistêmica, a sociedade como um todo (sistema social) evolui a partir de vários outros subsistemas sociais como a Ciência, o Direito, a Educação, a Economia, a Política, entre outros tantos, que têm a função de reduzir a complexidade social a partir de organizações. Segundo Luhmann (1983, p. 45):

[...] o mundo apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações, em contraposição ao seu limitado potencial em termos de percepção, assimilação de informação, e ação atual e consciente. Cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes. Com complexidade queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar.

Logo, o mundo, que equivale ao meio circundante de cada subsistema, sempre será mais caótico e complexo, apresentando inúmeros eventos com inúmeras possibilidades relacionais (contingência). Todas essas possibilidades nunca podem ser suportadas pelos subsistemas e para isso, eles precisam reduzir a complexidade selecionando quais elementos do meio serão ou não assimilados em seus interiores (seleção), pois a cada assimilação será necessário reorganização (Luhmann, 2010).

Na sociedade tecnologizada o que se percebe, é que o homem direciona a inovação exatamente para reduzir a complexidade social otimizando processos e melhorias da qualidade e manutenção da vida, mas que, por sua vez, gera novas complexidades. Por isso, Morin (2002) considera que a ciência também é histórica, sociológica e eticamente complexa.

Exsurge, assim, uma necessária especialização destes subsistemas para dar conta de suportar o novo por eles absorvido. Para o Direito, esta especialização pode ocorrer tanto no nível decisional (comunicação judicial) quanto no operacional (forma de comunicar). A complexidade se manifesta no Direito como dinâmica paradoxal, sob a perspectiva de abertura e clausura simultâneas. Opera como abertura, na medida em que o sistema jurídico passa a nutrir-se de outras epistemes, assimilando novos conceitos e técnicas; ao mesmo tempo opera como clausura, considerando que esses os novos elementos constituintes do Direito engendram-se produzindo especialidades.

Ante o potencial operacional promissor ofertado pela tecnologia, o Direito passa a observar muito mais os eventos sociais das áreas da Ciências da Computação e de Tecnologia da Informação gerando uma observação mútua entre esses sistemas (hetero-observação). As Ciências da Computação observam o Direito e a partir disso mostram possibilidades a partir do que para ela seria aplicável ao Direito. O Direito observa as Ciências da Computação e seu ferramental tentando entender os seus pressupostos e elementos técnico-operacionais a fim de melhorar sua própria função. Ambos observam um ao outro a partir dos seus pressupostos, conceitos, terminologias e possibilidades, o que enseja um processo de desenvolvimento e aprendizagem sistêmica.

Por isso, nem toda a tecnologia produzida no sistema da Ciência e disponível à sociedade será absorvida pelo Sistema do Direito, pois somente serão assimilados por ele os elementos externos que encontrarem correspondência interna com o Sistema Jurídico, sendo, pois, chamada de irritação sistêmica. Assim, a observação que as organizações de viés jurídico fazem do instrumental produzido ao mundo pela tecnologia, somente resultarão numa possível incorporação se houver uma compatibilidade pré-existente no seu interior. As chamadas perturbações externas ou irritações até podem causar uma modificação na estrutura do subsistema jurídico, fazendo com que este se sofistique. No entanto, a forma como esse desenvolvimento vai ocorrer obedecerá à lógica ou estrutura interna do Direito muito mais do que a da tecnologia.

Elucida-se tal interação como o exemplo de criação de plataformas computacionais para uso jurídico. Imagine-se que uma determinada Vara judicial implementou emergencialmente a realização de intimações por meio da ferramenta whatsapp durante o período pandêmico. Certamente tal incremento apresentou rapidamente problemas - excesso e organização de mensagens, inacessibilidade por parte do jurisdicionado, falta de comunicação com o sistema utilizado pelo judiciário, etc. - não pensados inicialmente. Ao invés de a ferramenta ser abandonada porque apresentou inúmeras comodidades - ciência rápida das intimações, execução de atos processuais sem presencialidade, etc. - pretendeu-se sofisticar e automatizar tal operação. O ator jurídico solicitará ao ator da computação que viabilize a automação desta operação a partir de sua dinâmica (comodidades e dificuldades). Já o ator da computação precisará entender os conceitos desta dinâmica, pois ele apresentará soluções a partir da lógica da computação. E logo surgem mais impasses, mais sofisticações das operacionalizações e criação. Surgem novos espaços, novas e mais especializadas organizações. Ou seja, há uma reestruturação organizacional (muitas vezes seguidas de nova legislação) a fim de suportar o novo.

É o caso do JudLab - Laboratório de Inovação do Poder Judiciário de Santa Catarina, criado para incentivar “projetos e ideias de inovação em todos os segmentos da atividade judiciária - tecnológico, organizacional e de gestão administrativa, de engenharia, de rotinas administrativas e de gestão de pessoas” (Medeiros, 2020). Tal laboratório, típica organização do Direito, porquanto implementada pelo Poder Judiciário, assim como inúmeras outras iniciativas em diversos Tribunais com ou sem parcerias, evidenciam o quanto o desenvolvimento de tecnologias para o sistema de justiça brasileiro tem acelerado consideravelmente nos últimos anos.

Nesse sentido tem-se a experiência mais significativa no uso da inteligência artificial chamada Projeto Victor que realizado em parceria do Supremo Tribunal Federal (STF) com a Universidade de Brasília (UnB) cujo início deu-se em 2017 e que foi pensado para o auxílio na análise de recursos extraordinários do país (Brasil, 2021b). Mais recentemente, o Projeto Rafa foi desenvolvido com o propósito de classificar os processos no STF de acordo com os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU) (Brasil, 2022).

Segundo dados da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) em pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas (FGV, 2022), o Judiciário brasileiro tem mais ferramentas de IA do que União Europeia, Estados Unidos, Reino Unido, China e Índia. Multipli-cam-se os núcleos de gerenciamento, conselhos, institutos, enfim, organizações do Poder Judiciário para criar, implementar e monitorar as ferramentas tecnológicas desenvolvidas com o intuito de total digitalização. Na mesma toada, criam-se normativas que regulamentam tais órgãos bem como aumentam as recomendações emitidas prioritariamente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Desde 2019 tramitam no país vários Projetos de Lei que visam o estabelecimento do Marco Regulatório da Inteligência Artificial no Brasil. (Brasil, 2019, 2020b, 2021a, 2023).

A ampliação do uso de ferramentas digitais e virtuais logo expõe o problema da segurança de tais artefatos asseverando ainda mais a necessidade de aprimoramento do que foi implementado. Os dados demonstram, portanto, o eterno paradoxo da complexificação tecnológica anteriormente referido. Assim, o desenvolvimento operacional do Direito a partir do avanço tecnológico, se dá sempre na medida de sua capacidade interna e não da capacidade de inovação da tecnologia.

Isso ocorre precipuamente quando se está diante da necessidade de aprimoramento operacio-nal. Aliás, não é por outro motivo que a complexidade caótica apresentada pela não presencialidade exigida no período de pandemia, acelerou demasiadamente o processo de observação da tecnolo-gia, de modo a garantir a própria função do Direito, que é estabilizar congruentemente as relações sociais. Como a realização de atos judiciais de forma não presencial era possível legalmente, con-forme o artigo 236, § 3º do Código de Processo Civil (CPC)<sup>1</sup>, mas pouco utilizada, houve sim, um desequilíbrio interno no sistema provocado pela crise sanitária. Esse desequilíbrio ou desestruturação afetou severamente Direitos e Garantias Fundamentais de diversas categorias, precipuamente o de acesso à justiça.

Veja-se que, apesar da eletronificação/digitalização dos processos judiciais ser amplamente fomentada pelo CNJ, a discrepância entre o acesso à tecnologia e sua efetiva implementação pelas jurisdições do país ocasionou enorme prejuízo ao jurisdicionado, ferindo, notadamente, o direito de acesso à justiça e o devido processo legal previstos na Constituição Federal brasileira (CF) no artigo 5º, XXXV e LIV. No estado do Espírito Santo, por exemplo, aproximadamente 85% dos pro-cessos judiciais ainda eram físicos. (Junquilho, 2020). Evidente, pois, que apesar da existência de instrumental tecnológico que possibilitasse a digitalização dos processos e a realização virtual de

<sup>1</sup> Art. 236. Os atos processuais serão cumpridos por ordem judicial. [...] § 3º Admite-se a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real (Brasil, 2015).

atos processuais, a necessidade de incorporação sistemática de tais tecnologias somente ocorreu a partir da necessidade produzida pelo ambiente externo ao Direito.

Então, se de um lado não se pode introduzir diretamente ferramentas tecnológicas com o argumento de melhor operacionalização do Direito, por outro, é esperado que ele se auto-observe e observe o meio para a sua evolução. O evento de catástrofe sanitária, nesse sentido, desencadeou a experimentação forçosa do uso massivo da tecnologia disponível pelo Direito. Tanto é, que a cultura jurídica, por vezes descrente e reticente aos artefatos virtuais, assimilou de forma breve o potencial a partir da experimentação.

Atualmente, inúmeras iniciativas têm permeado o interesse do sistema do Direito, dentre as quais, aquelas que, no contexto da mediação tecnológica orientadas à comunicação remota, dizem respeito a incrementos que propõem a constituição de um “*locus*” intermediário, um novo lugar que se supõe disponível para ocupação das mais diversas instituições que estruturam e definem a vida social. Tem-se difundido que Metaverso representa a categoria mais recente para designar esse projeto, embora seja acompanhada e antecedida de outras, a exemplo de “ciberespaço” e “realidade virtual”.

Portanto, para o sistema do Direito há que se reconhecer o que essa categoria representa em termos de atendimento às expectativas sociais de operatividade processual da justiça.

## 2 VIRTUALIDADE DIGITAL E METAVERSO: DO TECNOLÓGICO AO JURÍDICO

Para a filosofia, o virtual filia-se ao conceito de virtude como potência. Levy (1996) explica que o conceito não se opõe ao real mas ao atual. Uma semente não é uma árvore, mas tem a virtude (qualidade) para vir a ser. Portanto, o virtual é um atributo real (por se encontrar no aqui e agora da semente), e que diz respeito a um outro estado de realidade, mas que se projeta para o futuro (ser uma árvore).

No campo das Tecnologias de Informação, o virtual revela uma perspectiva diferente. Considera-se virtual o que se manifesta no aqui e agora, como representação de algo ausente ou que nunca existirá em presença. Sob essa perspectiva, o termo Realidade Virtual (RV) foi proposto na metade dos anos 1980 pelo cientista da computação Jaron Lanier (2001). Para Lanier, a Realidade Virtual compreende mundos criados tridimensionalmente por computação gráfica, combinados com a comunicação por redes de computadores. Nessas plataformas, vários participantes compartilham do mesmo “espaço”, virtualizando digitalmente suas presenças por meio de representações conhecidas como avatares.

Tecnologias orientadas a proporcionar experiências e interações humano-máquina imersivas já eram idealizadas na década de 1960. Em seu texto “*The Ultimate Display*”, Ivan Sutherland (1965), considerado um dos pioneiros e visionários da computação gráfica Hosch, (2023), afirmou que “até agora, apenas os músculos das mãos e dos braços foram usados para controle do com-

putador. Não há razão para que sejam os únicos [...] Nossa destreza visual também é muito alta. Máquinas para detectar e interpretar dados de movimentos oculares podem e serão construídas”.

Com o aprimoramento tecnológico relacionado a capacidade de processamento computacional e velocidade de transmissão de dados em redes, novas técnicas dirigidas a virtualizar experiências e ambientes de interação surgiram. Aplicações no campo dos videojogos e do entretenimento digital, assim como abordagens clínicas são conhecidas. Criada em 2003 pela empresa Linden Lab, Second Life ([2023]) é uma das primeiras plataformas digitais em rede caracterizada como um “[...] ambiente virtual e tridimensional que simula em alguns aspectos a vida real e social do ser humano”. Dependendo do tipo de uso, pode ser encarado como um jogo, um mero simulador, um comércio virtual ou uma rede social” (O que [...], 2007, p. 3). No campo da clínica, “[...] o Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas (HC) da Faculdade de Medicina da USP (FMUSP) criou um tratamento para fobia social por meio da realidade virtual” (Tratamento [...], 2018).

Embora a produção de imagens na tela<sup>2</sup> do computador seja a expressão predominante da experiência virtual, ao longo da metade do século XX foram desenvolvidas outras interfaces sensoriais, a exemplo de luvas e roupas com o propósito de oferecer experiências mais “imersivas”. Também a imagem foi imiscuída ao mundo real por meio de óculos, assim como a partir das câmeras dos dispositivos móveis, proporcionando uma interação do virtual com o real que se tornou conhecida como “Realidade Aumentada”,

Equipado com dispositivos vestíveis inteligentes (por exemplo, capacetes VR/AR), os humanos podem interagir e controlar seus avatares digitais para jogar, trabalhar, socializar, e interagir com outros avatares ou entidades virtuais no metaverso via interação humano-computador (HCI) e realidade estendida (XR) tecnologias (como retratado no filme Ready Player One). (Wang *et al.*, 2022, p. 322, tradução nossa).

Em 1992, Neal Stephenson publicou a obra Snow Crash cuja narrativa distópica cyberpunk emprega a palavra *Metaverse* para designar uma realidade existencial alternativa (Stephenson, 2022). É provável que a capacidade imaginativa de Stephenson não tenha alcançado, na época da criação do romance, a ideia de que a palavra Metaverso seria destaque 30 anos após a publicação do livro. Também é provável que o seu recorte semântico originário não comportava todos os sentidos que atualmente são a ela integrados.

O termo “Metaverso” representa um neologismo produto da junção do prefixo “meta” e a palavra “verso”, o que sugere, inicialmente, a designação de uma realidade para além da já conhecida, um versionamento existencial, “um universo transposto”, orientado a transformar modos de vida oferecendo novas oportunidades (Martins; Fonseca; Lanfranqui, 2022, p. 37-38).

Ciberespaço (*Cyberspace*) é uma categoria que precede ao Metaverso e o integra de muitas formas, razão pela qual a concretização do conceito encontra-se ainda em curso, ostentando uma

2 Não é difícil supor como a metáfora da “janela” foi facilmente incorporada à estrutura dos primeiros sistemas operacionais de apelo visual, adotada inclusive pela empresa Microsoft como “marca” de sua interface gráfica desenvolvida para o sistema MS-DOS e lançada em 20 de novembro de 1985 (A história [...], 2009)

certa aura entusiástica. Soma-se a este aspecto o fato de representar um “conceito-produto”, assim como tantos outros do campo tecnológico, lançado à sociedade a partir dos pressupostos dirigentes da lógica de mercado. Por óbvio, quem coloca produtos à venda, sempre o faz destacando suas respectivas qualidades e benefícios.

O cariz mercantil pode ser depreendido da abordagem que a empresa de consultoria tecnológica Gartner revela, ao descrever os elementos constitutivos de um Metaverso, a saber: Moeda digital; Mercado / Comércio Digital; Tokens Não Fungíveis (NFTs); Infraestrutura; Dispositivo Independente; Jogos; Ativos digitais; Concertos, Eventos Sociais e de Entretenimento; Compras Online; Ambiente de Trabalho; Mídia Social; Humanos Digitais e Processamento de Linguagem Natural.

Observa-se que, mais do que um produto singular, o Metaverso caracteriza-se como um “conceito-plataforma” a partir do qual se propõe integrar diversas tecnologias e recursos, orientados ao aperfeiçoamento de experiências digitais imersivas.

Ainda sob a perspectiva conceitual, uma das “visões” associadas ao Metaverso é “dissipar”, por assim dizer, a fronteira entre a realidade concreta e a virtualidade digital. Entre outras características que envolvem o conceito, para Meira (2022), o Metaverso deve ser compreendido como “fígital”, simultaneamente físico e digital, de modo que as interações e experiências cotidianas envolvam estímulos sensoriais de ambas as dimensões, em tempo real.

Mystakidis (2022) descreve o Metaverso como um “universo pós-realidade, um ambiente multiusuário perpétuo e persistente que mescla a realidade física com a virtualidade digital”, baseado na “convergência de tecnologias que permitem interações multissensoriais com ambientes virtuais, objetos digitais e pessoas”.

O Metaverso integra-se a diversas tecnologias de virtualização digital, dentre as quais destacam-se: Realidade Estendida ou Realidade Cruzada (*Extended Reality or Cross Reality - XR*); Realidade Virtual (*Virtual Reality - VR*), Realidade Aumentada (*Augmented Reality - AR*); e Realidade Mista (*Mixed Reality - MR*)<sup>3</sup> (Mystakidis, 2022).

Esses modelos projetivos digitais de realidade envolvem, cada qual, condições operativas de hardware e software diferenciadas, embora todas proponham experiências sensoriais a partir de estímulos controlados. Importa observar que o conceito de realidade historicamente envolve condições ambientais que, em maior ou menor grau, são indiferentes ao arbítrio humano. Nesta perspectiva, para além da produção de “versões” da realidade, o Metaverso sugere a criação de “mundos” orientados a um amplo controle dos seus ocupantes, na medida em que as experiências sensoriais

3 “A realidade virtual (VR) mergulha completamente as pessoas em um ambiente digital. Essas configurações podem ser criadas como conteúdo totalmente sintético gerado por computador, podem ser feitas de conteúdo do mundo real (definido em vídeo real de 360 graus) ou podem ser um híbrido de ambos. [...] As experiências de VR mais completas em casa ou no trabalho de hoje exigem que os indivíduos usem um dispositivo montado na cabeça e controladores tátteis. A realidade aumentada (AR) sobrepõe informações digitais em configurações do mundo real. [...] AR mantém o mundo real central, mas o aprimora com detalhes digitais que complementam o ambiente. As experiências de realidade mista (RM) permitem que as pessoas interajam e manipulem imagens geradas por computador no mundo real, em tempo real. [...] Neste momento, a RM é usada principalmente em treinamento e design industrial, militar e médico” (Anderson; Rainie, 2022, p. 4, tradução nossa).

são instrumentalmente mediadas. Mais do que prever comportamentos, as empresas detentoras das infraestruturas “Metaversais”, serão capazes de “conduzir” usuários de modo ainda mais incisivo do que atualmente já é possível a partir dos recursos tecno-midiáticos disponíveis.

No contexto do Projeto “Cenários das Ciências e Tecnologias no Brasil” para 2040, realizado pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG (Oliveira *et al.*, 2022), considera-se prospectivamente que:

As big techs do mundo virtualizado tornam-se onipotentes e dão as cartas nos novos arranjos coletivos. À medida que o consumo e a circulação financeira migram para o metaverso, a vida desconectada das máquinas torna-se um privilégio para poucos e traz, ao mesmo tempo, desolação para o cidadão comum, que prefere se sentir inserido em um simulacro virtual mais palatável aos sentidos.

Projeções apontam para o crescimento do setor. Inúmeras propostas metaversais encontram-se disponíveis na rede global de computadores. Além do já referido Second Life ([2023]), destacam-se: Meta Horizon Worlds (2023); Ceek ([2023]); Decent World ([2023]); Roblox (2023); Spatial (2023); (The Enterprise [...], [2023]); e Decentraland (©2023). A empresa Gartner sustenta que “[...] até 2026, 25% das pessoas vão passar pelo menos 1 hora por dia no Metaverso para fins de trabalho, compras, educação, socialização e entretenimento” (Gartner, 2022). Contudo, essas plataformas ainda se mostram incipientes em relação ao que se pressupõe como possibilidade projetiva “figital”, isso tendo em vista que atualmente o acesso e funcionalidades estão limitados aos recursos tecnológicos atuais que a sociedade dispõe. Soma-se a isso o fato de que, só no contexto norte-americano, segundo pesquisa de mercado realizada pela Gartner, 35% dos consumidores nunca ouviu falar do Metaverso, 58% já ouviu falar, “mas não sabem o que significa, ou acham que entendem o Metaverso, mas teriam dificuldade em explicá-lo a outra pessoa” (Blum; LoDolce, 2022).<sup>4</sup>

Experiências em cenários virtuais próximos ao conceito de Metaverso têm se tornado cada vez mais frequentes, notadamente para acesso (em geral por meio da tela do computador ou celular e, em alguns casos, com uso de visor 3D imersivo) a locais e espaços de cariz cultural. Em relação a atividades relacionadas ao Direito, vislumbra-se projetos e posições favoráveis no cenário brasileiro.

Nesse sentido, o Tribunal de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional de São Paulo, exarou o parecer de nº 5.842/2022 que admite a criação e manutenção de escritórios em ambientes metaversais, assim como o exercício de atividade publicitária nestes ambientes, desde que sejam garantidas as condições ético-estruturais do exercício da profissão, dentre as quais destaca-se: o sigilo e independência frente às empresas provedoras das infraestruturas de mediação tecnológica, assim como “a identificação do advogado, da sociedade de advogados e do cliente (de carne e

<sup>4</sup> Sabe-se que não há paridade no desenvolvimento, uso e aplicações de plataformas virtuais no cenário internacional. Enquanto países subdesenvolvidos ou emergentes estão propensos à exclusão digital, outros como Suécia e Estônia possuem embaixadas virtuais na plataforma Second Life. Por outro lado, os custos de manutenção de dezenas de missões diplomáticas podem reduzir com tal possibilidade (Kostenko *et al.*, 2022). Contudo, diminuem-se os gastos e aumentam-se os riscos no campo cibernetico ainda carente de regulamentação de alcance transnacional.

osso), mutuamente, para que não se perca de vista que a advocacia, mesmo no mundo virtual, é múnus público fundado na confiança e na pessoalidade da relação cliente-advogado” (OAB, 2022).

Assim, os advogados podem criar escritórios no Metaverso, contudo não para a prestação dos serviços de advocacia em si, isto é, os advogados podem se apresentar para seus clientes e socializar, todavia, para firmar contrato, seria necessário redirecionar o cliente para alguma plataforma criptografada que garanta o sigilo profissional. Além disso, o Tribunal de Ética da OAB/SP também emitiu em seu parecer que “os avatares de advogados hão de ser sóbrios e condizentes com a dignidade da profissão” (OAB, 2022).

No âmbito do Judiciário, colecionam-se iniciativas nacionais pioneiras no emprego de tecnologias associadas ao Metaverso. Na vara da Justiça do Trabalho da comarca de Colíder do Estado do Mato Grosso, a juíza Grazielle Cabral, com o suporte da View 3D Studio (2023), recriou “o ambiente físico da fachada, o saguão e a sala de audiências da vara na qual é titular”, a fim de “aproximar os jurisdicionados do Judiciário” (Azevedo, 2022). Lançada em maio de 2022, a plataforma sediou uma palestra sobre segurança do trabalho, o que possivelmente representa o primeiro evento realizado no judiciário brasileiro, com emprego de tecnologia associada ao conceito de Metaverso. A presença dos participantes no evento se deu por meio de Avatares, com emprego do software AltspaceVR<sup>5</sup>. Segundo Cabral, o projeto foi movido por pretensões pedagógicas, de modo que a plataforma não será aplicada na realização de atos processuais (Jornal Nacional, 2022).

Imagen 1 – Vara do Trabalho de Colíder – plataforma AltspaceVR



Fonte: Azevedo (2022).

No judiciário Federal Paraibano, consta a realização de uma audiência em ambiente Metaverso no dia 13 de setembro de 2022 (G1, 2022). Provavelmente a primeira realizada no Brasil, “tratou-se de uma sessão conciliatória em que as partes (autora e ré), representadas pelos respectivos avatares customizados em 3D, firmaram um acordo” (Pernambuco, 2022).

<sup>5</sup> AltspaceVR é uma plataforma de mundos sociais virtuais adquirida pela Microsoft em 2017 e descontinuada em 10 de março de 2023, tendo como sucedânea a plataforma Microsoft Mesh. (Venino, 2023)

Imagen 2 – Audiência conciliatória em ambiente metaversal - Justiça Federal de Pernambuco



**Fonte:** (JJ1 [...], 2022).

O poder Judiciário amazonense em parceria com a Universidade Federal do Estado do Amazonas (UEA), deu início a estudos para um projeto piloto, a fim de empregar recursos de virtualização de audiências (Amazonas, 2022). A imagem abaixo corresponde a demonstração do uso da tecnologia, ocorrida em dezembro de 2022.

Imagen 3 – Demonstração da tecnologia de Imersão em ambiente 3D - Oculus Quest



**Fonte:** Amazonas (2022).

Em certa medida, toda comunicação mediada por tecnologia digital pressupõe algum tipo de identificação recíproca dos agentes comunicantes, o que se opera por “imagem-representação”. Na hipótese de uma web-conferência, a imagem-representação é obtida com a captura (via câmera) da imagem fotográfica (estática ou em movimento) e som (via microfone) dos comunicantes. Neste modelo de comunicação remota, os comunicantes não se percebem integrados a um espaço comum. Pequenas janelas bidimensionais separam cada indivíduo, oferecendo uma experiência sensorial estruturalmente fragmentada. Por sua vez, a “imagem-representação” constituída a partir de Avatares em um ambiente tridimensional, procura referenciar espacialmente os agentes comunicantes, em perspectiva e profundidade dinâmicas, de modo que seja possível evidenciar maior identidade e interação entre os agentes comunicantes e deles com o entorno, o que é favorecido por novos artefatos.

Importante destacar que os incrementos tecnológicos sempre implicarão em afetações a inúmeros outros subsistemas sociais além da ciência no qual são precipuamente gerados. O sistema

da economia, por exemplo, tem função preponderante porquanto se possa afirmar que nem sempre a ciência é neutra e que tais sofisticações tecnológicas, via de regra, são impulsionadas pelo seu código - lucro x prejuízo - direcionando assim o que merece ou não atenção dos grandes centros de pesquisa e inovação tecnológica. Nesse tocante, veja-se que um único kit de óculos com fone de ouvido citado custa em média três mil reais<sup>6</sup>. Além do custo dos óculos e das tecnologias subjacentes como melhores redes de internet e computadores sofisticados, há o custo econômico-temporal de novas capacitações, contratos de aquisição e treinamento para o uso de tais aparelhos para obter os mesmos resultados na consecução da justiça.

Ademais, ainda que a ciência e a tecnologia privilegiem a autorregulação, sabe-se que, paulatinamente, e na medida das afetações sociojurídicas, o sistema da Política (legislativo) igualmente é acionado, a fim de tornar vinculantes e coletivos os novos comportamentos.

Evidencia-se, portanto, que criar tecnologias para reduzir as complexidades sociais presentes e futuras para facilitar a operacionalização das demandas judiciais representa um paradoxo inerente ao paradigma da complexidade, pois, na medida que se pretende reduzir a complexidade social introduzindo novos elementos (no caso a tecnologia no sistema de justiça), mais complexidade é gerada no interior dos subsistemas sociais, que, por sua vez, precisam se especializar novamente gerando mais complexidade.

Portanto, apesar do uso metaversal ser inspirado nos realísticos cenários proporcionados pela indústria de jogos e entretenimento, o mesmo não ocorre em cenários formais, cujas aplicações são limitadas e até desnecessárias, uma vez que o Poder Judiciário atual já dispõe de ferramentas tecnológicas mais simples com capacidade de aproximação entre o jurisdicionado e os Tribunais.

Isso impõe aos administradores da Justiça, juristas e Poder Legislativo a reflexão acerca da relevância ou não da absorção de tais tecnologias pelo Sistema do Direito, que, à luz da teoria sistêmica e do conceito de complexidade, mostra que nem todo novo evento precisa ser assimilado, ainda que provoque irritações ao Sistema. Afinal, quando se tem mais possibilidades do que o sistema possa absorver, há que proceder seleções, ou seja, escolhas que também representam riscos.

Assim, em que pese os exemplos colecionados indicarem o esforço do Poder Judiciário em acompanhar tendências tecnológicas, é necessário avaliar as implicações concretas que o emprego destes recursos pode trazer para a administração da justiça, em termos de garantia dos direitos fundamentais, custos e efetividade.

### **3 REFLEXÕES NECESSÁRIAS AO EMPREGO DE TECNOLOGIAS NO JUDICIÁRIO: METAVERSO E DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Independente dos propósitos que orientam a realização de atos processuais por meio de plataformas virtuais, há ponderações de ordem jurídica e prática que precedem qualquer implementação tecnológica.

<sup>6</sup> Tomou-se como referência o valor oferecido pelo site Amazon.

A primeira delas diz respeito ao acesso à internet como Direito Fundamental e a premissa da garantia de acesso à justiça. A inviabilidade de acesso ao mundo virtual fomentada pela exclusão digital é muito mais do que a mera obstaculização do direito de acesso à informação. É, sobretudo, privação do exercício de direitos e garantias fundamentais.<sup>7</sup> Salienta-se que, o acesso à internet não garante o acesso a toda e qualquer plataforma digital, pois são necessários qualidade do acesso e instrumentos tecnológicos compatíveis com as plataformas que se pretende utilizar.<sup>8</sup> Além disso, a quantidade de pessoas com as quais se compartilha o uso e, sobretudo, a interface, acessibilidade dos próprios serviços, sites e aplicativos que pretendem entregar os serviços resulta discrepâncias na utilização da rede mundial de computadores como forma de acesso à cidadania e à gestão da vida em sociedade, tornando relativizado o percentual de disponibilidade de internet. Não por outro motivo que Luño (2003, p. 90-91) destaca que a internet ou sua falta pode criar: “novas formas de desigualdade entre os ‘info-ricos’ e ‘info-pobres’, ao estabelecer discriminações graves ao acesso e utilização de informações”.

Portanto, ser cidadão na era digital e virtual pressupõe o acesso à internet. E, apesar de não se estar tratando da participação compulsória de atos judiciais via plataformas como o metaverso, fato é, que a justiça brasileira caminha para a totalidade do Juízo digital, mas destinada a um jurisdicionado que, por vezes, não consegue sequer acessar direitos básicos que venham a ser disponibilizados apenas por meio virtual.

Logo, ao não ter acesso à tecnologia, que vincularia precipuamente o jurisdicionado à Jurisdição, tem-se o retrato de uma violação, ainda que parcial, do direito de acesso à Justiça, insculpido no art. 5º, inc. XXXV da CF/1988. Como consequência disso, também há uma certa insegurança jurídica, pois para cada ameaça ou violação de direito, não haverá uma resposta judicial eficiente e eficaz que proteja ou repare a lesão de forma integral. Dessa forma, indiretamente todos os bens jurídicos ameaçados ou violados também não encontrarão resposta estatal na mesma proporção daqueles que têm melhor acesso à internet e às tecnologias.

Considerando o princípio da igualdade insculpido no art. 5º, *caput* da CF e que constituem objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre e justa; o desenvolvimento nacional; a redução das desigualdades; e a erradicação de discriminação (incisos I a IV do art. 3º da CF), necessária seria a implementação do livre e igual acesso à internet e tecnologias a todos na mesma proporção, a fim de que se possa contribuir ao avanço civilizatório. Igualdade esta,

7 Em recente pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2019) acerca do uso de tecnologias no país, verificou-se que em oito de cada dez domicílios havia o uso da internet. Inobstante o alto índice, a pesquisa também revelou que nos domicílios que não utilizavam as motivações foram: (a) falta de interesse em acessar a internet (32,9%); (b) o serviço de acesso à internet era caro (26,2%) e (c) nenhum morador sabia usar a Internet (25,7%). Em 2021 o percentual de uso subiu para 90%. Todavia, há evidente desigualdade de acesso entre as áreas urbanas e rurais, jovens e adultos e, seu uso, dá-se prioritariamente via celular correspondendo a 99,5% dos acessos (Brasil, 2022).

8 De acordo com o Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (CETIC, 2021), cerca de 38% (trinta e oito por cento) dos usuários de internet com idade a partir de 16 (dezesseis) anos solicitaram e conseguiram receber o Auxílio Emergencial instituído pela Lei nº 13.982 (Brasil, 2020a). Contudo, cerca de 20% (vinte por cento) tentou e não recebeu. Chama a atenção o fato de que muitos usuários desta faixa etária não conseguiram sequer baixar ou utilizar o aplicativo disponibilizado pela Caixa Econômica Federal tal benefício pecuniário.

que só ocorrerá se houver harmonização entre os demais princípios fundamentais abarcados pela amplitude da dignidade da pessoa humana.

Ao acessar à Justiça, o jurisdicionado tem o direito fundamental de se manifestar, desde que se identifique (art. 5º, inc. IV), sendo que, se houver identificação civil (RG por exemplo), não se exigirá identificação criminal (como DNA, impressões papilares ou digitais, íris, entre outros elementos biométricos), com exceção das hipóteses da Lei nº 12.037/2009 (art. 5º, inc. LVIII, CF). Todavia, ao se identificar, tem o jurisdicionado o direito de que seus dados sejam salvaguardados devidamente, consoante art. 5º, inc. X da CF e Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD (Brasil, 2018).

Além disso, sabe-se que, via de regra, os atos processuais são públicos, contudo, deve o Poder Judiciário restringir o acesso quando da defesa da intimidade das pessoas, nos termos do art. 5º, inc. LX da CF; art. 26, III da LGPD; 166, § 2º; 189 e seguintes; e 773, parágrafo único, todos do Código de Processo Civil (Brasil, 2015). Nesse tocante, a recente inclusão do inciso LXXIX ao art. 5º da CF mediante a Emenda Constitucional nº 115 de 2022, o qual dispõe que “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais”, indica a hodierna preocupação decorrente das possíveis implicações dos meios digitais.

As tecnologias podem servir para promoção cada vez mais significativa da celeridade processual e da efetividade jurisdicional, concretizando-se direitos e garantias previstos nos arts. 5º, inc. LXXVIII da CF e 4º e 6º do CPC, basilares do princípio da razoável duração do processo para satisfação do direito postulado e pacificação social mediante restabelecimento do *status quo ante* (Cintra; Grinover; Dinamarco, 2015, p. 165), sendo que isso se trata, inclusive, de uma incumbência do magistrado, consoante art. 139, inc. II do CPC (Brasil, 2015).

Todavia, é preciso resguardar o direito aos litigantes, em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, conforme previsto no artigo 5º, LV da CF. A despeito da boa-fé das partes do processo, sabe-se que o poder de polícia realizado pelo juiz<sup>9</sup> não é o mesmo do exercido presencialmente, inobstante toda as habilidades de inquirição e técnicas de informatização que ele possa apresentar.

Veja-se que controlar rigorosamente o cumprimento dos regramentos processuais previstos nos artigos 385, § 2º; 387 e 456 do CPC, por exemplo, torna-se ainda mais complicado em cenários não presenciais, virtuais e no contexto de imersão com ou sem kits especializados, precarizando assim, as garantias constitucionais de cunho processual.

Do ponto de vista prático, a realização de audiências, sessões de julgamento, atendimento ao jurisdicionado e outros atos que correspondem às iniciativas destacadas anteriormente implicam na necessidade de criação de um avatar por cada ator jurídico envolvido que fará com que o Judiciário tenha que se adaptar às novas situações que a realidade apresenta (Reale, 2000, p. 8), tendo em vista que o Direito atua sistematicamente, comunicando-se com outras áreas (Marcílio, 2010, p. 84), trazendo, dessa forma, a necessidade de novas regulamentações. Um exemplo disto, seria a

9 Conforme artigos 139 e 360 do CPC.

regulamentação da criação e uso de avatares, que devem ser vinculados a cada cidadão e sua identificação, sob pena de ter-se tantos cidadãos metaversais quanto forem as criações humanas e não humanas, uma vez que a própria inteligência artificial é capaz de criar indivíduos digitais únicos.

Nesse sentido, a audiência de custódia já comporta uma exceção, haja vista que se destina justamente a constatar a integridade física e psicológica do detento. Ou seja, é imprescindível que o juiz tenha contato direto com a pessoa do preso e não seu avatar, o que logicamente esconde essas características objeto de análise conforme se depreende dos artigos 310 e seguintes do Código de Processo Penal (Brasil, 1941). Evidente, pois, o prejuízo, ante a falta de pessoalidade se sequer as pessoas conseguirão ver os corpos reais uma das outras.

Outra implicação prática obstaculizada pelo uso de avatares, diz respeito à personalidade das pessoas, os estilos, gostos, gêneros, cor de pele, cabelo, olhos, etc., se, por um lado deverão ser respeitados e devidamente representados sem discriminação (art. 3º, inc. IV da CF), por outro, poderão assumir aspecto virtual que nada se assemelha à pessoa que utiliza o avatar. Em audiências de instrução, é extremamente importante que o magistrado consiga analisar o semblante de cada testemunha e partes do processo, de modo a formar seu juízo e convencimento, valorar a prova e se certificar ou não da veracidade das alegações por meio de expressões faciais, gestos, emoções, tendo em vista que a Psicologia já apresentou estudos de que o corpo “fala” (Weil; Tompakow, 2015).

Do ponto de vista dos custos e investimento, sabe-se que, embora os óculos e o headset VR não sejam necessários para se ingressar no metaverso, estes são imprescindíveis caso se queira ter uma experiência imersiva mais realística, ainda que parcialmente, uma vez que ainda não se tem tecnologia a nível comercial que realize a emulação total das pessoas e suas individualidades. Há, ainda, relatos de que o uso de tal aparato pode causar irritações na pele e reações alérgicas (Adolescente [...], 2021), entre outros sintomas (Muraro, 2016). Os melhores óculos do mercado, conforme se verificou anteriormente, custam mais que o dobro da média nacional brasileira de renda *per capita* de 2022 (levando em conta as rendas dos estados e do DF) que foi de R\$ 1.391,33 (um mil, trezentos e noventa e um reais e trinta e três centavos), de acordo com o IBGE (2022), o que é evidentemente díspar e inacessível. Da mesma forma, se implementado e oferecido pelos Tribunais, acarretaria investimento acentuado por parte do Estado sopesando as vantagens de seu uso.

Dessa forma, embora o processo brasileiro seja receptivo aos meios tecnológicos, por força dos dispositivos dos artigos 193, 236, §3º, e 453 e seguintes do CPC, a inserção da tecnologia no processo deve resguardar todos esses meios inerentes ao contraditório e à ampla defesa.

Em todas as experiências sob comento, outra situação que merecerá atenção do ponto de vista jurídico cuja expertise científica terá que sofisticar é a certificação de avatares, a exemplo da preocupação com os compradores de ativos virtuais, o que impulsionará obrigatoriamente a criação de novas tecnologias e regulamentação.

A despeito de se ter notícias acerca das vantagens do metaverso para a tutela jurisdicional tais como, a oferta de um ambiente mais ameno e receptivo, a proximidade com os jovens e com a

realidade social apresentada pela tecnologia e a facilitação de composição de acordos, tais experiências ainda carecem de estudos empíricos quali-quantitativos e científicos. Ademais, vislumbra-se que as dificuldades já conhecidas com o uso de transmissão por webconferência se agravarão. Nesse tocante, inclui-se a dificuldade de manejo pelos idosos e pelos leigos digitais.

Há, por outro lado, a propensão do uso dos avatares para subterfúgio da responsabilidade perante o acesso à justiça, pois se hoje são observadas participações de audiências virtuais em locais inapropriados como no trânsito, sem atenção ou vestes adequadas seja por parte do jurisdicionado, advogados e serventuários da justiça, o uso de um avatar servirá ao propósito de formalizar a participação de um cidadão que poderá estar completamente desconectado do ponto de vista subjetivo, emocional e profissional.

Contudo, não se pode deixar de prospectar que a ampla defesa e o contraditório, garantias fundamentais constitucionais previstas no artigo 5º, LV da CF/1988, podem ser aprimoradas por meio de tecnologias que aperfeiçoem a produção de provas na consecução da justiça. Seria o caso, por exemplo, do uso de plataforma no metaverso capaz de emular a situação fática, viabilizando a experimentação espacial de pessoas, objetos, iluminação, entre outros aspectos sensoriais, dispensando a reconstituição *in locu*. Evidente, pois, que tais provas ensejarão o mesmo investimento e consequências sociojurídicas, já que, a exemplo do que ocorreu com o uso de maquetes 3D no júri da boate Kiss, a legislação ainda precisa ser aprimorada (Brasil, 1988). O acesso a tal tecnologia ainda se limita a cidadãos e empresas com maior capacidade econômica, o que tende a desequilibrar a igualdade entre as partes.

Por todos esses motivos, o entusiasmo com o qual as propostas de inserção do Poder Judiciário em plataforma metaversal exige ampla visão técnica, econômica e jurídica cotejando-se, sobretudo, a concreta efetividade jurisdicional em um país cujas disparidades estruturais são elevadas.

## CONCLUSÃO

O implemento de recursos digitais no campo da socialização virtual assume, nesse momento histórico, contornos técnicos ainda incipientes considerando o que se reconhece como “tendência” e o que se projeta conceitualmente em termos de hibridização “on” e “off-line”. Artefatos como os visores de experiência imersiva ainda não se tornaram populares, seja em razão do seu alto custo, seja porque não oferecem qualidades ergonômicas que favoreçam o uso cotidiano.

É preciso considerar que a totalidade das tecnologias que se aproximam ou mesmo são incorporadas ao conceito de Metaverso, apontam para um cenário indefinido e incerto para a grande maioria dos seus potenciais destinatários. Esforços no sentido de “transportar” ambientes e pessoas para um plano de modelagem tridimensional computadorizada, salvo melhor entendimento, oferece benefícios muitos específicos que alcançam, na atualidade, demandas relacionadas a instrumentalização processual tecno-probatória no campo forense.

O crescente aprimoramento de interfaces de hardware e de software, tende a proporcionar recursos para virtualização digital de estímulos sensoriais cada vez mais precisos, em termos de mimetização do que é percebido como realidade. Portanto, ainda que atualmente o Metaverso seja lançado ao Direito de modo muito rudimentar, assemelhando-se a experiência de videojogos, sem maiores implicações *a priori* para além daquelas já observadas com o emprego da web conferência, é preciso atentar para seus efeitos a médio e longo prazo, especialmente no que se refere a possíveis afrontas aos Direitos e Garantias Constitucionais.

Não obstante o entusiasmo - explicitado por veiculações, propostas, experiências e publicações promovidas essencialmente por empresas ou atores do mercado tecnológico - impulsionados pelo afã de soluções inovadoras para a morosidade do Poder Judiciário brasileiro, a implementação institucionalizada do uso de ferramentas como o Metaverso não pode ser desprovida de críticas teórico-práticas. Igualmente, faz-se necessária regulamentação que coteje aspectos operacionais, econômicos e éticos à luz da Constituição Federal.

O que se percebe é que, em nome da inovação como solução para os problemas do Sistema de Justiça, engendram-se iniciativas que mais atendem ao modismo que propriamente a efetividade. Entende-se que, entre outros fatores, o fascínio decorre da crença moderna (ou pós-moderna) de que o desenvolvimento das tecnologias (em especial as TICs) são dotadas de atributos capazes de lançar a sociedade a uma condição existencial melhor. O que, evidentemente, é uma ingenuidade. Primeiro porque as tecnologias são fatores coadjuvantes ao próprio desenvolvimento social global e não representam necessariamente melhorias. Segundo, porque conforme elucidado na pesquisa, toda redução de complexidade representa inclusão de novas complexidades que reforça a não causalidade entre tecnologia e evolução benéfica.

Ademais, as tecnologias não são neutras, uma vez que integram a estrutura de diversos subsistemas sociais. Podem originar-se no sistema científico, que também não é imparcial, contudo, os resultados lá produzidos são observados e até mesmo apropriados por inúmeros outros quando levados a escalas produtivas, notadamente o da economia. Aliás, é nesse tocante que se vislumbra um novo desafio social, já que sua implementação irrestrita ao setor jurídico, em especial a sua operacionalização processual, com intuito de garantir o acesso à justiça pode promover novas desigualdades de acesso a ela.

Tal perspectiva, todavia, não é uma oposição ao uso da tecnologia pelo Direito. Trata-se, pois, da advertência de que a sua assimilação deve ser filtrada pelos preceitos fundamentais constitucionais e, a partir disso, pelos princípios da eficiência e efetividade.

Assevera-se que, o Metaverso, diferentemente de outras TICs absorvidas pelo Poder Judiciário, teve sua origem no espelho do mundo da vida voltado precipuamente para o lazer e neste contexto tem se aprimorado. Aliás, não obstante as imersões espaciais ao mundo do teatro e da cultura, fato é, que tal tecnologia se encontra deveras precária no que se refere aos gráficos e deta-

lhes de espaço e participação (avatars), haja vista o alto investimento financeiro para versões mais aprimoradas como as presentes em jogos virtuais.

A experiência da comunicação humana em sua plenitude fica comprometida, suscitando ofensa ao contraditório e ampla defesa. Incorporar plataformas complexas, precárias em estética e visualização, dependente de investimentos e inúmeras adaptações de segurança, instrumentais, normativas e capacitação, demonstram exatamente a elucidação sistêmica com a qual a sociedade lida com a tecnologia. Em constante paradoxo, pois para simplificar e sofisticar a entrega da justiça, cria-se invariavelmente mais complexidade para as operações.<sup>10</sup> Então, em uma sociedade altamente volúvel e propensa a “espetaculização” da vida, mas que ao mesmo tempo contempla inúmeras celeumas básicas de existência, que ainda não consegue dar amplo acesso à justiça, altamente litigiosa, que ofende direitos fundamentais, carecem, as Instituições do Sistema de Justiça, de uma reflexão acerca das efetivas necessidades práticas e operacionais de tal ferramental. Logo, as experimentações nesse sentido devem, antes de mais nada, ser diagnosticadas quali-quantitativamente acerca da sua efetividade.

Diante das incertezas que a sociedade contemporânea altamente tecnologizada enfrenta, a teoria da complexidade apresentada por Morin, bem como a perspectiva sistêmica de viés Luhmanniano com a qual se podem observar fenômenos sociais, representam aportes viáveis sob os quais se pode compreender o paradoxo sociojurídico. O paradoxo da inserção da tecnologia no Sistema de Justiça ao nível metaversal exterioriza, sobretudo, que, em uma sociedade altamente complexa e contingente, qualquer escolha que o subsistema eleja visando reduzir as complexidades que a vida social impõe às estruturas organizacionais, sempre implicará em produzir novas e mais sofisticadas demandas internas e externas.

Evidenciou-se, pois, à luz do referencial teórico eleito para a pesquisa, que toda e qualquer tentativa de absorção e incremento da tecnologia pelo Sistema do Direito, notadamente os Tribunais, trarão, indubitavelmente mais demandas tanto para a sua reorganização quanto para os sistemas da Política (legislativo) porquanto serão necessárias novas e mais sofisticadas regulamentações como para o Sistema da Ciência, que será reproduutivamente incitado a novas criações.

É preciso, pois, refletir-se ética e humanisticamente sobre que cidadão a sociedade global abarcará, pois, afinal, implementações tecnológicas sempre representam uma escolha para com o futuro que implica responsabilidade coletiva.

10 Veja-se que o Sistema de Processo Judicial Eletrônico - PJe, implementado pela Resolução nº 185 (CNJ, 2013) carece de sequenciais adequações o que fomentou o surgimento uma complexa e especializada rede de novos órgãos, conselhos e normativas cujo intuito é a sofisticação da operacionalidade e da governança tecnológica do sistema judicial à luz dos princípios da eficiência, efetividade, transparência e economicidade auditados pelo Tribunal de Contas da União (TCU) a exemplo do emblemático acórdão nº 1.534 (Brasil, 2019).

## REFERÊNCIAS

A HISTÓRIA da Microsoft ,1985. Redmond: Microsoft, 2009. 1 vídeo (9 min). Publicado pelo canal Microsoft. Disponível em: <https://learn.microsoft.com/pt-br/shows/history/history-of-microsoft-1985>. Acesso em: 27 abr. 2023.

ADOLESCENTE tem ‘reação alérgica’ após usar óculos de realidade virtual. IstoÉ, São Paulo, dez. 2021. Disponível em: <https://istoe.com.br/adolescente-tem-reacao-alergica-apos-usar-oculos-de-realidade-virtual/>. Acesso em: 25 abr. 2023.

AMAZONAS. Tribunal de Justiça. **TJAM acompanha simulação de audiência judicial em ambiente do metaverso**. Manaus: TJ, dez. 2022. Disponível em: <https://www.tjam.jus.br/index.php/menu/sala-de-imprensa/7682-tjam-acompanha-simulacao-de-audiencia-judicial-em-ambiente-do-metaverso>. Acesso em: 7 abr. 2023.

ANDERSON, Janna; RAINIE, Lee. **The metaverse in 2040**. Washington: Pew Research Center, 2022. Disponível em: [https://www.pewresearch.org/internet/wp-content/uploads/sites/9/2022/06/PI\\_2022.06.30\\_Metaverse-Predictions\\_FINAL.pdf](https://www.pewresearch.org/internet/wp-content/uploads/sites/9/2022/06/PI_2022.06.30_Metaverse-Predictions_FINAL.pdf). Acesso em: 8 abr. 2023.

AZEVEDO, Bernardo. Vara do trabalho de colíder lança projeto pioneiro no metaverso. Porto Alegre, 9 maio 2022. Disponível em: <https://bernardodeazevedo.com/conteudos/vara-do-trabalho-de-colider-lanca-projeto-pioneiro-no-metaverso/>. Acesso em: 7 abr. 2023.

BERTALANFFY, Ludwig Von. **Teoria geral dos sistemas**: fundamentos, desenvolvimento e aplicações. 6. ed. Tradução Francisco M. Guimarães. Petrópolis: Vozes, 2012.

BLUM, Kelly; LODOLCE, Matt. Gartner marketing survey finds 35% of consumers have never heard of the metaverse. Gartner, Stamford, fev. 2022. Disponível em: <https://www.gartner.com/en/newsroom/press-releases/gartner-marketing-survey-finds-35--of-consumers-have-never-heard>. Acesso em: 7 abr. 2023.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1534 3 de julho de 2019**. TC 008.903/2018-2 Auditoria para avaliar a implementação e o funcionamento da informatização dos processos judiciais, em especial o Processo Judicial Eletrônico e sua contribuição na desburocratização do Poder Judiciário, as estruturas de governança, os ganhos de eficiência, bem como duplicidades, sobreposições e/ou fragmentações. Relator: Raimundo Carreiro, 3 de julho de 2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2348858%22>. Acesso em: 25 abr. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Emendas constitucionais. Brasília, DF: Presidência da República, 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: 10 abr. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de processo penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 24 abr. 2023.

**BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de processo civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 25 abr. 2023.

**BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei geral de proteção de dados pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm). Acesso em: 25 abr. 2023.

**BRASIL. Lei nº 13.982 de 2 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. Brasília, DF: Presidência da República, 2020a. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l13982.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13982.htm). Acesso em: 5 abr. 2023.

**BRASIL. Projeto de Lei nº 1153 de 2023.** Dispõe sobre normas gerais para a pesquisa, o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial - IA, e seu uso consciente e ético no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarIntegra?codteor=2243580](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=2243580). Acesso em: 5 abr. 2023.

**BRASIL. Projeto de Lei nº 21 de 2020.** Estabelece fundamentos, princípios e diretrizes para o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial no Brasil; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2020b. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9063365>. Acesso em: 5 de abr. 2023.

**BRASIL. Projeto de Lei nº 5051 de 2019.** Estabelece os princípios para o uso da Inteligência Artificial no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8009064>. Acesso em: 5 abr. 2023.

**BRASIL. Projeto de Lei nº 872 de 2021.** Dispõe sobre o uso da Inteligência Artificial. Brasília, DF: Presidência da República, 2021a. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8940096>. Acesso em: 5 abr. 2023.

**BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Projeto Victor avança em pesquisa e desenvolvimento para identificação dos temas de repercussão geral.** Brasília, DF: STF, 2021b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=471331>. Acesso em: 4 abr. 2023.

**BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF desenvolve inteligência artificial aplicada à agenda 2030 da ONU.** Brasília, DF: STF, 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=486889>. Acesso em: 4 abr. 2023.

**CEEK. Always the best seat in your house:** explore, share and live the moment in VR. Miami Beach: CEEK VR INC, [2023]. Disponível em: <https://www.ceekvr.com/>. Acesso em: 7 abr. 2023.

CETIC - CENTRO REGIONAL DE ESTUDOS PARA O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO. **Painel tic covid-19**: tabelas v1.0. São Paulo: CETIC, 2021. Disponível em: <https://cetic.br/pt/arquivos/tic-covid-19/painel-covid-19/2-edicao/#tabelas>. Acesso em: 17 mar. 2023.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. 478 p.

CNJ- . CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 185 de 18 de dezembro de 2013**. Institui o sistema processo judicial eletrônico - PJe como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais e estabelece os parâmetros para sua implementação e funcionamento. Brasília, DF: CNJ, 2013. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1933>. Acesso em: 25 abr. 2023.

DECENT WORLD. Explore o metaverso em 3d. Zugo, [2023]. Disponível em: <https://decen-twORLD.com/>. Acesso em: 7 abr. 2023.

DECENTRALAND Create, explore and trade in the first-ever virtual world owned by its users. [S.l.], 2023. Disponível em: <https://decentraland.org/>. Acesso em: 7 abr. 2023.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

FGV - FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Inteligência artificial**: tecnologia aplicada à gestão dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário Brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2022. Disponível em: [https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/relatorio\\_ia\\_2fase.pdf](https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/relatorio_ia_2fase.pdf). Acesso em: 4 abr. 2023.

FOERSTER, Heinz Von. **Understanding undesrstanding**: essays on cybernetic and cognition. New York: Springer, 2003.

GARTNER predicts 25% of people will spend at least one hour per day in the metaverse by 2026. Stamford: Gartner, 7 feb. 2022. Disponível em: <https://www.gartner.com/en/newsroom/press-releases/2022-02-07-gartner-predicts-25-percent-of-people-will-spend-at-least-one-hour-per-day-in-the-metaverse-by-2026>. Acesso em: 7 abr. 2023.

HOSCH, William L. Ivan Sutherland: American electrical engineer and computer scientist. In: BRITANNICA. Chicago, 2023. Disponível em: <https://history-computer.com/ivan-sutherland-complete-biography/>. Acesso em: 16 fev. 2023.

IBGE. **Rendimento domiciliar per capita 2022**. Rio de Janeiro: IBGE, 2022. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2023/04/ibge-renda-per-capita-brasil-20abr2023.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2023.

IBGE. **Tecnologia da informação e comunicação**: TI.: Rio de Janeiro: IBGE, 2019. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/materias-especiais/20787-uso-de-internet-television-e-celular-no-brasil.html>. Acesso em: 16 mar. 2023.

JJ1 - Justiça Federal na Paraíba realiza a primeira audiência no Brasil no metaverso. Brasília, Tv Justiça, 2022. 1 vídeo (48 segs). Publicado pelo canal Rádio e Tv Justiça. Disponível em: <https://youtu.be/8fgHBhWnv3M>. Acesso em: 8 abr. 2023.

JORNAL NACIONAL. Justiça do trabalho em Mato Grosso inaugura ambiente totalmente digital. **G1**, São Paulo, 9 maio 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2022/05/09/justica-do-trabalho-em-mato-grosso-inaugura-ambiente-totalmente-digital.ghtml>. Acesso em: 5 mar. 2023.

JUNQUILHO, Tainá Aguiar. Resolução on-line de conflitos: limites, eficácia e panorama de aplicação no Brasil. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (org.). **Inteligência artificial e direito processual**: os impactos da virada tecnológica no direito processual. Salvador: JusPodivm. 2020. p. 185-196.

KOSTENKO, Oleksii; FURASHEV, Vladimir; ZHURAVLOV, Dmytro; DNIPROV, Oleksii. Genesis of legal regulation web and the model of the electronic jurisdiction of the metaverse. **Bratislava Law Review**, Slovakia, v. 6, n. 6, p. 21-36, 2022. Disponível em: <https://blr.flaw.uniba.sk/index.php/BLR/article/view/316/225>. Acesso em: 25 abr. 2023.

LANIER, Jaron. Virtually there: three-dimensional tele-immersion may eventually bring the world to your desk. **Scientific American**, New York, v. 284, n. 4, p. 66-75, 2001. Disponível em: <https://www.scientificamerican.com/article/virtually-there/>. Acesso em: 16 fev. 2023.

LEVY, Pierre. **O que é o virtual?**. São Paulo: Ed. 34, 1996.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. 2. ed. Tradução Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2010.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Ciberciudadaní@ o ciudadaní@.com?** Barcelona: Gedisa, 2003.

MARCÍLIO, Carlos Flávio Venâncio. Teoria da Inconstitucionalidade das Leis. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 18, n. 73, p. 84–101, out./dez. 2010.

MARTINS, Patrícia Helena Marta; FONSECA, Victor Cabral; LANFRANQUI, Júlia Aragão. A evolução do metaverso na sociedade: principais desafios jurídicos. In: SEREC, Fernando Eduardo. (coord.). **Metaverso: aspectos jurídicos**. São Paulo: Almedina, 2022. p. 35-53.

MEDEIROS, Ângelo. PJSC institui oficialmente o Judlab para aprimorar atividades da Justiça catarinense. **Judlab Notícias**, Florianópolis, 13 ago. 2020. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/pjsc-institui-oficialmente-o-judlab-para-aprimorar-atividades-da-justica-catarinense?>. Acesso em: 4 abr. 2023.

MEIRA, Silvio. Definindo o metaverso. **Silvio Meira Blog**, Recife, 3 abr. 2022. Disponível em: <https://silvio.meira.com/silvio/definindo-o-metaverso/>. Acesso em: 6 abr. 2023.

META horizon worlds. Menlo Park: META, 2023. 1 jogo eletrônico. Disponível em: <https://www.meta.com/horizon-worlds/>. Acesso em: 7 abr. 2023.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo.** 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.

MORIN, Edgar. **Ciência com consciência.** 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

MURARO, Cauê. Quais contraindicações e indicações para uso de realidade virtual?. **G1**, São Paulo, ago. 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/08/quais-contraindicacoes-e-indicacoes-para-uso-de-realidade-virtual.html>. Acesso em: 25 abr. 2023.

MYSTAKIDIS, Stylianos. Metaverse. **Encyclopedia**, Basel, v. 2, n. 1, p. 486-497, 2022. DOI: <https://doi.org/10.3390/encyclopedia2010031>

O QUE é, afinal, o second life?. **IHU Online**, São Paulo, ed. 226, 2 jul. 2007. Disponível em: <https://www.ihuonline.unisinos.br/artigo/1091-o-que-e-o-second-life>. Acesso em: 5 mar. 2023.

OAB - ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SÃO PAULO. **E-5.842/2022**. Exercício da advocacia Escritórios montados em ambientes virtuais Metaverso(s) Sigilo profissional e inviolabilidade do escritório Pessoalidade Parâmetros éticos Publicidade Litude Captação de cliente-la Cautelas. São Paulo: OAB, 2022. Disponível em: <https://www.oabsp.org.br/tribunal-de-etica-e-disciplina/ementario/2022/e-5-842-2022-1>. Acesso em: 7 abr. 2023.

OLIVEIRA, Alfredo Gontijo; FUX, Jacques; RAVETTI, Martin Gomez; MILAGRES, Gisele; SIMÕES, Thais; FRANCA-HUCHET, Patricia; FERRER, Ricardo. **Cenários das ciências e tecnologias no Brasil**. Belo Horizonte: FUNDEP, 2022. Disponível em: <https://cenariosdasciencias.fundep.ufmg.br/>. Acesso em: 7 abr. 2023.

PARSONS, Talcott. **O sistema das sociedades modernas**. Tradução Dante Moreira Leite São Paulo: Pioneira, 1974.

PERNAMBUKO. Tribunal Regional Federal. Justiça Federal na Paraíba realiza primeira audiência real do Brasil no Metaverso. **Portal TRF5**, Recife, 13 set. 2022. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br/index.php/noticias/leitura-de-noticias?id=324393>. Acesso em: 7 abr. 2023.

REALE, Miguel. **Teoria do direito e do Estado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROBLOX. 2023. Disponível em: <https://www.roblox.com/create>. Acesso em: 7 abr. 2023.

SECOND LIFE. **Explore, discover, create**. San Francisco: Linden Research, [2023]. Disponível em: <https://secondlife.com/>. Acesso em: 7 abr. 2023.

SPATIAL. Explore Immersive Spaces. [2023]. Disponível em: <https://www.spatial.io/>. Acesso em: 7 abr. 2023.

STEPHENSON, Neal. **Snow crash**. Tradução Fábio Fernandes. São Paulo: Aleph 2022.

THE ENTERPRISE metaverse is here. Virbela, [S.I.], [2023]. Disponível em: <https://www.virbela.com/>. Acesso em: 7 abr. 2023.

TRATAMENTO com realidade virtual reduz fobia social. **Jornal da USP**, São Paulo, ago. 2018. Disponível em: <https://jornal.usp.br/?p=190149>. Acesso em: 5 mar. 2023.

VALÉRY, Paul. **Introdução ao método de Leonardo da Vinci**.: São Paulo: Editora 34, 1998.

VENINO, Eddy. Altspace VR: microsoft encerra rede social de realidade virtual comprada em 2017. **Mundo Conectado**, Florianópolis, 21 jan. 2023. Disponível em: <https://mundoconectado.com.br/noticias/v/31009/altspace-vr-microsoft-encerra-rede-social-de-realidade-virtual-comprada-em-2017>. Acesso em: 7 abr. 2023.

VIEW 3D Studio. **[Conheça as soluções de animação forense desenvolvidas pela nossa equipe de especialistas em inteligência visual]**. Curitiba: VIEW 3D Studio, 2023. Disponível em: <https://view3dstudio.com.br/>. Acesso em: 7 abr. 2023.

WANG, Yuntao; SU, Zhou; ZHANG, Ning; XING, Rui; LIU, Dongxiao; LUAN, Tom H.; SHEN, Xuemin. A survey on Metaverse: fundamentals, security, and privacy. **IEEE Communications Surveys & Tutorials**, Piscataway, v. 25, n. 1, set. p. 319-352, 2022. DOI: <https://doi.org/10.1109/COMST.2022.3202047>

WEIL, Pierre; TOMPAKOW, Roland. **O corpo fala**: a linguagem silenciosa da comunicação não verbal. 74. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

Recebido em: 28/04/2023

Aceito em: 20/03/2024

## O TRÁFICO E A SEGURANÇA DO ESPAÇO AÉREO: A LEI DO ABATE BRASILEIRA À LUZ DA CONVENÇÃO DE CHICAGO DE 1944

### AIR TRAFFICKING AND AIRSPACE SECURITY: THE BRAZILIAN SHOOT-DOWN LAW IN LIGHT OF THE 1944 CHICAGO CONVENTION

Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff\*

Tiago Amadeu Borges Diniz\*\*

\*Doutora em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), com período sanduíche junto à University of Ottawa (Canadá). Mestre em Direito Público pela UNISINOS, com fomento CAPES e período de estudos junto à University of Toronto (Canadá), com fomento DFAIT. Pós-graduada em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra, Relações Internacionais pela UFRGS/PPGEEI, em Direito Internacional pela UFRGS/PPGD e em Língua Inglesa pela Unilasalle. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU/MG), onde também atua como professora adjunta da graduação nas disciplinas de Direito Internacional. Professora do Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM/RS). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9912-9047>

\*\*Graduando em Relações Internacionais da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Bolsista do Programa de Formação para Internacionalização (ProInt). Membro do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito Internacional (GEPDI-UFG), onde participou do Núcleo de Moot Courts. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0734-2807>

**Como citar:** SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso; DINIZ, Tiago Amadeus Borges. O tráfico e a segurança do espaço aéreo: a Lei do Abate brasileira à luz da Convenção de Chicago de 1944. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 19, n. 2, p. 246-264, jul. 2024. DOI: 10.5433/1980-511X.2024.v19.n2.p246-264. ISSN: 1980-551X.

**Resumo:** Este texto busca analisar a Lei do Abate de Aviões brasileira, aprovada apenas em 2004, em face dos termos estabelecidos pela Convenção de Chicago de 1944, responsável por definir as normas relativas à aviação civil internacional. Pontualmente, enfatiza-se a análise do artigo 3 bis, anexado à Convenção em 1984, como texto norteador da relação entre Estados e o uso da força contra aeronaves civis, que, em teoria, proibiria a derrubada de aviões. Justifica-se o presente estudo no crescente uso dessa prática para a defesa da soberania nacional. Ao final, o texto destaca a conformidade da Lei Brasileira em relação à Convenção e à prática dos Estados sobre o tema. Por fim, quanto à estrutura e os aspectos metodológicos, utiliza-se o método dedutivo de abordagem e o descriptivo-explicativo de análise, apresentando inicialmente de que forma o Brasil regula o seu procedimento interno para interceptar e abater aeronaves suspeitas e, num segundo momento, as regras que emanam do Direito Internacional e a prática dos Estados sobre o tema, ponderando, ao cabo, sobre a sua (in)compatibilidade. Deste modo, ampara-se nos procedimentos bibliográfico e, sobretudo, documental de pesquisa.

**Palavras-chave:** lei do abate de aviões brasileira; uso da força; convenção de Chicago; tráfico de drogas; artigo 3 bis.

**Abstract:** This text seeks to analyze the Brazilian Aircraft Shoot-Down Law, passed only in 2004, in view of the terms established by the Chicago Convention of 1944, responsible for defining the rules related to international civil aviation. Specifically, emphasis is placed on the analysis of Article 3 bis, annexed to the Convention in 1984, as the guiding text of the relationship between States and the use of force against civil aircraft, which, in theory, would prohibit the shooting down of aircraft. The present study is justified by the growing use of this practice for the defense of national sovereignty. At the end, the text highlights the conformity of Brazilian Law in relation to the Convention and the practice of the States on the subject. And regarding the structure and methodological aspects, the deductive method of approach and the descriptive-explanatory method of analysis are used, initially presenting how Brazil regulates its internal procedure to intercept and shoot down suspicious aircraft

and, in a second moment, the rules emanating from International Law and the practice of States on the subject, pondering, in the end, on their (in)compatibility. In this way, the study is based on the bibliographic and, above all, documental research procedures.

**Keywords:** brazilian aircraft shoot-down law; use of force; Chicago convention; drug trafficking; article 3 bis.

## INTRODUÇÃO

Desde a expansão da aviação civil na segunda metade do século XX, o abate de aeronaves de passageiros se tornou um tema de debate no Direito Internacional. São numerosos os casos de abates por engano, como o voo PS752 da *Ukraine International Airlines* em 2020 ou o controverso caso do voo MH17 da *Malaysia Airlines* em 2014. Mais ainda, o próprio processo de interceptação que leva ao abate deve ser alvo de investigação notando, por exemplo, os acontecimentos com o avião do ex-Presidente boliviano Evo Morales em 2013 e o incidente de 2021 com o voo 4978 da *Ryanair*, que transportava o jornalista e ativista da oposição do governo da Bielorrússia, Raman Pratasevich.

Todavia, um questionamento que emerge é justamente se existe um regulamento internacional que prescreva sobre o tema. De fato, dever-se ia olhar para a Convenção da Aviação Civil Internacional feita em Chicago de 1944, mas, originalmente, esta não prescrevia nenhuma regra sobre o tema.

Isso apenas foi alterado quando da entrada em vigor em 1998 do Protocolo de Montreal de 1984 - no Brasil, desde 1999 - relativo à inclusão do artigo 3 bis à citada Convenção de Chicago. Tal dispositivo, somado às decisões proferidas no âmbito do Conselho da Organização da Aviação Civil Internacional (OACI), age no sentido de coibir a utilização de armas contra aviões civis; apesar disso, ele possui uma redação ambígua e pouco afirmativa, o que gera uma série de dúvidas quanto a sua real implementação por parte dos Estados Membros.

No Brasil, o tema é regulado pela Lei Federal n. 9.614 que foi sancionada em 1998, após três anos de intensos debates no Congresso. Esta possibilita o abate de aeronaves civis no caso de esgotamento dos meios coercitivos existentes. Mais especificamente, restou estabelecido no texto legal que quando uma aeronave suspeita adentrar o território brasileiro e não responder aos comandos para que sejam feitos o seu pouso e a subsequente averiguação do avião, poderá a autoridade aeronáutica responsável pela interceptação, ao seu critério, realizar medidas para forçar o pouso do avião.

Entretanto, essa regra ainda estava pendente de regulamentação. Isso só veio a acontecer no ano de 2004, a partir da aprovação do Decreto n. 5.144, que se passou a permitir, de fato, a “medida de destruição” de aeronave para impedir o prosseguimento do voo, observando-se, todavia, a prevenção da perda de vidas inocentes em ar ou em terra. Para fins introdutórios, outrossim, importante atentar para o fato de, na sua norma doméstica, o Brasil claramente refere-se à utilização da força contra aeronaves declaradas infratoras ou “hostis”.

Nesse escopo, questiona-se se a legislação brasileira estaria de acordo com o artigo 3 bis do Protocolo de Montreal à Convenção de Chicago. Afinal, por diversos motivos, em especial no tocante ao combate ao tráfico de drogas no Brasil, a interceptação e derrubada de aeronaves civis seguem acontecendo mesmo com a existência do citado artigo.

Assim sendo, através do presente estudo, visa-se debater a compatibilização entre tais regulamentos, considerando, em especial, as formas em que a ambiguidade e sutileza da norma internacional

poderia abrir brechas para que se estabeleça normas internas que permitam o abate domesticamente. À vista disso, na medida em que se utiliza do método dedutivo de abordagem e descriptivo-explicativo de análise, busca-se inicialmente apresentar de que forma o Brasil regula o seu procedimento interno para interceptar e abater aeronaves suspeitas e, num segundo momento, as regras que emanam do Direito Internacional e a prática dos Estados sobre o tema, ponderando, ao cabo, sobre a sua (in)compatibilidade.

Deste modo, amparando-se nos procedimentos bibliográfico e, sobretudo, documental de pesquisa, serão explorados o Código Brasileiro de Aeronáutica, a Lei do Abate e o seu regulamento, a Convenção de Chicago de 1944 e o seu Protocolo de 1984, de modo que se pretende não apenas descrever a situação normativa brasileira diante do Direito Internacional, como também explorar a possibilidade de abater-se aeronaves civis no país à luz da prática internacional e dos regramentos externos que ele ratificara.

## 1 A INTRODUÇÃO DO ABATE DE AERONAVES NO BRASIL E AS DISCUSSÕES EM TORNO DA SUA UTILIZAÇÃO E LEGALIDADE

O espaço aéreo de um Estado corresponde ao espaço sobrejacente em relação à superfície terrestre ou hídrica, até o limite da camada atmosférica. É de responsabilidade do Estado, portanto, o exercício exclusivo da soberania sobre o espaço aéreo acima do seu território, o que inclui o mar territorial, cuja extensão chega a 12 milhas náuticas (Brasil, 1986; 1993, Rezek, 2011).

Isso significa que o Brasil, por exemplo, aplicará as suas leis neste espaço a quaisquer aeronaves que ali circularem, com a exceção de aviões militares de outros Estados, aos quais sempre serão aplicadas a lei do seu país de origem, haja vista a extensão fictícia do território de tais países às suas aeronaves públicas.<sup>1</sup> Contudo, caso às aeronaves civis estejam em espaço aéreo internacional (ou seja, situado na faixa de ar acima do Alto Mar), a lei aplicável será a do local de matrícula da aeronave, na medida em que todo avião, por determinação da Organização da Aviação Civil Internacional (OACI), deve possuir uma nacionalidade (Coelho Junior, 2012).

Ato contínuo, destaca-se que cabe ao Brasil, ainda, deter aeronaves em voo ou em solo brasileiro quando identificado um flagrante desrespeito das normas domésticas, as quais colocam em risco a segurança do espaço de navegação aérea, a ordem pública e a paz interna ou externa. Trata-se de um tema central quando se refere ao combate ao tráfico de drogas na América do Sul, o qual não é exclusivo do Brasil<sup>2</sup> (Batista; Fantacelle, 2016, p. 52-53; Bolívia, 2014; Brasil, 1986).

As suas origens estão nas crescentes ações transnacionais cooperativas contra essa prática ilícita, especialmente a partir da década de 1980, que instigaram alguns países a criarem medidas

1 Deriva da Convenção de Direito Internacional Privado de Havana de 1929 e dispõe que as relações de trabalho da tripulação de navios regem-se pelas leis do local da matrícula da embarcação, ou seja, pela lei do pavilhão.

2 Atualmente, Bolívia, Brasil, Colômbia e Peru, por exemplo, mantêm leis que autorizam a utilização da força contra aeronaves civis que estejam em desacordo com as normas domésticas.

legais para mitigar – ou mesmo impedir – o uso de aeronaves como meio de transporte de ilícitos entre fronteiras. Inclusive, esta foi a justificativa oficial para a proposição da Lei do Abate brasileira, assinada pelos então ministros Nelson Jobim, da Justiça, e Mauro José Miranda Gandra, da Aeronáutica, em 1995. Mais explicitamente, a nova lei sancionada em 1998 por meio da Lei Federal n. 9.614 tinha como embasamento a tentativa de impedir o uso de aeronaves enquanto meio para a prática de atos hostis ou atentatórios contra a segurança nacional, especialmente na região da Floresta Amazônica<sup>3</sup> (Brasil, 1998; Coelho Junior, 2012; Feitosa; Pinheiro, 2012).

O projeto buscou respaldo em normas internacionais e no direito de exercer a soberania sob o espaço aéreo sobrejacente ao território do Estado, bem como sob suas respectivas áreas marítimas. E uma das ações soberanas do Estado seria justamente a possibilidade de deter ou derrubar aviões suspeitos dentro de seus limites territoriais, tendo sido essa questão incluída no Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA).

Assim, passou a ser previsto no artigo 303 do referido Código a possibilidade de detenção de aeronaves por autoridades aeronáuticas, fazendárias ou da Polícia Federal quando forem constatadas as seguintes ocorrências:

- I - se voar no espaço aéreo brasileiro com infração das convenções ou atos internacionais, ou das autorizações para tal fim;
- II - se, entrando no espaço aéreo brasileiro, desrespeitar a obrigatoriedade de pouso em aeroporto internacional;
- III - para exame dos certificados e outros documentos indispensáveis;
- IV - para verificação de sua carga no caso de restrição legal (artigo 21) ou de porte proibido de equipamento (parágrafo único do artigo 21);
- V - para averiguação de ilícito (Brasil, 1986).

Para além disso, o artigo 303 do CBA, alterado pela Lei do Abate (isto é, a Lei Federal n. 9.614/98), previu a competência da autoridade aeronáutica responsável aplicar os meios que julgar necessários para que seja realizado o pouso da aeronave de forma segura (Brasil, 1986).

No ponto, com o esgotamento dos métodos coercitivos impostos pelo agente público para forçar o pouso do avião suspeito, este passa a ser considerado “hostil”, de modo que restaria autorizado o abate por parte das autoridades brasileiras competentes para autorizar o ato (no caso, a Presidência da República ou a pessoa delegada) (Dissenha; Quintas, 2017, p. 102).<sup>4</sup>

No que tange os métodos, ao todo, contabiliza-se nove medidas a serem adotadas pela autoridade aeronáutica responsável de forma que, apenas quando os oito procedimentos iniciais forem desrespeitados, é que a aeronave será efetivamente considerada “hostil”, possibilitando-se, desta

3 O projeto, desta forma, era parte um conjunto de medidas pensadas à época para ampliar a capacidade de acompanhar, vigiar e agir sobre esta região, incluindo a redistribuição de efetivos, a modernização de equipamento, a criação de novas unidades de vigilância e a ênfase no treinamento de forças especiais.

4 Idem, art 303§2. Importante destacar que esse ato foi delegado em 2014, a partir do Decreto n. 8.6265 de 11 de junho, para o Comandante da Aeronáutica, em virtude das adequações legislativas impostas para que o país recebesse os megaeventos de 2014 (Copa do Mundo de Futebol) e 2016 (Olimpíadas).

forma, o abate. Ao mesmo tempo, a lei também prescreve que no caso do cometimento de excesso por parte do agente público quanto aos meios coercitivos apontados/utilizados para que o suspeito faça o pouso da aeronave, este poderá responder por seus atos.

Outrossim, para que se efetivem as medidas dispostas no CBA, faz-se necessário o conhecimento do documento que regulamenta o procedimento de abate no Brasil. Trata-se do Decreto n. 5.144/04, o qual regulamenta os parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 303 do CBA, cuja adoção apenas aconteceu - registra-se – apenas seis anos após as modificações inseridas pela Lei do Abate no Código em apreço.

Esse Decreto determina que uma aeronave deve ser considerada suspeita em seu artigo segundo, *in verbis*:

Art. 2º Para fins deste Decreto, é considerada aeronave suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins aquela que se enquadre em uma das seguintes situações:

I - adentrar o território nacional, sem Plano de Vôo aprovado, oriunda de regiões reconhecidamente fontes de produção ou distribuição de drogas ilícitas; ou

II - omitir aos órgãos de controle de tráfego aéreo informações necessárias à sua identificação, ou não cumprir determinações destes mesmos órgãos, se estiver cumprindo rota presumivelmente utilizada para distribuição de drogas ilícitas (Brasil, 2004).

Verifica-se a partir da leitura do dispositivo acima, portanto, que a Lei do Abate, devidamente regulamentada, abrange essencialmente aeronaves suspeitas de tráfico internacional de drogas, sendo esta uma particularidade do Brasil e da América Latina, haja vista que em outros países leis similares existem para fins de coibir atos terroristas (Batista; Fantacelle, 2016).

Ademais, percebe-se que, uma vez enquadrada nas situações elencadas, a aeronave passa a estar sujeita a adoção das medidas coercitivas voltadas a realização de pouso em local determinado e a posterior detenção da aeronave – esta, de acordo com o previsto no parágrafo 1º do artigo 303 do CBA. À vista disto, aquelas aeronaves suspeitas de tráfico de drogas as quais não atenderem aos procedimentos coercitivos estipulados pela autoridade aeronáutica responsável, serão classificadas enquanto “hostis” e, por consequência, estarão sujeitas ao abate (Brasil, 2004).

Por definição do decreto nº 5.144, de 16 de julho de 2004, o abate consiste no “disparo de tiros, feitos pela aeronave de interceptação, com a finalidade de provocar danos e impedir o prosseguimento do voo da aeronave hostil” e deve obedecer aos termos contidos no artigo 6 do Decreto regulamentador:

I - emprego dos meios sob controle operacional do Comando de Defesa Aeroespacial Brasileiro - COMDABRA;

I - emprego dos meios sob controle operacional do Comando de Operações Aeroespaciais do Comando da Aeronáutica;

II - registro em gravação das comunicações ou imagens da aplicação dos procedimentos;

III - execução por pilotos e controladores de Defesa Aérea qualificados, segundo os padrões estabelecidos pelo COMDABRA;

III - execução por pilotos e controladores de defesa aérea qualificados segundo os padrões estabelecidos pelo Comando de Operações Aeroespaciais do Comando da Aeronáutica;

IV - execução sobre áreas não densamente povoadas e relacionadas com rotas presumivelmente utilizadas para o tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins; e

V - autorização do Presidente da República ou da autoridade por ele delegada (Brasil, 2004).

A Lei, entretanto, foi questionada por alguns no que tange a sua constitucionalidade, pontualmente em face do que prevê o artigo 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988, quanto ao direito à vida, e o artigo 292 do CBA, quanto ao direito de ampla defesa e o devido processo legal (também constitucional, como prescreve o artigo 5º, inciso LVII), de forma que a Lei do Abate poderia ensejar a aplicação da pena de morte de modo sumário no Brasil (Coelho Junior, 2012; Gomes, 2009; Pedro, 2006)<sup>5</sup>.

Em resposta a esses argumentos, o legislador tentou justificar o uso do abate de aeronaves na existência de um rito para o seu uso, determinado pelo Decreto 5.144/04, e na realização de um controle permanente do território brasileiro, mais especificamente da Amazônia brasileira, na tentativa de reduzir potenciais ameaças à soberania nacional e a integridade territorial do Estado. Ademais, apresentou argumentos de que o Brasil faria parte do corredor de exportação de drogas para a Europa e para a África, além de possuir um elevado mercado consumidor. Dessa forma, justificar-se-ia a adoção pelo país de normas mais restritivas e agressivas como o abate de aeronaves, tal como outros Estados da região igualmente operavam, com o intuito de conter o narcotráfico (Coelho Junior, 2012; Feitosa; Pinheiro, 2012; Geiß, 2005).

No ponto, interessante também recordar que mesmo antes da adoção do referido regulamento, em 2003, o Brasil tentou articular com os países da região amazônica (Colômbia e Peru) uma uniformização do abate de aeronaves nacionais ou estrangeiras suspeitas de tráfico de drogas, uma vez que ambos já possuíam medidas internas para o tema. Esse plano de uniformização pretendia, inclusive, expandir-se para outros países, como a Bolívia e a Venezuela para se criar um “sistema interativo de controle” (Batista; Fantacelle, 2016, p. 53).<sup>6</sup> Apesar disso, o movimento regional não foi concretizado em função da Colômbia, principal origem da cocaína na região, ter costurado um acordo bilateral com os Estados Unidos, excluindo da possibilidade de abate as aeronaves de

<sup>5</sup> Queiroz (2005) vai além, tecendo ainda a violação das seguintes regras constitucionais: “[...] d) proibição de juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII) [...] f) prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II); g) defesa da paz (art. 4º, VI); h) solução pacífica dos conflitos (art. 4º, VII); i) repúdio ao terrorismo (art. 4º, VII); j) legalidade; l) proporcionalidade; m) inviolabilidade da propriedade (art. 5º, caput)”.

<sup>6</sup> Para questões relativas às cooperações bilaterais e plurilaterais sobre o tema desenvolvidas na América Latina desde então, cf. Dunkelberg (2017).

bandeira estadunidense ou que utilizassem peças de fabricação do país (Batista; Fantacelle, 2016; Feitosa; Pinheiro, 2012)<sup>7</sup>.

De toda sorte, a legislação doméstica foi aprovada no país, passando a permitir e regulamentar o abate de aviões. Outrossim, parte da doutrina não se mostrou convencida. Em suma, as críticas centravam-se nas medidas previstas na Lei, as quais seriam o resultado de uma afirmação de modelo de guerra às drogas pautada na noção de que os grupos de narcotraficantes representem uma grave ameaça à segurança nacional. Para essa parte da doutrina, o uso de ação militar não seria justificado, indicando a necessidade de haver, por exemplo, um procedimento judicial autorizando-o, dadas as implicações que a derrubada de avião poderia ensejar.<sup>8</sup> Desta feita, acrescentam esses autores que o abate apresentaria uma natureza essencialmente bélica – e não de combate ao crime organizado de fato, gerando implicações consideráveis para o enquadramento da então nova lei numa análise constitucional<sup>9</sup> ou, quiçá, no campo do Direito Internacional (Batista; Fantacelle, 2016).

Acerca deste, pontualmente, dever-se-ia considerar a proibição do abate de aviões em voo estipulada pelo artigo 3 bis inserido pelo Protocolo de Montreal de 1984 à Convenção de Chicago sobre a Aviação Civil Internacional de 1944, lido em consonância ao artigo 1 do CBA, que dispõe que “o Direito Aeronáutico é regulado pelos Tratados, Convenções e Atos Internacionais de que o Brasil seja parte”. Essas consequências relativas ao choque entre o direito doméstico e internacional que, aliás, será objeto de análise na próxima seção, buscando ponderar sobre uma eventual (in)compatibilidade entre a Lei Brasileira em relação à Convenção e à prática dos Estados sobre o tema (Coelho Junior, 2012; Brasil, 1986).

## 2 O USO DA FORÇA CONTRA AERONAVES CIVIS À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL

No âmbito do Direito Internacional, o principal documento que se debruça a regular a aviação civil internacional é a Convenção de Chicago de 1944, que substituirá Convenção de Paris de 1919, composta por três tratados e 12 anexos. Em seu artigo 3, a Convenção de Chicago é clara ao determinar que as suas regras são aplicáveis apenas para aeronaves civis, não podendo ser esten-

7 Apesar de o Brasil não ter conseguido firmar o acordo regional, este bilateral entre Colômbia e Estados Unidos fortaleceu a indústria aeronáutica brasileira que vendeu 25 aeronaves para a Colômbia para o combate ao narcotráfico.

8 Em sentido contrário, Mesquita (2009) e Guerra (2008, p. 10), afirmam que não seria uma ‘pena de morte’, mas o aparelhamento do Estado para combater atos ilegais cometidos, como aduz o último, por “[...] uma superestrutura de tráfico internacional, que se escondia por intermédio da ausência de uma legislação que desse condições de combater o crime de forma inequívoca e eficiente”.

9 Frisa-se, ainda, o arquivamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) contra o Decreto 5.144/04 pela Procuradoria-Geral da República, com base no argumento desta conduta ser um ato ‘extremo e excepcional’, aplicável a partir de um ‘regramento específico e rigoroso’, cujo abuso, inclusive, pode ser objeto de questionamento por parte de eventuais interessados.

dida para os aviões à serviço de Estados (logo, incluindo os militares<sup>10</sup>), muito embora tenha quem diga - como Abeyratne (2014) - que tal definição ainda é aberta ao debate (ONU, 1944; Rezek, 2011).

No ponto, tem-se que a aviação civil pode ser, de forma simplista, entendida como tudo aquilo que envolve as atividades de aviação realizadas por aeronaves civis, ou seja, todas aquelas aeronaves usadas para o transporte de passageiros, bagagem, carga e correio. Ela pode ser dividida em três grupos: (a) transporte comercial regular ou não; (b) voos privados para lazer e negócios; e (c) serviços especializados tais como agricultura, fotografias, resgates e propagandas, por exemplo. Sendo assim, a diferenciação entre a aviação militar e a civil regulada pela Convenção de Chicago está centralizada, essencialmente, no tipo de emprego dado à aeronave (ONU, 1944).

A relação entre Estado e aviação civil, para além de aspectos comerciais, deve considerar, ainda, a ameaça à segurança decorrente do uso de aeronaves civis como armas. Exemplo dessa situação foi visto na explosão do voo 103 da *Pan Am* quando este sobrevoava a cidade de Lockerbie, na Escócia, em 1988<sup>11</sup>, assim como nos atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, levado à cabo nos Estados Unidos da América contra as torres do *World Trade Center*, em Nova York, e o Pentágono, em Washington D.C (Geiß, 2005).

Fatos como estes é que promovem um rotineiro debate em torno da adaptação de políticas domésticas de proteção do espaço aéreo, as quais incluem o abate de aeronaves, apesar da existência de uma proibição internacional em torno deste ato. Trata-se da emenda à Convenção de Chicago adotada em Montreal ainda em 1984, ou seja, muito antes de tais exemplos<sup>12</sup>, a qual propunha explicitamente a necessidade de os Estados reafirmarem o princípio da não utilização de armas contra aeronaves civis em voo (ou mesmo de realizar qualquer ação que coloque em risco a segurança de aviões civis) (Geiß, 2005; ICAO, 1984).

Designadamente, refere-se à adição do artigo 3 bis à Convenção de 1944, proibindo o uso da força contra aeronaves, o qual entrou em vigor internacional em maio de 1998 após o Conselho clamar poder mais de 10 anos para que os Estados o ratificassem ao receber 102 ratificações – dois terços dos estados membros da OACI, incluindo o Brasil, que internalizou o documento ocorreu através do Decreto n. 3.032, de 22 de abril de 1999. Ocorre que os termos do referido artigo 3 bis são ambíguos, uma vez que não deixa claro a força da regra de “não utilização de armas contra aeronaves civis”, bem como os seus eventuais limites, fazendo brotar um debate em torno de uma

10 Aqui, faz-se relevante citar que a aviação militar opera, por exemplo, em conflitos armados - seja no transporte de pessoal, cargas e pensamento logístico - e contempla frotas de bombardeiros, caças e aeronaves de reconhecimento e de ataque não tripulado, como *drones*, além de aeronaves usadas para serviços alfandegários ou policiais, nos termos da Convenção de 1944, no Brasil, Decreto 21.713 de 27 de agosto de 1946, art. 3(2) (Brasil, 1946).

11 Refere-se a uma explosão no voo que tinha saído de Frankfurt, na Alemanha, com destino a Detroit, nos Estados Unidos, que vitimou 270 pessoas, entre passageiros, aeroviários e residentes da região em que o avião caiu. Este caso foi considerado um ato de terrorismo conduzido pela Líbia, especificamente, a mando de seu antigo Chefe de Estado, Muammar al-Gaddafi (1942-2011), que reconheceu a responsabilidade sob o atentado em meados dos anos 2000.

12 “There is, however, support for the view that the principle it announced [of not using force Against civil aircrafts] is declaratory of customary international law” (Dellinger, 1994, p. 150). No mesmo sentido, trazendo exemplos de prática repetida e aceita pelas nações de que o uso da força contra aviões civis remete à responsabilização do Estado que operou a conduta (Lowenfeld, 1989).

eventual possibilidade de permitir-se o uso da força, especialmente quando presentes os elementos do artigo 51 da Carta das Nações Unidas, que admite o seu uso por parte do Estado em legítima defesa em reação a um ataque armado anterior. Essa questão derivaria especificamente da segunda frase do artigo 3 bis, alínea ‘a’, segundo a qual os termos ali tratados não devem ser interpretados de maneira a alterar, em alguma medida, os direitos e obrigações estabelecidos na Carta das Nações Unidas (Brasil, 1999; Geiß, 2005; ONU, 1988).

Em complementação, Abeyratne aponta que a utilização de termos como o de “*refrain from*” no artigo 3 bis, alínea ‘a’, não garante a impossibilidade de utilização do uso da força. Para o autor, este foi assim incluído em função da pressão exercida por alguns Estados para que a construção fosse realmente ambígua, tecendo que o trecho poderia ser melhor aplicado, considerando os propósitos do documento, se trouxesse a seguinte redação: “[...] *contracting States shall ensure that every State must (a) not resort to the use of weapons against civil aircraft in flight [...]*” (Abeyratne, 2014, grifo nosso).

Ao seu turno, Geiß (2005) destaca que existem dois critérios fundamentais que limitam a aplicação do artigo 3 bis, mesmo diante da redação ambígua. Para ele, em primeiro lugar, o artigo aplica-se apenas a aeronaves civis e, em segundo lugar, exige que essas aeronaves civis estejam em voo. À luz de casos como o incidente do voo 181 da *Lufthansa*<sup>13</sup> ou a operação de *Entebbe*<sup>14</sup>, por exemplo, os Estados adicionaram esta última qualificação, no caso de a aeronave estar necessariamente “em voo”, excluindo da aplicação do artigo 3 bis às ações pautadas na lei territorial para casos de aeronave sequestrada antes da decolagem, logo, ainda sendo permitidas ações mais incisivas em solo.

De qualquer modo, não sendo um caso referente ao artigo 51 da Carta das Nações Unidas, restam claros os objetivos do artigo 3 bis ‘a’ de impedir o abate de aeronaves civis. Este argumento, até mesmo, foi utilizado pelo Brasil ao questionar a conduta da Guarda Nacional Venezuelana, que abatera um pequeno avião de registro brasileiro em 1992 que adentrara o espaço aéreo do país sem autorização exigida pelo artigo 5º da Convenção de 1944, relativa a voos não regulares (Brasil, 1946).

Rezek, sobre o fato, explicou que a Venezuela afrontou os termos inseridos pelo Protocolo de Montreal de 1984. Relata o internacionalista que, “*apesar de caracterizada a violação do espaço aéreo da Venezuela por particulares reincidentes nessa prática, como na de subtrair-lhe riquezas minerais mediante garimpo não autorizado e causar-lhe danos ambientais*”, a derrubada do avião antes mesmo da adoção de medidas preliminares para se forçar o pouso, por exemplo,

13 Trata-se de um voo da empresa aérea alemã Lufthansa sequestrado em 13 de outubro de 1977 por quatro membros da Frente Popular para a Libertação da Palestina (PFLP). A aeronave transportava 86 passageiros e cinco tripulantes, e durante cinco dias vagou entre a Europa, o Oriente Médio e a África, enquanto se desenrolavam as negociações, até ser invadida em solo por um comando antiterrorista alemão em Mogadíscio, na Somália, na noite de 17 de outubro. Os passageiros foram libertados ilesos e três dos quatro sequestradores foram mortos.

14 A Operação Entebbe foi uma missão de resgate contraterrorista liderada por Israel no Aeroporto Internacional de Entebbe, na Uganda, no dia 4 de julho de 1976. Uma semana antes, em 27 de junho, uma aeronave da companhia aérea Air France com 248 passageiros havia sido sequestrada por membros da Frente Popular para a Libertação da Palestina e das Células Revolucionárias da Alemanha e desviada para Entebbe.

caracterizara um ato ilícito. Ademais, tem-se que a derrubada do avião só seria admissível em última instância (Rezek, 2011).<sup>15</sup>

Na sequência, o artigo 3 bis, alínea ‘b’, reconhece a plena possibilidade de aplicação de quaisquer instruções e medidas que respeitem as normas de Direito Internacional, incluindo aquela de exigir o pouso da aeronave para fazer cessar a violação de qualquer proposição presente na Convenção de 1944, que inclui, por exemplo, a soberania dos Estados, prevista no artigo 1º. Essa questão assume grande relevância em casos em que os países têm obrigações internacionais cujo cumprimento é exigido como forma de expressão da própria soberania, no caso, de ter ascendido à certo regramento (ICAO, 1984).

Exemplificativamente, tem-se a situação brasileira envolvendo o pedido de cooperação internacional feito pelo Tribunal Penal Internacional ao Brasil, em 2009, exigindo o cumprimento das obrigações assumidas perante o Estatuto de Roma e chanceladas igualmente pelo texto constitucional pátrio em virtude do artigo 5º, parágrafo 4º, designadamente, a prisão para fins de entrega à Corte situada em Haia do então presidente sudanês, Omar Al-Bashir, o qual cruzaria pelo espaço aéreo brasileiro em direção a outro país da América Latina em visita de Estado. No caso as discussões pairavam sobre a eventual necessidade de exigir o pouso de seu avião para fins de implementação do pedido, as quais não ocorreram em virtude da desistência do Chefe de Estado Sudanês em vir ao continente Americano.

Situação similar, mas com desfecho distinto, foi o caso envolvendo o voo do então presidente boliviano Evo Morales, o qual foi obrigado a realizar pouso não programado na Áustria em 2 de julho de 2013 e teve seu avião revistado. Morales retornava para a Bolívia após reuniões em Moscou e o seu voo foi forçado a pousar devido ao bloqueio do espaço aéreo de diversos países europeus sob a justificativa de suspeitar da presença de um procurado da justiça estadunidense no avião, Edward Snowden, o qual pressionou pela cooperação dos Estados Europeus (Allen, 2020; Brasil, 1946, 2009; ICAO, 1984).

Contudo, salienta-se que, neste caso, não se tratava de um avião puramente civil, o que afastaria, via de regra, a norma aqui em comento. Afinal, o seu uso pela autoridade máxima da Bolívia o torna inviolável, tal como lembrou a Organização dos Estados Americanos (OEA) em comunicado oficial condenando a medida austríaca. A União Europeia (UE), por outro lado, se absteve de comentar sobre a eventual violação do Direito Internacional, apenas tecendo ter sido uma decisão individual de seus membros (EUROPEAN UNION, 2014; OEA, 2013).

Mais recentemente, em 23 de maio de 2021, outro caso atinente ao uso do artigo 3 bis ocorreu quando o voo 4978 da *Ryanair* partindo da Grécia com destino à Lituânia foi forçada pela Bielorrússia a pousar em seu território para que fosse feita a prisão de um jornalista dissidente do governo

---

15 Na América Latina, por exemplo, é rotineiro o transporte de civis em voos não autorizados por narcotraficantes, na tentativa de dissuadir o Estado quanto à utilização de força para abater o avião. Em vista disso, quando não se trata do uso da aeronave como arma, tem-se que o melhor caminho é esperar que o combustível da aeronave acabe, de maneira que ela terá de pousar, para, então, em solo, prender os criminosos e submetê-los ao sistema judiciário. A derrubada, portanto, seria a última opção (Maierovitch, 2003).

local, Raman Pratasevich. O voo foi interceptado por aviões militares e orientado a realizar o pouso na capital Minsk, sendo as ordens devidamente seguidas pelos pilotos do voo comercial. A grande questão é que as autoridades aeronáuticas do país disseram haver a possibilidade de existir uma bomba a bordo do avião, o que não se concretizou (Allen, 2020; Browning, 2021).

Em função disso, a OACI abriu investigação para apurar os fatos e analisar a conformidade com as obrigações que emanam do documento de 1944, especialmente em relação aos fatos que levaram à interceptação. Em comunicado de janeiro de 2022, o Conselho da OACI reportou a falta de informações e inconsistências nos dados apresentados pela Bielorrússia a respeito do procedimento de interceptação e na sua reconstituição. Nesse sentido, a Organização condenou veementemente o uso de falsas informações para fundamentar a interceptação (ICAO, 2021).

De toda sorte, guardadas as diferenças, dois dos casos apresentados acima guardam um ponto comum, qual seja, o abuso por parte das autoridades das regras da Convenção de Chicago. Por outro lado, pode-se analisar essa situação também sob outra ótica, a saber, de uma eventual “liberdade” garantida pelo Protocolo de 1984, vez que o artigo 3 bis não prescreve as disposições necessárias para fazer com que certa aeronave acate a ordem de pouso, trazendo que compete aos Estados trazer em sua legislação tais regramentos (ICAO, 1984).

O documento, afinal, tece apenas que os regramentos devem ser “*compatíveis com os preceitos pertinentes ao direito internacional*”, tal como aludido *supra*. Dito de outra forma, não se visualiza na regra internacional quais seriam as medidas para fazer cessar o impedimento de uma ação ilegal, abrindo espaço para a aplicação de regras tal como a Lei Brasileira de Abate de Aeronave. Até mesmo porque, importa avultar, a omissão do Estado em adotar regras específicas que terminam por conduzir a acidentes aéreos ou mesmo a sua inabilidade de evitar abates pode ensejar a sua responsabilização, a ser levado ao Conselho da OAIC, nos termos da Convenção de Chicago de 1944 (ICAO, 1984).

Veja-se o exemplo do abate realizado em 17 de julho de 2014 do voo MH17 da *Malaysia Airlines* em território ucraniano, mas em região separatista pró-Rússia de Donetsk, culminando na morte de 283 passageiros e 15 tripulantes. Este caso gerou importantes debates no âmbito da OAIC, a qual após uma série de investigações conduzidas por autoridades holandesas (em virtude de um *codeshare* com a empresa *KLM*, sediada neste país e da morte de 196 nacionais deste Estado), concluiu ainda em 2018 que o míssil Buk-TELAR teria origem russa, na tentativa de responsabilizar este Estado no Conselho da OAIC pelo abate ilegal nos termos do artigo 3 bis – reafirmado nos documentos emitidos pela Organização - forte no seu controle efetivo do ato de disparo (Prime Minister of Australia, 2022; Cravo, 2015; ICAO, 2014; United Nations, 2018)<sup>16</sup>.

De outro lado, há quem sustente que a responsabilidade pela garantia da segurança do voo seria do território, no caso, a Ucrânia, nos termos dos artigos 3 e 9 da Convenção de 1944 e do próprio precedente do Canal de Corfu no qual a Corte Internacional de Justiça expressou que os

16 Sobre a questão do controle efetivo, cf.: CIJ, 1986.

Estados não podem permitir que seus territórios sejam usados para a prática de violações de direitos de outros Estados. Afinal, tendo em vista a soberania que esta tem em relação ao seu espaço aéreo, não deveria ela ter agido com a devida diligência e fechado o seu espaço aéreo após o abate de alguns dos seus aviões militares na região leste do país? (CIJ, 1948; Cravo, 2015; Jasiuk *et al.*, 2019).

Enfim, o que o caso acima demonstra é justamente a necessidade de seguir e implementar o que prescreve o Protocolo de Montreal e a Convenção de 1944 como um todo, a fim de os Estados não terem a sua conduta questionada no âmbito da OAIC, seja por sua ação (a condução de abates) ou omissão (não impedir que estes ocorram em seu território). Além do Brasil, que, como aludido no primeiro ponto deste texto, editou um regulamento que possibilita o uso do abate de aeronaves em 2004, note-se que outros países agiram da mesma forma.

Um primeiro exemplo é o caso da Alemanha, que promulgou a sua Lei do Abate, *Luftsiccherheitsgesetz* (LuftSiG), em 2005, nove anos após ratificar o Protocolo de Montreal, autorizando a derrubada de um avião civil que esteja prestes a ser usado como arma, frente a um alvo terrestre, em alusão a teoria da legítima defesa antecipatória<sup>17</sup>. Essa lei, segundo Geiß, teve a sua tramitação acelerada em virtude dos ataques de 11 de setembro citados *supra*, diferenciando-se, por conseguinte, da Brasileira, pensada para combater o narcotráfico (Geiß, 2005; ONU, 1944).

Já os Estados Unidos possuem uma legislação desde 1984, quando editou o *Aircraft Sabotage Act*, voltado a implementar o Protocolo de 1984, em que pese o país não o tenha ratificado até os dias atuais. O referido *Act* incluiu no U.S.C. - código criminal - o §32(b)(2), transformando a conduta de derrubada de avião em um ato ilícito, e apontando uma pena àquele que realizou o ato de até 20 anos de prisão (United States, 1984). Interessante referir que a citada lei poderia ter efeitos extraterritoriais, sendo aplicável a pessoas de outros países, inclusive militares ou forças policiais estrangeiras, caso estas fornecessem informações ou mesmo dessem assistência para o abate de um avião, mesmo quando registrado no exterior<sup>18</sup> (Wolf, 2020; Geiß, 2005).

Apesar disso, diante de uma ameaça de uma contínua violação das regras de aviação civil (que, repita-se, inclui o exercício da soberania e, logo, a proteção do espaço aéreo e as leis internas que criminalizam o terrorismo e o tráfico de drogas) por parte de uma aeronave que ignora a ordem de ter o seu pouso forçado, tem-se que, diante das leis do país, o Presidente poderia autorizar o abate do avião. Mas a comunicação entre os controladores e a aeronave pode ser um empecilho para a plena realização dessa medida. Um caso emblemático de falha nesse processamento foi visto nos atentados de 11 de setembro, quando não foi possível estabelecer uma comunicação com o

17 Também cunhada de peremptória, para que ela ocorra dentro dos parâmetros legais, faz-se necessário ter um ataque armado iminente (em detrimento de um ataque armado prévio, tal como acontece quando do uso da tese tradicional do artigo 51 da Carta da ONU). Trata-se da condução do *Caroline Test*, que verifica a iminência, além da necessidade e da proporcionalidade, do ataque armado, permitindo a retaliação prévia. O seu oposto é a legítima defesa preventiva, que é o uso da força adotado em resposta a algum futuro putativo (em detrimento ameaça imediata).

18 Essa medida foi uma verdadeira reação às condutas de Peru e Colômbia na década de 1980, as quais haviam declarado que derrubariam aviões que estivessem sendo utilizados para o tráfico de drogas. Impende ressaltar que os Estados Unidos não eram contrários ao combate ao narcotráfico (tanto que se tem entre 1980 e 1990 uma verdadeira e declarada “war on drugs” no país); porém, estes países latinos estariam abusando do seu poder (Johnson, 1998, p. 80-82).

voo 93 da *United Airlines*, que, em que pese não tenha sido abatido, caíra na Pensilvânia por uma ação interna adotada pelos passageiros e comissários contra os sequestradores/terroristas (Foont, 2007; Geiß, 2005).

Esses exemplos, somados ao do Brasil, demonstram que o uso do abate de aeronaves tem como fundamento a segurança nacional e a integridade territorial, seja frente a atos terroristas, seja em combate ao narcotráfico. No caso, tem-se como regra que os Estados não podem utilizar da derrubada de aviões civis em voo abertamente, sendo necessário ponderar diante do caso concreto e consideradas as vidas e os bens em jogo quanto a sua utilização, cuja excepcionalidade, se presente, garante o não questionamento da medida (Rezek, 2011).

Noutras palavras, apenas se o Estado não agir de maneira diligente é que ele poderá ser acionado na OAIC (ou mesmo em outros órgãos internacionais, à exemplo do que familiares das vítimas do voo da Malaysia abatido em 2014 perante à Corte Europeia de Direitos Humanos). E haja vista as lacunas e ambiguidade dos termos da normativa internacional, como expôs-se nesta seção, a “*due diligence*”, então, contemplaria a adoção de leis domésticas que garantam um procedimento explícito para o uso do abate, tais há no Brasil, denotando, inclusive, a compatibilidade de suas prescrições para com o que prescreve o Direito Internacional sobre o tema (Cravo, 2015; Trindade, 2014).

## CONCLUSÃO

A permissão para o abate de aeronaves no Brasil não está totalmente em desacordo com os termos que emanam da Convenção de Chicago, especificamente do artigo 3 bis, inserido pelo Protocolo de Montreal de 1984. Como demonstrado, apesar de o citado artigo clamar para que os Estados não utilizem de armas contra aeronaves civis em voo, a sua redação abre margem para interpretações acerca do uso do abate, denotando que, uma vez que existam fundamentos para tanto e que estes estejam devidamente ancorados na legislação doméstica, o ato poderia ser empregado. Isso porque, a devida diligência estatal estaria presente.

A única ressalva, seria, de fato, haver na realização do abate uma contrariedade aberta às regras de Direito Internacional, em especial, àquelas que emanam da Carta das Nações Unidas, muito embora mesmo estas estejam passíveis de questionamentos. Afinal, o próprio artigo 3 bis garante que a abdicação do uso da força não modifica os direitos e obrigações dos Estados sob a Carta.

Como exposto, se a intenção fosse de realmente evitar quaisquer abates, não haveria espaço para indefinição, tal como há na cláusula de 1984. Contudo, em função de os Estados estarem inclinados a combater o narcotráfico à época – e hoje estejam fortemente engajados na luta antiterrorista – acredita-se que não era realmente o objetivo proibir totalmente o emprego da derrubada de aviões. Apesar disso, diante do exposto, acredita-se que a falta de uma definição clara culminou na existência de uma “margem de apreciação” por parte dos Estados frente ao caso concreto, mes-

mo quando existentes parâmetros internos a serem seguidos. Alguns exemplos abusivos do abate (como o da Ucrânia) ou mesmo do pouso forçado (como as ações realizadas pela Áustria e pela Bielorrússia) são vistos na prática internacional.

Por outra banda, para esses casos, existem mecanismos previstos na própria convenção, como a perquirição da responsabilização doméstica do controlador e mesmo a possibilidade de um Estado levar o caso para o Conselho da OAIC diante da nação violadora. A grande questão é que estes não têm se mostrado mecanismos efetivos. Veja-se o próprio caso do voo MH17 que caiu na Ucrânia e até hoje não há nenhum tipo de reparação garantida pela Rússia aos familiares das vítimas. Os parâmetros internacionais, todavia, demonstram que essa demora é comum: no caso do incidente em *Lockerbie*, a compensação só foi paga por Gaddafi em 2003, 15 anos após o incidente.

De fato, parece ser necessário repensar os mecanismos de verificação da legalidade do emprego do abate de aviões, mais especificamente se essas condutas foram diligentes, independente do seu fundamento ser o combate ao terrorismo ou ao narcotráfico. Talvez o caminho esteja fora da Convenção de Chicago (e, logo, da OAIC), como o uso de Cortes Regionais (como já se vislumbra no caso do voo MH17), no caso do esgotamento dos recursos internos sem uma apreciação legítima do ocorrido à luz dos direitos humanos.

Apesar disso, caso seja esse o trajeto a ser percorrido, registra-se que as discussões centrar-se-ão em um eventual choque das leis de abate com os preceitos basilares da pessoa humana, como o direito à vida, ao contraditório e ao devido processo legal, para citar alguns, o que remete à discussão já havida no Brasil quando da sanção do Decreto nº 5.144 em 2004, e que, por muitos, é vista como uma discussão ultrapassada. Mesmo assim, importante lembrar que a derrubada de aviões deve ser sempre apreciada com base na situação concreta - e não hipotética -, de modo que, ao cabo, acredita-se nessa possibilidade como meio a ser seguido, em especial, para lidar com a crescente utilização do aparato militar pelos Estados para reprimir condutas majoritariamente civis.

## REFERÊNCIAS

ABEYRATNE, Ruwantissa. **Convention on international civil aviation: a commentary**. Berlin: Springer, 2014.

ALLEN, Cláudia. Belarus plane arrest: is it a first?. **BBC News**, London, May 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-europe-57240770>. Acesso em: 30 mar. 2023.

BATISTA, Vinicius Alves; FANTECELLE, Gylliard Matos. Constitucionalidade da lei do abate de aeronaves suspeitas. **Águia Acadêmica**, Teófilo Otoni, v. 4, p. 34-61, 2016. Disponível em: <http://site.fenord.edu.br/revistaacademica/revista2016/textos/completa.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2023.

BOLIVIA. **Ley nº 251, de 22 de abril de 2014**. Ley de seguridad y defensa del espacio aéreo. La Paz: Asamblea Legislativa Plurinacional, 2014. Disponível em: [http://www.silep.gob.bo/norma/13283/ley\\_actualizada](http://www.silep.gob.bo/norma/13283/ley_actualizada). Acesso em: 30 mar. 2023.

**BRASIL. Decreto nº 21.713, de 27 de agosto de 1946.** Promulga a Convenção sobre Aviação Civil Internacional, concluída em Chicago a 7 de dezembro de 1944 e firmado pelo Brasil, em Washington, a 29 de maio de 1945. Brasília, DF: Presidência da República, 1946. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d21713.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d21713.htm). Acesso em: 30 mar. 2023.

**BRASIL. Decreto nº 3.032, de 22 de abril de 1999.** Promulga o protocolo relativo a uma emenda à convenção sobre aviação civil internacional, concluído em Montreal, em 10 de maio de 1984. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/111396/decreto-3032-99>. Acesso em: 30 mar. 2023.

**BRASIL. Decreto nº 5.144, de 16 de julho de 2004.** Regulamenta os §§ 1º, 2º e 3º do art. 303 da Lei no 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica, no que concerne às aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5144.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5144.htm). Acesso em: 24 jun. 2023.

**BRASIL. Lei 9.614, de 5 de março de 1998.** Altera a Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, para incluir hipótese destruição de aeronave. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9614.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9614.htm). Acesso em: 30 mar. 2023.

**BRASIL. Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986.** Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Brasília, DF: Presidência da República, 1986. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7565compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7565compilado.htm). Acesso em: 30 mar. 2023

**BRASIL. Lei nº 8.617, de 04 de janeiro de 1993.** Dispõe sobre o mar territorial, a zona contígua, a zona econômica exclusiva e a plataforma continental brasileiros, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=8617&ano=1993&ato=267gXSU5ENFpWT2f5>. Acesso em: 30 mar. 2023.

**BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 4.625-1 - República do Sudão.** Estatuto de Roma. incorporação dessa convenção multilateral ao ordenamento jurídico interno brasileiro (decreto Nº 4.388/2002). instituição do tribunal penal internacional. caráter supra-estatal desse organismo judiciário. incidência do princípio da complementaridade (ou da subsidiariedade) sobre o exercício, pelo tribunal penal internacional, de sua jurisdição. cooperação internacional e auxílio judiciário: obrigação geral que se impõe aos estados partes do estatuto de ROMA (artigo 86)[...]. Recorrente: Tribunal Penal Internacional. Recorrido: Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Relatora: Min. Ellen Gracie, 17 de julho de 2009. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho117072/false>. Acesso em: 30 mar. 2023.

**BROWNING, Simon.** Belarus plane: what happens with a military jet interception?. **BBC News**, London, May 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-europe-57236086>. Acesso em: 30 mar. 2023.

**CIJ - CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Nicarágua vs. Estados Unidos:** julgamento de 27 de jun. 1986. Haia: Instituto de Defesa Legal, 1986.

**CIJ - CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Reino Unido vs. Albânia:** julgamento de 25 de mar 1948. Haia: Instituto de Defesa Legal, 1948.

COELHO JUNIOR, Fernando Gonçalves. A constitucionalidade da lei do abate ou do tiro de destruição. **Revista Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial**, Rio de Janeiro, v. 94, p. 22-25, 2012. <https://sbda.org.br/wp-content/uploads/2018/10/1834.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2023.

CRAVO, Daniela. Análise da responsabilidade internacional da Ucrânia por violação dos direitos humanos na queda do voo da Malaysia Airlines (MH17). **Revista de Direito Internacional**, Brasília, DF, v. 12, n. 2, p. 727-738, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/3510>. Acesso em: 30 mar. 2023.

DELLINGER, Walter. **United States assistance to countries that shoot down civil aircraft involved in drug trafficking**. Washington, DC: Opinions of the Office of Legal Counsel, 1994. Disponível em: <https://www.justice.gov/file/20316/download>. Acesso em: 30 mar. 2023.

DISSENHA, Rui Carlo; QUINTAS, Monick de Souza. Direitos humanos como limites da força aérea brasileira: a lei do abate no combate ao tráfico de drogas. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Joaçaba, v. 18, n. 1, p. 99-122, 2017.

DUNKELBERG, Alonso Gurmendi. Forewarned war: the targeting of civilian aircrafts in South America and the inter-American human rights system. **University of Miami Inter-American Law Review**, Miami, v. 48, n. 1, p. 3-27, 2017.

EUROPEAN UNION. Written questions by Members of the European Parliament and their answers given by a European Union institution. **Official Journal of the European Union**, Luxembourg, v. 57, 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ%3AC%3A2014%3A065E%3AFULL>. Acesso em: 30 mar. 2023.

FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira; PINHEIRO, José Augusto de Oliveira. Lei do abate, guerra às drogas e defesa nacional. **Revista Brasileira de Política Internacional**, Brasília, DF, v. 55, n. 1, p. 66-92, 2012.

FOONT, Brian E. Shooting down civilian aircraft: is there an international law. **Journal of Air Law and Commerce**, Dallas, v. 72, n. 3, p. 695-725, 2007.

GEISS, Robin. Civil aircraft as weapons of large-scale destruction: countermeasures, article 3bis of the Chicago convention, and the newly adopted German “Luftsicherheitsgesetz”. **Michigan Journal of International Law**, Ann Arbor, v. 27, n. 1, p. 227-256, 2005. Disponível em: [https://repository.law.umich.edu/mjil/vol27/iss1/5/?utm\\_source=repository.law.umich.edu%2Fmjl%2Fvol27%2Fiss1%2F5&utm\\_medium=PDF&utm\\_campaign=PDFCoverPages](https://repository.law.umich.edu/mjil/vol27/iss1/5/?utm_source=repository.law.umich.edu%2Fmjl%2Fvol27%2Fiss1%2F5&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages). Acesso em: 30 mar. 2023.

GOMES, Luiz Flávio. Lei do abate: inconstitucionalidade. **LFG**, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1990529/lei-do-abate-inconstitucionalidade>. Acesso em: 31 mar. 2023.

GUERRA, Guilherme Paes. **A lei que autoriza o abate de aeronaves frente aos direitos fundamentais**. 2008. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente, 2008. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/781/756>. Acesso em: 31 mar. 2023.

ICAO - INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION. **Council resolution on Malaysia airlines flight MH17, destroyed over eastern Ukraine on 17 July 2014.** Montréal: ICAO, 2014 Disponível em: <https://www.icao.int/Newsroom/NewsDoc2014/COUNCIL%20RESOLUTION%20ON%20MH17.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2023

ICAO – INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION. **Ratification list of the Protocol relating to an amendment to the Convention on International Civil Aviation article 3 bis, signed at Montreal on 10 May 1984.** Montréal: ICAO, 1984. Disponível em: [https://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/3bis\\_EN.pdf](https://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/3bis_EN.pdf). Acesso em: 31 mar. 2023.

ICAO - ORGANIZAÇÃO DA AVIAÇÃO CIVIL INTERNACIONAL. **ICAO Council to pursue fact finding investigation into Ryanair FR4978.** Montréal: ICAO, 2021. Disponível em: <https://www.icao.int/Newsroom/Pages/ICAO-Council-agrees-to-pursue-fact-finding-investigation-into-Belarus-incident.aspx>. Acesso em: 30 mar. 2023

JASIUK, Ewa; KONERT, Anna; DETYNIECKA, Aleksandra; TARGONSKA, Elwira. The responsibility of a State in the shooting down of Malaysian airlines flight MH17. **Transportation Research Procedia**, Amesterdã, v. 43, p. 113-118, 2019.

JOHNSON, Phillip. A. Shooting down drug traffickers. **International Law Studies**, [s.l.] v. 72, p. 79-93, 1998.

LOWENFELD, Andreas. F. Looking back and looking ahead. **The American Journal of International Law**, Washington, v. 83, n. 2, p. 336-341, 1989. DOI 10.2307/2202745

MAIEROVITCH, Wálter Fanganiello. Lula e a pena de morte. **Folha de São Paulo**, São Paulo, maio 2003. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz3005200310.htm>. Acesso em: 31 mar. 2023.

MESQUITA, Ivan Muniz. Lei do tiro de destruição. In: SEMINÁRIO DE ESTUDOS: PODER AEROESPACIAL E ESTUDOS ESTRATÉGICOS, 2., 2009, Rio de Janeiro. **Anais** [...]. Rio de Janeiro: UNIFA, 2009.

OEA - ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Resolução do Conselho Permanente n. 1017 (1927/13).** Washington: OEA, 2013. Disponível em <https://www.oas.org/consejo/pr/resoluciones/res1017.asp>. Acesso em: 30 mar. 2023.

ONU – ORGANIZAÇÃO DA NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre Aviação Civil Internacional.** New York: ONU, 1944.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre Aviação Civil Internacional.** New York: ONU, 1988. Decisões de 07 de dezembro, 13 e 14 de julho de 1988

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Protocol relating to an amendment to the Convention on International Civil Aviation. New York: ONU, 1948.

PEDRO, Fábio Anderson de Freitas. A constitucionalidade da “lei do tiro de destruição”. **Revista Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial**, Rio de Janeiro, v. 89, 2006. Disponível em: <https://sbda.org.br/wp-content/uploads/2018/10/1781.htm>. Acesso em: 31 mar. 2023.

PRIME MINISTER OF AUSTRALIA. Declaration. **Media Statement**, Camberra, 14 mar. 2022. Disponível em: <https://www.pm.gov.au/media/australia-and-netherlands-initiate-mh17-legal-proceedings>. Acesso em: 30 mar. 2023.

QUEIROZ, Paulo. Seriam as leis inúteis? 2005. Disponível em: <http://pauloqueiroz.net/seriam-as-leis-inuteis>. Acesso em: 31 mar. 2023.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TRINDADE, Judge Antônio A. Cançado. **The construction of a humanized international law**. Leiden: Nijhoff, 2014.

UNITED NATIONS. UN chief notes ‘with concern’ report holding Russia liable for downing airliner. **UN News**, New York, May 2018. Disponível em <https://news.un.org/en/story/2018/05/1010741>. Acesso em: 30 mar. 2023.

UNITED STATES. S.2623 - Aircraft Sabotage Act. 1983-1984. Establishes a separate offense with regard to using violence against any individual on board or destroying or damaging an aircraft registered in a country other than the United States. **Congress**, Washington, DC, 1984. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/98th-congress/senate-bill/2623>. Acesso em: 30 mar. 2023.

WOLF, Jonathan. Is it illegal to shoot down a drone? same as plane, faa says, as minnesota man charged with felony. **Above the Law**, New York, May 2020. Disponível em <https://abovethelaw.com/2020/05/is-it-illegal-to-shoot-down-a-drone-same-as-plane-faa-says-as-minnesota-man-charged-with-felony/>. Acesso em: 31 mar. 2023.

Recebido em: 13/05/2023

Aceito em: 12/12/2023

# A ADOÇÃO DO COMPROMISSO SIGNIFICATIVO COMO FORMA DE DEMOCRATIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO TRATO DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS

## ADOPTING MEANINGFUL COMMITMENT TO DEMOCRATIZE THE JUDICIARY IN STRUCTURAL CASES

Mateus Peixoto Leandro\*

Eduardo Rocha Dias\*\*

\*Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Fortaleza-CE, Brasil). Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR/CE). Advogado. ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-6727-9061>

\*\*Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa (Lisboa, Portugal). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC/CE). Procurador Federal. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (PPGD/UNIFOR). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0972-354X>

**Como citar:** LEANDRO, Mateus Peixoto; DIAS, Eduardo Rocha. A adoção do compromisso significativo como forma de democratização do poder judiciário no trato dos processos estruturais. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 19, n. 2, p. 265-284, jul. 2024. DOI: 10.5433/1980-511X.2024.v19.n2.p265-284. ISSN: 1980-551X.

**Resumo:** O presente trabalho examina a utilização do compromisso significativo na resolução de litígios estruturais como técnica essencial para superar as críticas realizadas ao modelo do *strong-form judicial review*, o qual é caracterizado pela formulação unilateral de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Para tanto, faz-se uma análise quanto à judicialização dos direitos sociais e aos problemas que essa judicialização acarreta; após, define-se o conceito de processos estruturais especificando as suas características, apresenta-se o caso *Brown vs Board of Education*, traz-se os modelos utilizados para a resolução das demandas estruturais, a forma como se dá o trato dos litígios estruturais no Brasil e as críticas ao modelo do *strong-form judicial review*; por fim, faz-se uma análise do compromisso significativo como técnica de resolução dos litígios estruturais apta a contornar as críticas realizadas aos modelos tradicionais de resolução desses processos. Quanto à metodologia, utilizou-se pesquisa bibliográfica e documental. Conclui-se que o compromisso significativo, por ser uma técnica que privilegia o diálogo institucional entre o Poder Executivo e as populações diretamente interessadas na solução do litígio, consegue superar com êxito as críticas feitas ao modelo tradicional de solução dos processos estruturais.

**Palavras-chave:** direitos sociais; poder judiciário; litígios estruturais; compromisso significativo; diálogos institucionais.

**Abstract:** This paper examines the use of meaningful commitment in resolving structural disputes as a crucial technique to address criticisms of the strong-form judicial review model, which is characterized by the unilateral formulation of public policies by the Judiciary. The analysis begins with the judicialization of social rights and the associated challenges. It then defines the concept of structural processes, outlining their characteristics, and presents the *Brown vs. Board of Education* case. The discussion includes the models used for resolving structural demands, the handling of structural disputes in Brazil, and criticisms of the strong-form judicial review model. Finally, this study explores meaningful commitment or engagement as a technique for resolv-

ing structural disputes that effectively addresses the criticisms of traditional resolution models. Methodologically, this paper employs bibliographic and documentary research. The conclusion of this research is that meaningful commitment, by prioritizing institutional dialogue between the Executive Branch and the populations directly affected by the dispute, successfully overcomes the criticisms of the traditional model for resolving structural processes.

**Keywords:** social rights; judiciary; structural litigations; meaningful engagement; institutional dialogue.

## INTRODUÇÃO

O desenvolvimento do Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*) culminou na constitucionalização dos direitos fundamentais de segunda dimensão, dentre os quais estão inseridos os direitos sociais, cuja efetivação depende da adoção de uma postura prestacional por parte das autoridades estatais, sob pena dos referidos direitos ficarem somente na esfera programática.

Para efetivação dos direitos fundamentais de primeira dimensão, também denominados como “direitos de liberdade”, sendo possível citar como exemplo o direito à propriedade; liberdade de expressão; liberdade religiosa; igualdade formal; dentre outros, é necessário um “não fazer” por parte do Estado. Todavia, para consubstancialização dos direitos fundamentais de segunda dimensão é mister que o Poder Público mantenha uma postura ativa, visto que tais direitos necessitam tanto de planejamento tanto no nível organizacional quanto de dotações orçamentárias para a sua efetivação.

O fato de as autoridades estatais omitirem-se na efetivação dos direitos sociais pode acarretar a sua judicialização, cabendo ao Poder Judiciário dar a última palavra acerca da existência ou não de omissão da Administração Pública na promoção desses direitos. Haja vista que as omissões do Poder Público comumente não atingem somente um ou alguns indivíduos, abrangendo uma infinidade de pessoas que se veem privadas do acesso a direitos fundamentais básicos devendo à inércia do Poder Público.

Classicamente, se aponta que, ao se deparar com uma omissão do Poder Executivo ou do Poder Legislativo na efetivação de direitos sociais, a autoridade judiciária poderá ter duas posturas distintas: de autocontenção, deixando a cargo dos outros Poderes a elaboração das medidas/políticas públicas necessárias para a concretização do direito social ou atuar de forma ativista, intervindo fortemente nos outros Poderes para efetivação dos direitos sociais.

As omissões da Administração Pública que atingem inúmeras pessoas privando-as do exercício de suas prerrogativas, denominam-se “omissões institucionais”. Dentre as técnicas para sanar as omissões institucionais, tem-se os denominados litígios ou demandas estruturais, cuja conceituação será objeto de exploração no presente trabalho.

No âmbito das demandas estruturais, existem vários modelos que podem ser utilizados para resolução desses litígios. Alguns modelos privilegiam uma atuação mais ativa por parte do Poder Judiciário, com este poder elaborando unilateralmente a própria política pública que deverá ser utilizada para sanar a omissão institucional e outros que favorecem um maior diálogo institucional entre todas as partes envolvidas no litígio.

No presente trabalho, não haverá adscrição à dicotomia entre a postura de autocontenção (não intervenção do Judiciário) e o ativismo, investigando o compromisso significativo (*meaningful engagement*) como possível solução intermediária e dialógica para a resolução dos litígios estruturais.

O objetivo do presente artigo é responder às seguintes perguntas de pesquisa: quais as origens da judicialização dos direitos sociais e quais são os principais problemas advindos dessa judicialização? O que define os litígios estruturais e quais os modelos de decisão que estão sendo utilizados para resolver esses litígios? Quais as críticas oriundas de uma ação intervencionista por parte do Poder Judiciário na resolução dos litígios estruturais? O compromisso significativo (*meaningful engagement*) pode contornar as críticas realizadas aos modelos intervencionistas de atuação do Judiciário no trato das demandas estruturais?

Dessa forma, no primeiro tópico do presente artigo, tratar-se-á da judicialização dos direitos sociais; das eventuais adversidades que surgem a partir dessa judicialização e da definição de “omissões institucionais”.

O segundo tópico se destinará, inicialmente, a expor o caso *Brown vs Board of Education*; após, tratar-se-á da definição e características dos litígios estruturais; também se apresentará os principais modelos utilizados no trato dos processos estruturais; ademais, será abordado o trato dos litígios estruturais no Brasil; no final, expor-se-á as críticas ao modelo do *strong-form judicial review*, modelo este que traz uma postura mais intervencionista do Poder Judiciário em relação aos demais poderes.

Por fim, no terceiro tópico, examinar-se-á a técnica de julgamento do compromisso significativo (*meaningful engagement*), desenvolvida pelo Tribunal Constitucional da África do Sul, e o modo como essa técnica possibilita contornar as críticas realizadas ao modelo de resolução intervencionista dos litígios estruturais (*strong-form judicial review*).

## 1 JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E AS OMISSÕES INSTITUCIONAIS

Com o surgimento do Direito do Trabalho, que é um ramo do direito privado que possui normas de ordem pública que regulam uma relação eminentemente privada, o Estado de Bem-Estar social passa a se caracterizar como uma interferência do Poder Legislativo nas relações privadas, submetendo-as ao crivo da Administração Pública (Vianna *et al.*, 1999, p. 16-17).

Przeworski (1989, p. 247) denomina essa intervenção do Estado nas relações privadas como “capitalismo organizado”, o qual se institui sob a fórmula do “compromisso keynesiano”, visando a realização de um programa com 2 (duas) frentes: pleno emprego e igualdade. Enquanto o “pleno emprego” significa a administração da oferta e demanda, a “igualdade”, por sua vez, é expressa pela rede de serviços sociais providos pelo Estado de Bem-Estar Social.

Dessa forma, no *Welfare State*, o Estado passa a agir tanto com o escopo de manter a economia estável quanto para fornecer serviços à população que promovam uma mínima segurança social, a exemplo de programas habitacionais, programas de saúde, assistência familiar, dentre outros (Vianna *et al.*, 1999, p. 17). A principal consequência do fornecimento de serviços à população seria a introdução, no *Welfare State* do “princípio da justiça social”, o que faz com que as

relações sociais passem a ser medidas pelas Instituições do Estado, deixando de serem meramente privadas (Przewoski, 1989, p. 247).

Como observa Przewoski (1989, p. 247), o advento do “capitalismo organizado” acarretou a “jurisdic平ao das relações sociais”, fazendo do Direito um elemento integrante dessa categoria. No contexto dos Estados de Bem-Estar Social, observa-se uma sobrecarga na função legislativa, já que o Parlamento não consegue lidar com as demandas de forma célere e eficiente. Como resultado, é necessário transferir parte de suas atribuições para o Poder Executivo.

O fato de o Estado de Bem-Estar Social escolher a espécie de política pública que constará em sua agenda, termina por converter as suas decisões políticas em normas jurídicas (Vianna *et al.*, 1999, p. 20).

Como o Poder Judiciário é a esfera estatal cuja atribuição típica é a interpretação de normas jurídicas, a nova face apresentada pelo *Welfare State* – de conversão das decisões políticas em normas jurídicas – dá a este Poder um novo papel: o de única instância habilitada para interpretar e aplicar normas jurídicas, essencialmente, nas situações de indefinição (Vianna *et al.*, 1999, p. 21).

Tendo em vista que, no Estado Social, as decisões políticas convertem-se em normas jurídicas em decorrência dos processos econômicos próprios do *Welfare State*, o processo legislativo não deve se orientar pelo tempo pretérito, mas sim pelo presente e pelo futuro, o que, consequentemente, acarreta uma maior indeterminação (Vianna *et al.*, 1999, p. 21-22).

Essa indeterminação, por sua vez, gera impacto nas relações entre os Poderes estatais, visto que o Poder Judiciário passa a ter o papel de “legislador implícito”, ou seja, quando provocado, tem que dar sentido ou complementar o conteúdo da norma emanada do Poder Legislativo, a qual, devido à própria natureza do *Welfare State*, estaria recoberta por uma camada de indeterminação, gerando, assim, um maior espaço para a atuação do intérprete (Vianna *et al.*, 1999, p. 22).

No mesmo sentido, Novais (2010, p. 33) apresenta a “questão competencial” como a maior problemática envolvendo os Direitos Sociais, visto que, ao reconhecê-los como direitos fundamentais, surge a questão acerca de qual Poder Estatal deverá dar a última palavra acerca do seu sentido, conteúdo e alcance.

Ao considerar o Poder Judiciário como a esfera estatal que deverá dar a última palavra acerca dos Direitos Sociais, surge a problemática quanto à legitimidade dessa instância – não eleita pela população – possui para invalidar decisões ou formular políticas públicas (em caso de omissões dos órgãos competentes) com base nos conceitos gerais e abstratos dispostos no texto constitucional, adentrando assim na competência de poderes que possuem legitimidade plebiscitária para formulação de tais medidas – Poder Legislativo e Poder Executivo (Novais, 2010, p. 33).

Paulo Bonavides (2011, p. 564) dispõe que os Direitos Sociais possuem uma natureza presencial, sendo denominados, também como “liberdades positivas”, por exigirem uma postura ativa por parte das autoridades estatais para a sua implementação, diferenciando-se dos Direitos Funda-

mentais de primeira dimensão – os quais são denominados pela doutrina de “liberdades negativas” – e, para sua implementação, é necessária somente uma postura absenteísta por parte do Estado<sup>1</sup>.

A título de exemplo, para que o Estado garanta o Direito Fundamental Social à educação é imprescindível que ele tome uma série de medidas, a exemplo da construção de novas escolas, contratação de um corpo docente dentre outras medidas. Nesse contexto, as omissões do Poder Público apresentam-se como um problema, assim como ocorreu no início do ciclo de constitucionalização dos Direitos Sociais, quando esses direitos foram remetidos à esfera programática e passaram por um ciclo de baixa normatividade (Bonavides, 2011, p. 564).

No contexto de omissão da Administração Pública na implementação de Direitos Sociais, o Poder Judiciário mostra-se como importante meio para a garantia dessas prerrogativas à população, visto que ele possui a incumbência constitucional de apreciar lesão ou ameaça de lesão à direito, nos termos do artigo 5º, XXXV da CRFB/88.

Contudo, Michelman (2003, p. 16) aponta que, com a constitucionalização dos direitos fundamentais de segunda dimensão – sociais, econômicos e culturais – o Poder Judiciário se viu diante de um dilema: ou ter uma postura ativista, atuando energicamente para a efetivação desses direitos fundamentais, ou uma postura de autocontenção, deixando o cumprimento dos supramencionados direitos a cargo do Poder Executivo.

Uma atuação ativista do Poder Judiciário pode resultar em uma hipertrofia desse Poder, ameaçando o preceito da separação de poderes, enquanto uma postura mais contida em relação à efetivação dos direitos sociais pode torná-los inefetivos, permanecendo apenas em uma esfera programática.

A postura que o Poder Judiciário deve adotar diante das omissões do Poder Público que geram litígios no âmbito individual é um problema. Outrossim, as omissões do Poder Público não ocorrem apenas no âmbito individual, sendo imperativo mencionar que as omissões políticas institucionais são um enorme empecilho para efetivação dos direitos sociais.

As supramencionadas omissões não devem ser compreendidas como a mera falta de norma disciplinadora. Porque, eventualmente, podem existir normas regulamentado/protegendo determinado direito fundamental, mas à falta de políticas públicas e de vontade política acaba levando a repetidas violações das prerrogativas dos cidadãos (Serafim; Lima, 2021, p. 775). Assim, as omissões institucionais podem ser combatidas de algumas formas, inclusive, por meio dos chamados litígios estruturais.

1 Por outro lado, lembre-se que Stephen Holmes e Cass R. Sunstein sustentam que a categorização dos direitos fundamentais em “liberdades positivas” e “liberdades negativas” é ineficaz, visto que para efetivação tanto dos direitos fundamentais de 1ª (primeira) dimensão quanto dos direitos fundamentais de 2ª (segunda) dimensão são necessárias ações governamentais, o que implica em custos que devem ser financiados pelos cidadãos/contribuintes por meio de tributos (Holmes; Sunstein, 1999, p. 44).

## 2 LITÍGIOS ESTRUTURAIS

Conforme mencionado no tópico antecedente, os litígios/demandas estruturais são uma das formas de se lidar com as omissões institucionais. O processo estrutural surge quando certos grupos da sociedade, prejudicados devido à inérgia do Estado, recorrem ao Judiciário com o objetivo de obter uma solução coletiva para a omissão institucional e não apenas para o saneamento de uma situação individualizada (Serafim; Lima, 2021, p. 775-776).

### 2.1 RAÍZES NO DIREITO COMPARADO: O CASO BROWN VS BOARD OF EDUCATION

Aponta-se o célebre caso *Brown vs Board of Education*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, como o *leading case* que deu origem à sistemática das demandas estruturais (Cruz; Vasconcelos, 2021, p. 3).

A lide em epígrafe buscava resolver o imbróglio da segregação racial nas escolas públicas norte-americanas, política que possuía a chancela da Suprema Corte, visto que, no ano de 1896, com o julgamento do caso *Plessy vs Ferguson*, a Corte desenvolveu a doutrina do “iguais, porém separados” (*separate but equal*), segundo a qual o simples fato de segregar negros de brancos – impedindo que as raças frequentassem os mesmos locais – não implicaria lesão ao preceito constitucional da “igualdade”, desde que os serviços públicos oferecidos apresentassem a mesma qualidade (Nóbrega; França, 2022, p. 5).

Porém, as diferenças na qualidade do serviço oferecida a negros e brancos ocorria em todos os níveis, sobretudo nos Estados do sul dos Estados Unidos da América (Nóbrega; França, 2022, p. 5). *Brown vs Board of Education*, na prática, refere-se a 5 (cinco) casos distintos que foram julgados em conjunto pela Suprema Corte Americana, são eles: *Brown vs Conselho de Educação de Topeka*, *Briggs vs Elliot*, *Davis vs Conselho de Educação de Prince Edward County*, *Bolling vs Sharpe* e *Gebhart vs Ethel* (Cruz; Vasconcelos, 2021, p. 3).

No dia 17 de maio de 1954, sob o comando do *Chief Justice* Earl Warren, a Suprema Corte norte-americana reconheceu que a segregação racial nas escolas contrariava o preceito da igualdade insculpido na 14<sup>a</sup> (décima quarta) Emenda da Constituição dos EUA, superando a doutrina do *separate but equal* outrora estabelecida no julgamento do caso *Plessy vs Ferguson* (Nóbrega; França, 2022, p. 5).

Apesar do caso ora narrado não se tratar propriamente de um litígio estrutural, é evidente que nele foi germinado o embrião que, mais tarde, possibilitou o desenvolvimento das demandas estruturais, haja vista que a provocação ao Poder Judiciário no caso ora em epígrafe acarretou a reformulação da estrutura que gerava violações sistêmicas ao preceito da igualdade (Cruz; Vasconcelos, 2021, p. 3).

Registre-se que o caso *Brown vs Board of Education* ensejou, nos EUA, o ajuizamento de ações similares com o escopo de corrigir violações massivas a direitos fundamentais, a exemplo das condições do sistema penitenciário desse país (Nóbrega; França, 2022, p. 5).

## **2.2 DEFINIÇÃO E CARACTERÍSTICAS DOS LITÍGIOS ESTRUTURAIS**

Os litígios estruturais são caracterizados por processos que surgem a partir de violações sistemáticas de direitos fundamentais, sejam eles de primeira, segunda ou terceira dimensão. Nesses casos, o Poder Judiciário busca solucionar o problema por meio da reestruturação das políticas públicas ou das estruturas burocráticas responsáveis por sua implementação (Serafim; Lima, 2021, p. 776).

Ademais, em razão da finalidade a qual se destinam, os processos estruturais possuem uma série de características. Mariela Puga (2014, p. 45-46) enumera as seguintes características dos litígios estruturais:

- a) são litígios onde há uma intervenção de múltiplos atores processuais, a exemplo da população diretamente envolvida, instituições do Estado, dentre outros atores;
- b) são processos multitudinários com uma infinidade de pessoas afetadas em decorrência da ação ou omissão institucional do Poder Público;
- c) há uma violação de direitos fundamentais, geralmente por uma política (ou ausência dela) ou prática (pública ou privada);
- d) a presença uma organização estatal que é a causadora da violação dos direitos fundamentais ou a existência de uma condição social que culmine na violação de direitos fundamentais;
- e) a invocação/reivindicações de valores de ordem constitucional ou a reivindicação pelo acesso a direitos fundamentais de segunda dimensão – sociais, econômicos e culturais -, condição essa favorecida pela Judicialização da Política que adveio com o *Welfare State*, conforme tratado no tópico antecedente;
- f) a autora aponta que as demandas geralmente envolvem o Direito à Moradia. No entanto, tal afirmação aparenta tomar como base somente a experiência da África do Sul – onde os litígios estruturais, realmente, versam majoritariamente sobre disputas pelo Direito à Moradia – desconsiderando a realidade de outros países, a exemplo do Brasil, em que o *leading case* em que o Supremo Tribunal Federal (STF) primeiro reconheceu a sistemática das demandas estruturais foi a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347/DF, a qual tratava acerca das más condições do sistema penitenciário brasileiro;
- g) a prolação de decisão que implemente políticas públicas de forma contínua e prolongada.

## 2.3 PRINCIPAIS MODELOS DE RESOLUÇÃO DOS LITÍGIOS ESTRUTURAIS: STRONG-FORM JUDICIAL REVIEW, WEAK-FORM JUDICIAL REVIEW E DEMOCRATIC EXPERIMENTALISM

Diante da infinidade de interesses que estão em jogo em um processo estrutural e pela quantidade de terceiros que são afetados por uma decisão judicial nesses processos, o Poder Judiciário deve utilizar-se de técnicas especiais para a resolução desses litígios (Arenhart, 2017, p. 480).

Em inúmeros países, o Poder Judiciário tem criado mecanismos/modelos de resolução de litígios estruturais que permitam a intervenção judicial em outras funções do Estado para remediar alegadas omissões institucionais (Serafim; Lima, 2021, p. 775-776).

Demonstra-se relevante mencionar os principais modelos utilizados para resolução dos litígios estruturais, são eles: *weak-form judicial review*, o *strong-form judicial review* e o *democratic experimentalism* (Serafim; Lima, 2021, p. 777).

No *strong-form judicial review*, o Judiciário, quando demandado e colocado defronte a determinada omissão institucional, elabora, unilateralmente, uma política geral própria que dita como a administração pública deve agir nessa situação. Pode-se citar como exemplo de técnica de julgamento dessa sistemática, as *structural injunctions* utilizadas pelo Poder Judiciário dos Estados Unidos (Serafim; Lima, 2021, p. 777).

O *weak-form judicial review*, por outro lado, envolve um diálogo institucional entre os setores da administração pública responsáveis pelo descaso constitucional e o Judiciário para construção de políticas públicas necessárias para saná-lo. O Estado de Coisas Inconstitucional, desenvolvido pela Corte Constitucional da Colômbia (CCC), pode ser citado como técnica de decisão oriunda desse modelo (Serafim; Lima, 2021, p. 777).

No sistema do *democratic experimentalism*, o Judiciário busca solucionar a negligência institucional por meio da cooperação entre as partes interessadas no litígio, incluindo o diálogo com a população afetada pela negligência constitucional. É possível citar o compromisso significativo (*meaningful engagement*), desenvolvido pela Corte Constitucional da África do Sul, como técnica de julgamento oriunda desse modelo (Serafim; Lima, 2021, p. 777).

## 2.4 LITÍGIOS ESTRUTURAIS NO BRASIL: JULGAMENTO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) nº 347/DF

No Brasil, o julgamento da medida cautelar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347/DF é considerado um caso paradigmático para o desenvolvimento da sistemática dos litígios estruturais no país, haja vista tratar-se do primeiro processo em que o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a sistemática das demandas estruturais (Serafim; Lima, 2021, p. 779).

Referida ação de controle concentrado de constitucionalidade foi proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), no ano de 2015, com a finalidade de sanar as inúmeras ilegalidades observadas no âmbito do sistema prisional brasileiro, a exemplo da superlotação de selas, más condições de higiene e tortura de presos (Brasil, 2015). Nos pedidos da Petição Inicial, o partido político com representação no Congresso Nacional solicitou, dentre outras medidas, a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro (Brasil, 2015).

O Estado de Coisas Inconstitucional é uma técnica decisória desenvolvida pela Corte Constitucional da Colômbia que se encaixa no modelo do *weak-form judicial review*, pois a Corte Constitucional somente declara a violação sistemática da Constituição e notifica as autoridades responsáveis para que a referida demanda seja corrigida em um prazo razoável atuando cada autoridade em consonância com as suas funções institucionais (Guimarães, 2017, p. 84).

Ainda no ano de 2015, o STF proferiu acórdão julgando procedente a medida cautelar pleiteada na Exordial da ADPF nº 347/DF. O acórdão teve relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello, cujo voto foi seguido pelos demais Ministros.

No corpo do seu voto, o ministro Marco Aurélio Mello, define o papel do Supremo Tribunal Federal (STF) na resolução da crise do sistema penitenciário brasileiro. O ministro dispõe que o STF deve agir como coordenador institucional para contenção da crise do sistema penitenciário brasileiro, retirando as autoridades públicas do estado de inércia, mas sem chegar a elaborar políticas públicas, deixando essas a cargo das autoridades competentes (Brasil, 2015).

De acordo com o Ministro Marco Aurélio Mello a atuação do STF na ADPF nº 347/DF baseou-se no Estado de Coisas Inconstitucional (Brasil, 2015). Todavia, ao observar o dispositivo do acórdão, vislumbra-se que o STF se fundou, somente de forma retórica, na técnica do Estado de Coisas Inconstitucional. A decisão, em si, assemelha-se muito mais à técnica das *structural injunctions* utilizada pelo Poder Judiciário dos Estados Unidos da América, com o próprio Poder Judiciário se pondo no papel de formulador de políticas públicas.

No acórdão que determinou a concessão das medidas cautelares, o ministro Marco Aurélio Mello dispôs que os juízes e tribunais, nos casos de prisão provisória, apresentassem uma motivação clara do motivo pelo qual a prisão foi escolhida ao invés de outras medidas cautelares. Ele também ordenou que fosse realizada uma audiência de custódia em até 90 dias após a prisão, com o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas. As autoridades judiciárias devem considerar a situação do sistema penitenciário brasileiro antes de aplicar a pena e, quando possível, estabelecer penas alternativas à prisão. Além disso, foi determinada a liberação do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional pela União (Brasil, 2015).

Ao se realizar uma análise efetiva do voto do Ministro Marco Aurélio Mello, percebe-se que a abordagem utilizada para solucionar o litígio estrutural relacionado à situação do sistema penitenciário brasileiro não foi o *weak-form judicial review* – na qual o Estado de Coisas Inconstitucional

emerge como técnica de decisão –, mas sim o *strong-form judicial review* assemelhando-se bastante às *structural injunctions* do direito norte-americano.

## 2.5 CRÍTICAS AO MODELO DO STRONG-FORM JUDICIAL REVIEW DE RESOLUÇÃO DAS DEMANDAS ESTRUTURAIS

Os críticos ao modelo do *strong-form judicial review* costumam basear-se em 3 (três) argumentos principais: a) a incapacidade técnica do Poder Judiciário em formular políticas públicas; b) a violação ao princípio da separação de poderes; e c) a possibilidade de um efeito *backlash* (Serafim; Lima, 2021, p. 782).

A primeira crítica levantada consiste na ausência de conhecimentos técnicos específicos do Poder Judiciário para a resolução dos litígios estruturais. Isso porque as demandas estruturais versam sobre questões complexas e exigem conhecimentos técnicos que vão muito além da mera aplicação de normas e princípios jurídicos, a exemplo do problema tratado no âmbito da ADPF nº 742/DF – que buscava sanar omissões da União no combate a pandemia de Covid-19 nas comunidades quilombolas, situação em que a resolução do litígio exigia maiores conhecimentos em antropologia e saúde pública do que propriamente jurídicos.

Logo, uma atuação do Poder Judiciário que gere a formulação unilateral de política pública por parte desse Poder provoca somente uma solução paliativa para a demanda estrutural, pois os seus membros não possuem o conhecimento técnico adequado para a construção de políticas públicas dos mais diversos matizes, a qual é imperativa para a resolução dos processos estruturais (Serafim; Lima, 2021, p. 782-783). A limitação das capacidades institucionais do Judiciário, e a incompreensão dos efeitos dinâmicos das suas decisões, não apenas no tocante às partes no processo, mas também a terceiros, deve ser considerada pelo Judiciário (Sunstein; Vermeule, 2003, p. 949).

A segunda crítica consiste na violação ao preceito da Separação de Poderes. Quando no sistema do *strong-form judicial review*, o Poder Judiciário resolve o processo estrutural formulando a própria política pública, em uma concepção mais rígida da Separação de Poderes, diz-se que ele está usurpando atribuições de outros Poderes, mais especificamente do Poder Executivo, instância eleita para essa finalidade (Novais, 2010, p. 33).

Relativamente à violação da separação de poderes, com a formulação unilateral de políticas públicas pelo Poder Judiciário, alguns autores expressam pensamento contrário, pugnando que não há Estado contemporâneo que possua “uma separação radical entre os poderes”, sendo a intervenção judicial para a garantia de direitos fundamentais consoante com uma visão contemporânea acerca do princípio da separação de poderes e expressão da maturidade do sistema constitucional (Arenhart; Osna, 2020, p. 143-144).

A última crítica, diz respeito à possibilidade de ocorrência de um efeito *backlash* causado devido à formulação unilateral de políticas públicas pelo Poder Judiciário. De acordo com o

Cambridge Dictionary *backlash* significa: “*strong feeling among a group of people in reaction to a change or recent events in society or politics*”, ou seja, um forte sentimento entre um grupo de pessoas em reação a mudança ou a eventos recentes na sociedade ou na política (Backlash, 2022, tradução própria).

No âmbito do Poder Judiciário, o *efeito backlash* ocorre geralmente contra decisões progressistas da jurisdição constitucional que vão de encontro ao sentimento conservador majoritariamente observado na sociedade (Paula, 2019, p. 1059). O professor Michael Klarman da Universidade de Harvard, também se utiliza da palavra *backlash* para designar o fenômeno do *overruling* legislativo, ou seja, a promulgação de normas no âmbito do Poder Legislativo contrárias ao entendimento pacificado nos Tribunais (Paula, 2019, p. 1059).

Um exemplo conhecido de *efeito backlash* (*overruling* legislativo), foi a promulgação, em junho de 2017, da Emenda Constitucional nº 96/2017, a qual acrescentava o §7º do artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), permitindo a prática de atividades desportivas que utilizem animais, desde que caracterizadas como manifestações culturais (Brasil, 2017).

A Emenda Constitucional nº 96/2017 foi promulgada pelo Poder Legislativo em resposta à decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.983, proferida em outubro de 2016. Nessa decisão, o STF declarou a inconstitucionalidade da Lei do Estado do Ceará nº 15.299/2013, que regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural no Estado. O argumento utilizado pelos Ministros foi a necessidade de proteção dos animais contra tratamento cruel, sendo a edição da Lei do Estado do Ceará nº 15.299/2013 contrária ao preceito insculpido no artigo 225, VII da CRFB/88.

Quando o Poder Judiciário passa a formular políticas públicas, assim como no modelo do *strong-form judicial review*, há evidente risco de ocorrência do *efeito backlash*, principalmente, por partes de outros poderes do Estado, cujos membros podem ser vazioados do exercício de suas atribuições típicas.

O *decisum* prolatado no âmbito da ADPF nº 347/DF, inclusive, gerou um *backlash* legislativo, com a propositura, no dia 11 de novembro de 2015, pelo senador Antônio Carlos Valadares (PSB/SE), de Projeto de Lei (PL nº 736/2015) estabelecendo requisitos a serem observados pelo STF para declaração do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) e determinando que o reconhecimento do ECI fosse precedido da celebração de um compromisso significativo (Serafim; Lima, 2021, p. 781).

### 3 O COMPROMISSO SIGNIFICATIVO COMO SOLUÇÃO PARA AS CRÍTICAS APONTADAS AO MODELO DO STRONG-FORM JUDICIAL REVIEW

A técnica de resolução de litígios estruturais do compromisso significativo (*meaningful engagement*) foi desenvolvida pelo Tribunal Constitucional da África do Sul a partir de uma série

de casos envolvendo o direito fundamental à moradia, o qual classifica-se como direito fundamental de segunda dimensão e, conforme tratado em tópicos pretéritos, necessita de uma postura prestacional por parte do Estado para a sua efetivação (Mamede, Leitão Neto; Rodrigues, 2021, p. 828).

No início dos anos 2000, diversas cidades da África do Sul foram palco de uma série de litígios relacionados à busca pela efetivação do direito fundamental à moradia. Essas disputas surgiram em decorrência da política do *apartheid*, que levou as populações negras a viver em bairros mais afastados do centro, sem acesso a infraestrutura adequada, serviços públicos, saneamento básico e segurança, entre outros (Cloete, 2016, p. 78).

Com o término do regime do *apartheid* e a redemocratização, no ano de 1996, foi promulgada a Constituição da República da África do Sul, a qual consagrou os Direitos Sociais em suas seções nº 26º, 27º e 29º do capítulo II: alimentação e água, segurança e assistência sociais, educação; proteção à saúde, entre outros (Novais, 2010, p. 211).

O direito fundamental à moradia está consagrado na seção 26º da Constituição da República da África do Sul, o qual dispõe que:

#### 26. Housing

1. Everyone has the right to have access to adequate housing.
2. The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of this right.
3. No one may be evicted from their home, or have their home demolished, without an order of court made after considering all the relevant circumstances. No legislation may permit arbitrary evictions (África do Sul, 1996).

O caso *Grootboom* (2000) inicia-se quando, na Cidade do Cabo, uma comunidade formada por 900 (novecentas) pessoas em situação de extrema pobreza invadiu uma propriedade privada, que encontrava-se desocupada, mas destinava-se, em Plano de Urbanização, a habitação popular, e ocupou-a (Novais, 2010, p. 216).

O proprietário do terreno invadido moveu ação com o fito de obter a reintegração de posse do imóvel, tendo obtido êxito (Novais, 2010, p. 216). Diante disso, o Sr.<sup>a</sup> *Grootboom* e o restante da comunidade, os quais passaram a abrigar-se em um campo de futebol, propuseram ação judicial reivindicando o direito constitucional à moradia insculpido na seção 26º da Constituição da República da África do Sul (Novais, 2010, p. 216).

O Tribunal Constitucional da África do Sul, provocado acerca do litígio, prolatou decisão no sentido de considerar que o programa nacional de habitação da África do Sul era desarrazoadado, por não esboçar qualquer solução imediata para os cidadãos que se encontravam desalojados, assim como os da comunidade do caso *Grootboom* (Novais, 2010, p. 216).

No caso *Grootboom*, a Corte Constitucional da África do Sul mantém uma postura de auto-contenção, não formulando diretamente a política pública de habitação que dever-se-ia aplicar ao caso concreto, tendo somente reconhecido a inconstitucionalidade no programa de habitação do

governo e deixando a cargo do Poder Executivo a elaboração um novo programa que conseguisse suprir as necessidades das comunidades desamparadas (Novais, 2010, p. 216 -217).

O caso ora em epígrafe deu início ao desenvolvimento da técnica de resolução dos litígios estruturais do compromisso significativo (*meaningful engagement*), Entretanto, ele foi objeto de críticas devido à inefetividade em resolver o problema de acesso à moradia na África do Sul, visto que o Tribunal Constitucional ateve-se a declarar a inconstitucionalidade da situação e a solicitar a elaboração de medidas pelo Poder Executivo, não realizando um controle da execução governamental da decisão (Serafim; Lima, 2021, p. 786).

No caso *Olivia Road vs City of Johannesburg*, apreciado pelo Tribunal Constitucional da África do Sul no ano de 2008, chegou-se à ideia de compromisso significativo (*meaningful engagement*), a qual foi melhor desenvolvida posteriormente, no ano de 2009, com o caso *Joe Slovo* (Mamede, Leitão Neto; Rodrigues, 2021, p. 829).

O caso *Olivia Road* inicia-se quando a cidade de Johanesburgo propõe ação perante o Tribunal Regional de *Witwatersrand* (equivalente a segunda instância no Brasil) buscando autorização judicial para remanejar 400 (quatrocentos) residentes de prédios que seriam reformados, haja vista as precárias condições de moradia da população negra na África do Sul, conforme anteriormente narrado (Serafim; Lima, 2021, p. 788).

O Tribunal Regional de *Witwatersrand*, ao apreciar ao caso, prolatou decisão rejeitando o pedido do governo da cidade de Johanesburgo sob o argumento de que a cidade não observou a seção 26º da constituição do país ao almejar proceder com o despejo dos moradores sem que lhes fossem oferecidas moradias alternativas (Serafim; Lima, 2021, p. 788-789).

Irresignado com a decisão que lhe foi desfavorável, o governo da cidade de Johanesburgo interpôs recurso junto a Suprema Corte de Apelação (SCA) – realizando um paralelo com o Brasil é possível afirmar que a SCA equivale ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) –, a qual reformou a decisão para permitir os despejos, mas deixando claro que era competência do ente local providenciar abrigo para aqueles que perdessem as suas respectivas moradias (Serafim; Lima, 2021, p. 789).

Diante da decisão proferida pela SCA e que lhes foi desfavorável, a população diretamente afetada pelo despejo interpôs recurso dirigido ao Tribunal Constitucional da África do Sul, que foi admitido em maio de 2007. No dia 30 de agosto de 2007, o Juiz Zakeria Yacoob, da Corte Constitucional, prolatou decisão determinando que as partes da lide estabelecessem um compromisso significativo (*meaningful engagement*) para resolver as suas diferenças à luz da Constituição (Serafim; Lima, 2021, p. 789).

Após a primeira decisão da Corte Constitucional, as partes, nos meses subsequentes, seguiram dialogando e chegaram a um acordo parcial, tendo o governo da cidade de Johanesburgo assentido em não realizar o despejo, procedendo com a implementação de medidas que favorecessem a manutenção dos moradores na área com uma maior qualidade de vida (Serafim; Lima, 2021, p. 789).

Posteriormente, as partes retornaram à Corte buscando tanto a aprovação do acordo que fora realizado quanto a prolação de uma decisão acerca da adequação do que fora acordado com a jurisprudência estabelecida no caso *Grootboom* (Serafim; Lima, 2021, p. 789-790). Ao invés de proceder com a prolação de um novo *decisum*, o Tribunal Constitucional da África do Sul desenvolveu entendimento no sentido de formalizar o *meaningful engagement* como um requisito que deveria ser observado em todos os litígios estruturais futuros envolvendo o direito fundamental à moradia (Serafim; Lima, 2021, p. 790).

Por ocasião da fixação do compromisso significativo como medida que necessitaria ser observada em todas as lides futuras, o Tribunal Constitucional da África do Sul estabeleceu 4 (quatro) requisitos que essa técnica precisaria seguir (Serafim; Lima, 2021, p. 790-791): “a) o compromisso significativo necessita observar o padrão de razoabilidade outrora estabelecido no caso *Grootboom* que difere do padrão comumente utilizado pelos tribunais brasileiros”.

Ao se referir ao “princípio da razoabilidade” a Corte Constitucional da África do Sul não visa chegar à solução mais eficiente para realização de determinado fim social. Ao contrário, o padrão de razoabilidade estabelecido no caso *Grootboom* dá ampla discricionariedade àquele que é responsável pelo desenvolvimento ou implementação da política pública. Restando ao Poder Judiciário, avaliar se a escolha feita pelo administrador é constitucional ou não (Novais, 2010, p. 213). Os demais requisitos são:

- b) sempre que algum plano de revitalização urbana puder afetar um grande contingente populacional, o Poder Público deverá firmar compromisso significativo no início do planejamento, não deixando para resolver a questão no Poder Judiciário;
- c) reconheceu que, devido à vulnerabilidade dos cidadãos afetados pelos despejos, as organizações da sociedade civil desempenhariam papel imprescindível nas negociações;
- d) por fim, a Corte Constitucional determinou que a Administração Pública deveria manter um registro público com cada compromisso significativo realizado, com o fito do Poder Judiciário avaliar, posteriormente, tanto o resultado das negociações quanto o procedimento utilizado para resolução da lide (Serafim; Lima, 2021, p. 790-791).

A propósito deste último requisito, destaca-se a necessidade de acompanhamento dos resultados da intervenção judicial. Schulze (2022, p. 128) refere esta necessidade, a propósito da judicialização da saúde, como etapa que visa propiciar às partes e ao Judiciário investigar “se houve utilidade da intervenção judicial”. O autor refere ainda a ideia de judicialização “baseada em valor”, que foca nos resultados, para os interessados e a sociedade, daquela intervenção. Evita-se, assim, mobilizar de forma desnecessária o aparato estatal, propicia-se o aperfeiçoamento da política pública em discussão e previnem-se novos litígios. Recomenda-se, no tocante ao processo estrutural, incluir uma fase pós-processual, para essa avaliação, aferindo a utilidade da atuação judicial.

No caso *Joe Slovo*, julgado pelo Tribunal Constitucional da África do Sul no ano de 2009, a Corte estabeleceu novas medidas para o aprimoramento do instituto do compromisso significativo.

No caso ora em epígrafe a Corte Constitucional fixou os parâmetros de negociação que deveriam ser seguidos pela comunidade afetada – assentamento *Joe Slovo* -e o governo da Cidade do Cabo. Ademais, o Tribunal Constitucional decidiu fixar a sua competência para resolução da querela. Ambas as medidas foram tomadas com o escopo de compelir a Cidade do Cabo a negociar com os moradores do assentamento *Joe Slovo* (Serafim; Lima, 2021, p. 793-794).

Diante do exposto, vislumbra-se que o compromisso significativo (*meaningful engagement*) pode ser definido como uma técnica de resolução dos litígios estruturais, oriunda do modelo do *democratic experimentalism*, em que o Poder Judiciário busca estimular um diálogo entre a Administração Pública e as populações diretamente interessadas na resolução da demanda, atuando também como supervisor do desenvolvimento de uma solução acordada para a lide.

A adoção da referida técnica de resolução dos litígios estruturais, contorna as críticas realizadas a sistemática do *strong-form judicial review*, modelo que implica na formulação de políticas públicas unilateralmente pelo Poder Judiciário.

A incapacidade técnica do Poder Judiciário é contornada com a utilização do compromisso significativo devido ao fato de este Poder, nessa sistemática, não realizar a elaboração direta da política pública. Pelo contrário, quem fica encarregado da elaboração da política pública é o Poder Executivo – instância essa que tem a capacidade técnica necessária para formulação de políticas públicas -, atuando o Judiciário somente como um agente promotor do diálogo e fiscalizador da execução do plano de ação apresentado.

A violação ao preceito da separação de Poderes e o risco de um *efeito backlash*, por sua vez, também são superados na sistemática do compromisso significativo, visto que a construção da política pública é feita através do diálogo entre o Poder Executivo – instância dotada de legitimidade democrática para elaboração de políticas públicas – e as populações diretamente interessadas, não havendo uma postura intervencionista por parte do Judiciário.

## CONCLUSÃO

O fenômeno da judicialização dos direitos sociais tem início com o surgimento de normas trabalhistas – as quais implicam numa intervenção estatal em uma relação eminentemente privada, que é a relação de trabalho – e o estabelecimento do *Welfare State*. Com o advento do Estado de Bem-Estar social as políticas públicas convertem-se em normas jurídicas e o processo legislativo passa a ter um caráter prospectivo devido à dinâmica própria do *Welfare State*, o que gera um certo grau de indeterminação das normas jurídicas.

Ao Poder Judiciário se dá a última palavra acerca da efetivação dos direitos sociais, decidindo, quando instado, sobre eventuais omissões dos Poderes Executivo e Legislativo na concretização dos direitos sociais. Saliente-se que os direitos sociais, ao contrário dos “direitos de liberdade”,

necessitam de uma postura ativa por parte do Estado para a sua efetivação, atuando o Judiciário justamente quando a Administração Pública não se movimenta ou age de forma insatisfatória.

Quando o Poder Judiciário é chamado a decidir sobre questões relacionadas a direitos sociais, duas abordagens clássicas podem ser adotadas pelos magistrados: a autocontenção, na qual o direito social não é efetivado e a questão é deixada para as autoridades competentes; ou a postura ativista, que envolve intervenção nos outros poderes e pressão para que tomem as medidas necessárias para concretizar o direito social em questão.

As omissões da Administração Pública podem ocorrer tanto na esfera individual quanto na esfera coletiva. Quando a omissão ocorre no âmbito coletivo e obsta o exercício de um direito social de forma multitudinária, ela pode ser denominada como “omissão institucional”, a qual não se confunde com a mera ausência de norma jurídica.

Para adversar as “omissões institucionais”, uma das ferramentas utilizadas pelo Poder Judiciário são os denominados processos estruturais, os quais possuem o objetivo de promover uma readequação das políticas públicas ou reestruturação de instituições dentro de um contexto de violações multitudinárias de direitos fundamentais, assim como ocorre no sistema penitenciário brasileiro – o que culminou no ajuizamento da ADPF nº 347 – e na omissão da União em tomar medidas para combater a disseminação da Covid-19 nas comunidades quilombolas – gerando o ajuizamento da ADPF nº 742.

Ao apreciar os litígios estruturais o Poder Judiciário poderá utilizar diversos modelos e técnicas de decisão, os principais grupos são: o *democratic experimentalism*; o *weak-form judicial review*; e o *strong-form judicial review*.

O modelo do *strong-form judicial review* implica em uma maior intervenção do Poder Judiciário sobre os outros poderes, visto que o Judiciário passa a formular unilateralmente a política pública que será aplicada no caso concreto, enquanto no *weak-form judicial review* e no *democratic experimentalism* o Judiciário passa a ter o papel de facilitador do diálogo entre as partes interessadas no processo.

A formulação unilateral de políticas públicas pelo Poder Judiciário no *strong-form judicial review* gera uma série de críticas, sendo as principais: a) a incapacidade técnica que este Poder possui para formular unilateralmente políticas públicas; b) a violação ao preceito da separação de poderes, visto que as políticas públicas deveriam ser formuladas pelo Poder Executivo, que é eleito justamente para essa finalidade; e c) por fim, a possibilidade de ocorrência de um *efeito backlash*, que consiste numa forte reação da sociedade e do meio político contra decisões que contrariem o sentimento majoritário.

A partir da construção realizada no presente trabalho, pôde-se vislumbrar que o compromisso significativo (*meaningful engagement*), técnica de resolução dos litígios estruturais desenvolvida pela Corte Constitucional da África do Sul e que integra o modelo do *democratic experimentalism*, é um mecanismo adequado para superar as críticas realizadas ao modelo intervencionista de

enfrentamento aos litígios estruturais, visto que a técnica em epígrafe fomenta um diálogo entre o Poder Executivo (instância responsável pela formulação de políticas públicas) e as populações diretamente interessadas na resolução da lide em busca da construção de uma solução para a querela, atuando o Poder Judiciário somente como ente que fomenta o diálogo e fiscaliza da execução do plano de ação avençado. Interessante, nessa perspectiva, é incluir, no processo estrutural, uma dimensão de avaliação pós-processual dos resultados e da utilidade da intervenção, para as partes e a sociedade, aprimorando-se as políticas públicas e prevenindo-se novos litígios semelhantes.

## **REFERÊNCIAS**

ÁFRICA DO SUL. **Constitution of the Republic of South Africa the 1996**. Pretória: Republic of South África, 1996. Disponível em: <https://www.gov.za/documents/constitution-republic-south-africa-1996>. Acesso em: 25 nov. 2022.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henrique. **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 475-492.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

BACKLASH. In: CAMBRIDGE Dictionary Online. Cambridge: Cambridge University Press, 2022. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/>. Acesso em: 25 nov. 2022.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 96, de 6 de junho de 2017**. Acrescenta § 7º ao art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constitucacao/emendas/emc/emc96.htm#:~:text=EMENDA%20CONSTITUCIONAL%20N%C2%BA%2096%2C%20DE,do%20%C2%A7%20%C2%BA%20do%20art](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucacao/emendas/emc/emc96.htm#:~:text=EMENDA%20CONSTITUCIONAL%20N%C2%BA%2096%2C%20DE,do%20%C2%A7%20%C2%BA%20do%20art). Acesso em: 25 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Custodiado – integridade física e moral – sistema penitenciário – arguição de descumprimento de preceito fundamental – adequação. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciarias no Brasil. Relator: Min. Marco Aurélio Mello, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 25 nov. 2022.

CLOETE, Clireesh Terry. **A critical analysis of the approach of the courts in the application of eviction remedies in the pre-constitutional and constitutional context**. 2016. 231 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Stellenbosch University, Stellenbosch, 2016.

CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo.; VASCONCELOS Lincoln Machado Alves. O processo estrutural como forma de proteção aos direitos fundamentais ao meio ambiente. **Research, Society And Development**, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 1-8, fev. 2021.

GUIMARÃES, Maria Rezende. O estado de coisas inconstitucional: a perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da experiência da Corte Constitucional colombiana. **Boletim Científico Esmpu**, Brasília, DF, v. 1, n. 49, p. 79-111, jul. 2017.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

MAMEDE, Juliana Maria Borges; LEITÃO NETO, Helio das Chagas; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. O estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo enquanto instrumentos do constitucionalismo dialógico no Brasil: virtudes e limites. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 8, n. 3, p. 807-835, set./dez. 2021.

MICHELMAN, Frank I. The constitution, social rights, and liberal political justification. **International Journal Of Constitutional Law**, Oxônia, v. 1, n. 1, p. 13-34. jan. 2003.

NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. Litígio estratégico x litígio estrutural (de interesse público): ao fim e ao cabo, denominações de um mesmo instituto para a defesa de direitos fundamentais?. **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 27, p. 1-12, 2022.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

PAULA, Livia Pagani. de. Efeito Backlash da jurisdição constitucional: o caso da vaquejada. In: MELLO, Cleison de Moraes; FIGUEIRA, Hector Luiz Martins; Martins, Vanderlei. **Democracia e direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Leonardo Rabelo. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019. p. 1058-1068.

PRZEWORSKI, Adam. **Capitalismo e social-democracia**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

PUGA, Mariela. El litigio estructural. **Revista de teoría del derecho de la universidad de palermo**, Buenos Aires, v. 1, n. 2, p. 41-82, 2014.

SCHULZE, Clenio Jair. Judicialização da saúde e novas possibilidades jurídicas. **Revista de Direito da Saúde Comparado**, São Paulo, v. 1, n. 1, 2022, p. 120-134.

SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; LIMA, George Marmelstein. Compromisso significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 8, n. 3, p. 771-806, set./dez. 2021.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **Michigan Law Review**, Michigan, v. 101, p. 885-951, fev. 2003.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de Carvalho; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

Recebido em: 19/05/2023

Aceito em: 22/10/2023

# RELEITURA DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO CONTEXTO DO CONTROLE JURISDICIONAL DO MÉRITO ADMINISTRATIVO

## REINTERPRETATION OF THE THEORY OF SEPARATION OF POWERS IN THE CONTEXT OF JUDICIAL CONTROL OF ADMINISTRATIVE MERIT

Bruno Leonardo Mantuano Costa\*  
Paulo Afonso Cavichioli Carmona\*\*

\*Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Especialista em Direito do Estado pelo Instituto Excelência - PODIVM. Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador - UCSAL. Major e Professor de Direito Administrativo Disciplinar Militar, Direito Penal Militar e Direito Processual Penal Militar no Curso de Habilitação de Oficiais (CHO) - 2016 a 2023 - e do Curso de Formação de Oficiais (CFO) - 2018 a 2022 - ambos do Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal (CBMDF). Assessor Jurídico na Corregedoria do CBMDF. ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-8576-3255>

\*\*Pós-doutorado pela Università del Salento, Lecce, Itália. Doutor e Mestre em Direito Urbanístico PUC/SP. Professor Titular de Direito Administrativo e Urbanístico do Programa de Mestrado/Doutorado de Direito e Políticas Públicas e do Mestrado de Arquitetura e Urbanismo do Centro Universitário de Brasília (CEUB). Líder do Grupo de Pesquisa em Direito Público e Política Urbana - GPDDPU (CEUB). Juiz de Direito (TJDFT). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7715-3983>

**Como citar:** COSTA, Bruno Leonardo Mantuano; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. Releitura da teoria da separação dos poderes no contexto do controle jurisdiccional do mérito administrativo. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 19, n. 2, p. 285-301, jul. 2024. DOI: 10.5433/1980-511X.2024.v19.n2.p285-301. ISSN: 1980-551X.

**Resumo:** O objetivo deste artigo é retratar que, embora a teoria da separação dos poderes esteja consagrada na Constituição Federal como princípio fundamental, o cenário atual é que o Poder Judiciário tem realizado verdadeira incursão nos atos típicos dos outros poderes, como os atos discricionários praticados pelo Poder Executivo. Essa incursão, materializada por meio do controle judicial sobre o mérito administrativo, revela destacado ativismo judicial, o que tem ocasionado um engessamento do administrador, o qual tem medo de tomar decisões que venham a ser atacadas pelo Poder Judiciário. Como resposta a esse fenômeno, surgem as posições doutrinárias sugerindo a autocontenção do Judiciário e a deferência à Administração Pública, oriundas de uma leitura contemporânea da teoria da separação dos poderes. Por meio de uma análise qualitativa sobre as posições doutrinárias alusivas ao tema e pelo método hipotético-dedutivo, conclui-se que, sendo o Poder Judiciário o último a se manifestar, somente por meio de uma autocrítica, promovedora de autocontenção e deferência à Administração Pública, em respeito à separação dos poderes, é que o panorama atual de incursões exageradas no mérito administrativo poderá ser alterado, evitando-se a mera substituição da vontade do administrador pela do magistrado.

**Palavras-chave:** separação dos poderes; controle judicial; mérito administrativo; ativismo judicial; autocontenção do judiciário.

**Abstract:** The aim of this paper is to portray that, despite the theory of separation of powers being enshrined in the Brazilian Federal Constitution as a fundamental principle, the current scenario reveals that the Judiciary has increasingly encroached upon the typical functions of other branches, particularly the discretionary acts of the Executive. This judicial intervention, manifested through judicial review of administrative decisions, underscores significant judicial activism, leading to a cautious approach by administrators who fear decisions being challenged in court. In response to this trend, doctrinal positions advocating judicial self-restraint and deference to Public Administration have emerged from a contemporary interpretation of the separation of powers. Through a qualitative analysis of doctrinal viewpoints and employing a hypothetical-deductive approach, the study concludes that, as the

Judiciary is the final arbiter, a critical self-reflection promoting self-restraint and respect for Public Administration, in accordance with the separation of powers, could mitigate the current trend of excessive judicial intervention in administrative matters, thereby preventing mere judicial substitution of administrative discretion.

**Keywords:** separation of powers; judicial control; administrative merit; judicial activism; judiciary self-restraint.

## INTRODUÇÃO

A teoria da separação dos poderes, proposta por Montesquieu no século XVIII, segundo a qual o Estado possui três espécies de poderes, quais sejam, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, em que cada um limita o poder do outro, carece de uma releitura moderna, contempladora das expertises desempenhadas por cada uma dessas funções do Estado, como forma de lançar luz ao debate sobre o controle judicial de atos do Poder Executivo e do Legislativo.

A questão central da teoria apresentada por Montesquieu cingia na identificação das atividades primordiais de cada um dos poderes do Estado e na contenção que um poder exercia sobre o outro.

Contudo, com o avanço das funções do Estado, e em especial das atividades desempenhadas pelo Poder Judiciário, tem sido observado um crescimento das decisões judiciais envolvendo decisões dos demais poderes, num possível desequilíbrio entre os três poderes. Nesse sentido, hoje discute-se sobre a incursão de decisões judiciais no mérito administrativo, no mérito de políticas públicas e de deliberações parlamentares.

No presente artigo, delimita-se a questão do equilíbrio entre os três poderes com o contexto do controle judicial sobre o mérito administrativo das decisões do Poder Executivo, ou seja, sobre as decisões da Administração Pública em que o poder legiferante conferiu ao Administrador o poder de escolha, em determinados casos concretos, de uma dentre outras soluções igualmente válidas para atingir o interesse público na prática do ato administrativo, escolhendo-se o melhor desfecho ao caso pendente de decisão.

Esse processo de escolha da melhor solução ao caso concreto, em que a Administração faz um juízo de oportunidade e conveniência, no desempenho de sua competência discricionária, buscando concretizar seus fins constitucionais, constitui o mérito administrativo do ato praticado. Uma vez escolhida a solução, dentre mais de uma possível, pelo administrador, pode ocorrer de algum interessado questionar judicialmente a opção do gestor, levando-se ao escrutínio do Poder Judiciário o mérito da escolha feita pela Administração Pública.

A possibilidade de o Poder Judiciário decidir sobre o mérito administrativo, deliberando mais do que questões envolvendo a legalidade do ato questionado, com o fito de concretizar direitos e garantias fundamentais e geralmente sob o escopo de analisar a razoabilidade e a proporcionalidade do ato administrativo, como tem ocorrido no país, é questão merecedora de profunda reflexão na doutrina e jurisprudência pátrias, sobretudo à luz da teoria da separação dos poderes, em especial a uma visão moderna de sua concepção.

Com efeito, hodiernamente se tem debatido sobre o denominado ativismo judicial, que seria a atuação proativa do magistrado de expandir o sentido e alcance de normas e princípios, notadamente constitucionais, para a materialização de direitos fundamentais, decidindo em processo judicial sobre atos administrativos, políticas públicas e atos emanados pelo Poder Legislativo. Nes-

se contexto, por meio do ativismo judicial, o Poder Judiciário, balizado por parte significativa da doutrina brasileira, tem decidido, portanto, sobre o mérito administrativo de atos administrativos e políticas públicas.

Como um freio a essa faceta de atuação do Poder Judiciário, encontra-se a teoria da Separação dos Poderes, limitando a atuação do Judiciário como substitutiva do exercício regular das atuações executivas e legislativas, mas a invocação dessa teoria não tem se revelado suficiente para a contenção do ativismo judicial, havendo inclusive maior produção doutrinária e jurisprudencial favorável a esse ativismo, ao ponto de existirem atualmente posições que falam inclusive em “redução a zero” da discricionariedade administrativa.

A consequência desse tipo de decisão judicante tem sido um engessamento dos gestores públicos, os quais tem adotado postura defensiva e conservadora, com receio da intervenção dos órgãos de controle e de eventual responsabilização pela prática de ato administrativo que, posteriormente, o Poder Judiciário o invalide.

Em resposta a esse período vivenciado de destacado ativismo judicial, a doutrina vem se debruçando sobre o tema, propondo soluções, normalmente envolvendo a autocontenção do Judiciário e a deferência à Administração Pública, sobretudo quando esta age em decorrência de sua competência discricionária, e contemplando a expertise que cada Poder possui no exercício do seu mister, numa verdadeira releitura da teoria da separação dos Poderes proposta por Montesquieu. Com isso, busca-se o equilíbrio na problemática apontada, freando eventuais excessos de controle judicial e criando um arcabouço teórico robusto capaz de sustentar uma atuação judicial mais parcimoniosa.

Nesse sentido, o presente artigo que ora se desenvolve possui o objetivo de apresentar uma proposta de releitura da teoria da separação dos poderes, modernizando-a, como forma de moldar uma postura de autocontenção do Poder Judiciário, no intuito de promover o equilíbrio entre os três Poderes, evitando-se um governo de juízes, no qual, indesejadamente, ocorreria, ao final, mera substituição da vontade do gestor pela vontade do magistrado.

## **1 A QUESTÃO DO CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO, DA INAFASTABILIDADE JURISDICIONAL E DO DESEQUILÍBRIO ENTRE OS TRÊS PODERES NO ATIVISMO JUDICIAL**

Antes de evidenciar que algumas atuações do Poder Judiciário têm proporcionado desequilíbrio entre os três poderes, faz-se necessário tecer algumas considerações sobre a discricionariedade administrativa e sobre mérito administrativo, para melhor compreensão da análise proposta.

Celso Antônio Bandeira de Melo (2001, p. 48) aponta que a discricionariedade aparece somente quando não existe um único desfecho a ser adotado pelo administrador no mandamento da norma, remanescente a ele a escolha de, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis para adotar a solução mais adequada à finalidade pública.

Para Di Pietro (2001, p. 75-76), em quatro situações ocorre a discricionariedade administrativa, quais sejam, quando a lei de forma expressa confere à Administração o poder de escolha; quando a lei é insuficiente em razão de ser impossível predeterminar todas as situações; quando a lei prescreve a competência, mas não a conduta do agente público; quando a lei contém conceitos jurídicos indeterminados.

Já Dinorá Grotti (1999, p. 108-111), ao estudar profundamente a relação entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa, aduz que o campo da discricionariedade é maior na norma de Direito, ficando reduzida quando da sua aplicação ao caso concreto, após o processo interpretativo, sendo que apenas haverá a discricionariedade, após a interpretação, quando duas ou mais soluções forem igualmente sustentáveis e, em tais casos, a decisão do administrador será tida como inatacável.

No tocante ao mérito administrativo, Seabra Fagundes, um dos brasileiros pioneiros no estudo do tema, afirma que o mérito está no sentido político do ato administrativo e que surge em conexão com o motivo e o objeto do ato administrativo, sendo o conteúdo discricionário deste (Fagundes, 2006, p. 180-181) e elemento integrante apenas dos atos administrativos discricionários<sup>1</sup>.

Juarez Freitas (2004, p. 217), assevera que a palavra mérito está ligada ao juízo de conveniência e oportunidade que é dado ao administrador e que, por isso, seria insindicável pelo Poder Judiciário, com a ressalva de que o “demérito” seria passível de controle, por não se admitir uma discricionariedade administrativa distraída dos seus objetivos cruciais.

Para Dirley da Cunha Júnior (2015, p. 75), mérito administrativo é um juízo de oportunidade e conveniência que a Administração Pública pode exercer em dada situação, no desempenho de uma competência discricionária, sendo indiscutível, conforme ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho (2016, p. 226), a identificação, na prática do ato administrativo, de determinados fatores que pressupõem a valoração do administrador e seu processo de escolha, possuindo maior liberdade para sua decisão.

Estreitando a liberdade que haveria para o administrador decidir na prática de ato discricionário está o entendimento de Gustavo Binembojm (2014, p. 38-39), o qual aponta que, com a constitucionalização do direito administrativo, a discricionariedade deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador para se convolver em um resíduo de legitimidade, a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa, motivo pelo qual entende que se deve abandonar a dicotomia entre ato vinculado e ato discricionário, para se falar somente de diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade, conferindo-se, assim, maior possibilidade de controle judicial sobre o mérito administrativo, que se vê reduzido.

1 Segundo Seabra Fagundes (2006), no ato vinculado o mérito deste já se encontra esgotado previamente, pois o mérito do ato já foi objeto de análise e de solução erigida idealmente pelo legislador de maneira apriorística, cabendo ao administrador somente executar a solução pré-deliberada, de forma vinculada, não possuindo margem de escolha quanto a praticá-la ou não praticá-la.

Em continuidade a esse estreitamento da discricionariedade administrativa e, por conseguinte, do mérito administrativo, está o fenômeno que César Augusto Guimarães Pereira (2003, p. 243) denominou de “redução a zero” da discricionariedade administrativa, em que, diante de um caso concreto, após o procedimento adequado à escolha pública, as alternativas de prática do ato se reduziriam a uma única conduta possível, após a atividade hermenêutica.

Sandro Dezan (2014, p. 58) aponta que a teoria tem caminhado no sentido de limitar essa margem de liberdade da Administração para a prática dos atos discricionários, fazendo com que o juízo de conveniência e oportunidade, por meio da razoabilidade e proporcionalidade, identifique o interesse público a ser consagrado à luz do caso concreto, visto que “somente há de haver um único ato ótimo a realizar por completo o interesse público posto em jogo”, denominando essa busca da edição do único ato adequado como “razoabilidade qualificada”, o que parece coadunar com a “redução a zero” da discricionariedade administrativa, em virtude de não haver possibilidade de escolha ao ser concebível somente um único ato ótimo.

Dessa forma, considerando que mesmo no exercício de uma competência discricionária, haveria somente uma escolha, no caso concreto, a ser praticada pelo administrador, caso este optasse pela prática de outro ato, indaga-se se estaria o Poder Judiciário legitimado a cassar o ato praticado. Como é cediço, uma vez que alguém questione judicialmente um ato administrativo, ainda que discricionário, caberá ao Judiciário, em decorrência do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal<sup>2</sup>, analisar o pleito do autor, proférindo decisão ao caso concreto, proferindo, assim, a aplicação da lei a uma hipótese controvertida mediante processo regular (Bastos; Martins, 1989, p. 169).

Caso o magistrado entenda, no caso concreto, que somente há um ato ótimo a ser praticado e tal ato seja distinto do escolhido pelo administrador, então ocorrerá a invalidação judicial do ato administrativo praticado, consoante a doutrina esposada que se posiciona no sentido de estreitar a margem de atuação da Administração Pública. A inquietação com tal cenário surge a partir do momento em que se constata que, enquanto um juiz pode entender que somente uma decisão (diversa da escolhida pelo administrador) poderia ter sido praticada no caso concreto pela Administração, em busca do ato ótimo, outro juiz, sobre o mesmo caso, pode entender que justamente o ato praticado pelo administrador é que seria o ato ótimo.

Sim, pois, conforme Lenio Streck (2014, p. 157), o Judiciário brasileiro se encontra em um “estado de natureza interpretativo”, por meio do qual “cada um decide como quer, inventam-se princípios, aplicam-se teses sem contexto, além da escolha que Tribunais fazem acerca de cumprir a lei ou não cumprir a lei”, Carlos Ari Sundfeld (2012, p. 79-81), no mesmo sentido, denuncia esse processo de escolha decisória exemplificando com a alternância de entendimento de um magistrado sobre ocorrência de improbidade, ao contextualizar sobre o uso de princípios para “julgar nas nuvens”.

<sup>2</sup> Constituição Federal de 1988: “Art. 5º [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (Brasil, 1988).

Por ativismo judicial, comprehende-se a “escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”, revelando-se como o oposto da autocontenção judicial (Barroso, 2017, p. 445). A atividade judicial expressada por Montesquieu como o juiz sendo a boca da lei, realizada pela subsunção, a partir da legislação abstrata e geral, vinculante à administração da Justiça, aplicável a todos e sem distinção, dá o seu lugar para a prática da hermenêutica, centrada em valores e princípios, ponderando-se as normas vigentes do caso concreto (Taquary, 2017, p. 33).

O Judiciário, sob o prisma do ativismo judicial, utiliza-se do conceito da juridicidade e de princípios como a razoabilidade e a proporcionalidade para a ampliação do controle jurisdicional que realiza sobre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, adentrando no mérito administrativo e na definição de políticas públicas.

Compreende-se que o direito passou por um movimento do positivismo ao pós-positivismo (Fernandes; Bicalho, 2011, p. 111), e que a aplicação do direito passou da legalidade à juridicidade, ou seja, atuação conforme a lei e o Direito (Dezan, 2014, p. 43), ocorrendo uma espécie de enfraquecimento da lei para o fortalecimento de valores (Dezan, 2021, p. 297), sendo enxergado esse avanço como uma evolução e não como uma crise (Di Pietro, 2012, p. 16), mas entende-se que esse “avanço” chegou ao que deveria ser considerado o limite do caminho pendular, havendo a necessidade de se retomar a direção em busca de um caminho mais parcimonioso e harmônico entre os Poderes.

Isso porque, no contexto deste artigo, em razão do princípio da inafastabilidade jurisdicional, qualquer ato administrativo questionado judicialmente deve ser submetido à apreciação do Poder Judiciário para este promover decisão ao caso concreto, porém, quando o ato questionado se tratar de conteúdo discricionário, a invalidação do ato, no cenário aqui apresentado de destacado avanço do ativismo judicial, poderá representar a mera substituição da vontade do Poder Executivo pela vontade do Poder Judiciário, o que configuraria a substituição da discricionariedade legítima do administrador por arbítrio ilegítimo do juiz (Meirelles, 2016, p. 883), situação que o direito deve evitar, por fragilizar a separação dos Poderes, consagrada no art. 2º da nossa Lei Maior<sup>3</sup>.

Com efeito, Monstesquieu, já no século XVIII, apontava existir em cada Estado três tipos de poderes: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, sendo que um impõe limite ao outro, de modo que se um se sobressair sobre outro, avançando em suas atribuições, haverá um desequilíbrio indesejado. Assim, se o poder de julgar estiver unido ao de legiferar, será arbitrário o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos, “pois o juiz será legislador”; se estiver amalgamado ao Poder Executivo, “o juiz poderá ter a força de um opressor” (Montesquieu, 2014, p. 230).

<sup>3</sup> Constituição Federal de 1988: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (Brasil, 1988).

## 2 A CONCEPÇÃO MODERNA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, A AUTOCONTENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E O PRINCÍPIO DA DEFERÊNCIA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O controle judicial dos atos discricionários praticados pela Administração Pública, no contexto do mérito administrativo, é assunto diretamente ligado à teoria da separação dos Poderes.

Para compreender melhor a importância da teoria da separação dos poderes, deve-se buscar suas origens, de modo a compreender seu processo de formação e sua essência. Aristóteles teria sido o primeiro a escrever sobre os poderes do Estado, ao refletir sobre os órgãos e suas funções perante o Estado, ocasião em que observou a existência de três poderes nos governos, quais sejam, o poder deliberativo, que delibera sobre os negócios do Estado, o poder executivo, que seriam as magistraturas e os poderes constituídos para o agir do Estado, e o poder judiciário, que abrange os cargos de jurisdição (Aristóteles, 2001, p. 87), o que poderia ser considerado um pensamento embrionário da teoria da separação dos poderes mais adiante apresentada de forma aperfeiçoada por Montesquieu.

Além de Aristóteles, outro grande pensador que contribuiu para a construção do pensamento da teoria da separação dos poderes foi John Locke, o qual, em o Segundo Tratado Sobre o Governo Civil, também observou a existência de três poderes, quais sejam, o poder legislativo, que define o modo que deverá se utilizar a força da comunidade para a sua própria preservação e de seus membros, o poder executivo, que executa as leis em vigor, e o poder federativo, que resolve as controvérsias da sociedade e dos seus membros, além de fornecer mecanismos para a reparação de danos (Locke, 1994, p. 171-172).

Por fim, adveio a concepção clássica de divisão dos poderes, apresentada por Montesquieu, em o Espírito das Leis, quando atestou a existência de três Poderes do Estado, quais sejam o Legislativo, incumbido da função de legislar, o Executivo, a quem cabe administrar, e o Judiciário, responsável pela função de julgar. Sua ideia central estava na contenção de um poder sobre o outro, tendo destacado que “para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder” (Montesquieu, 2014, p. 229). Esse é o fundamento mais clássico sobre a separação dos Poderes e que restou consagrado até tempos hodiernos.

Essa concepção clássica tem sido questionada pela doutrina, a ponto de afirmarem se tratar de um princípio em decadência, em razão de que a divisão dos poderes não teria a mesma relevância de outras épocas, o que parece representar um discurso reconhecedor da atuação criativa do Poder Judiciário envolvendo decisão judicial de atos tipicamente emanados dos outros poderes, havendo o risco de se ter inclusive um Judiciário politizado, em razão de que a neutralização política desse poder “é que institucionaliza a prudência como uma espécie de guardião ético dos objetos jurídicos (Ferraz Junior, 1994, p. 21).

Nesse sentido, a doutrina tem proposto uma reavaliação da separação dos poderes, em razão dos novos papéis assumidos pelo Estado no século XXI. É que, diferentemente da socieda-

de do século XVIII em que Montesquieu redigiu sua clássica obra, para a sociedade atual a ideia da separação dos poderes, que em sua origem teve maior foco na proteção aos direitos e liberdades individuais, tem uma concepção insuficiente, tendo em vista a necessidade de se ter um Estado mais ativo, assegurador de direitos sociais e coletivos, justificando uma atuação do Estado, em todas as esferas de poderes, nesse desiderato. Nesse sentido, aduz-se que o princípio da separação dos poderes perdeu autoridade, decaiu de vigor e prestígio, estaria presente na doutrina e nas Constituições, mas seria “um desses pontos mortos do pensamento político”, representando um obstáculo para progresso democrático contemporâneo, visto que, “quando, erroneamente interpretado, conduz a uma separação extrema, rigorosa e absurda” (Bonavides, 2000, p. 185-186).

Nessa esteira de raciocínio, a doutrina vem compreendendo que a clássica separação de poderes vem sendo superada aos poucos, visto que, já no início do intervencionismo estatal, oriundo do Estado Social, observou-se alterações nas relações entre os Poderes do Estado, com o deslocamento da esfera de tensão do Poder Legislativo para o Poder Executivo, e, posteriormente, no Estado Democrático de Direito, o deslocamento se deu do Poder Executivo e do Legislativo para o Poder Judiciário, principalmente nos países com Constituições dirigentes, onde os Tribunais Constitucionais apresentam postura mais ativa (Streck; Morais, 2003, p. 163), típica do ativismo judicial.

Justamente como contraponto a esse posicionamento doutrinário que sugere uma superação do princípio da separação dos poderes, doutrina contemporânea tem proposto uma verdadeira releitura do princípio, conservando sua essência, por meio de sua modernização. Vale dizer, além da concepção clássica, há agora um fundamento contemporâneo, no sentido de que a separação dos Poderes “promove a especialização e organização das funções do Estado, onde cada fase de exercício do poder possui integridade própria e deve ser observada” (Medeiros, 2020, p. 39). Essa ideia parte do pressuposto de que, com a separação dos Poderes, formam-se estruturas orgânicas especializadas e independentes entre si, buscando-se evitar a participação em funções estranhas às suas atividades, justamente devido à falta de especialização funcional (Ramos, 2015, p. 115).

Nessa concepção contemporânea da teoria da separação dos poderes, tem-se que um governo mais eficiente é aquele que é especializado e articulado, “dividido em três ramos distintos entre si por razão dessa especialização e articulação” e não em razão de uma divisão aleatória e distante dos ideias de concretização de direitos fundamentais; ao contrário, esse desenho institucional tripartido permite que o poder passe por diversas fases, “em instâncias diferentes entre si, com atores diferentes entre si especializados de alguma forma para realizar o exercício específico desse poder”, antes que o ato produza os efeitos almejados pela ordem vigente (Medeiros, 2020, p. 48).

Logo, percebe-se que houve uma evolução após a obra de Montesquieu, havendo uma verdadeira releitura na forma de uma concepção mais ampla sobre a separação dos Poderes, sobretudo no tocante à especialização no desempenho de cada um dos Poderes (expertise técnica e credenciais democráticas). Ademais, é certo que, tanto por uma concepção clássica quanto por uma concepção moderna, a separação dos poderes se encontra consagrada nos princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988, a qual, por isso, previu um “sistema de freios e contrapesos, à busca do

equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados” (Silva, 1999, p. 114).

Assim, embora tenha sido previsto um sistema de freios e contrapesos, consagrando-se no ápice do sistema normativo brasileiro a teoria da separação dos poderes, o Judiciário, por ser o Poder que profere a palavra final em dado caso concreto, devido à natureza de suas funções, não parece ter contra si um contrapeso efetivo para a promoção de sua moderação, com o escopo de evitar a ocorrência de um hiperativismo judicial. Para alguns, esse ativismo judicial configura verdadeiro desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional (Ramos, 2015, p. 138). Por isso, vislumbra-se a necessidade de conscientização do próprio Judiciário sobre esse cenário, em busca de uma autocontenção nos limites de sua atuação.

É claro que, sob o olhar das relações dos atos da Administração Pública e o Poder Judiciário, entende-se que o controle judicial do ato administrativo é instrumento necessário para o aperfeiçoamento das atividades desempenhadas pela Administração Pública, quando caça os atos administrativos praticados em desacordo com a legalidade e com alguns parâmetros constitucionais aferíveis no caso concreto.

Ou seja, submetido ao Poder Judiciário a análise sobre a validade de determinado ato administrativo, considera-se salutar que ele escrutine a legalidade do ato e, diante do princípio da juridicidade, averigue com parcimônia se foram observados todos os princípios constitucionais incidentes no caso sob análise. Disso, comprehende-se que inclusive o mérito administrativo do ato praticado pela Administração Pública deve ser conhecido e apreciado pelo Poder Judiciário, que analisará os diversos parâmetros jurídicos relacionados ao ato administrativo judicializado, dentre eles a razoabilidade e a proporcionalidade. Contudo, a autocontenção deve ser premissa de atuação do magistrado, o qual somente invalidaria o ato nas hipóteses de ilegalidade ou escandalosa ofensa à moralidade, razoabilidade ou proporcionalidade do ato.

Luís Roberto Barroso (2017, p. 417-418), aduz ser possível ao Poder Judiciário decidir sobre o mérito administrativo, quando houver ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, necessitando a correção do ato, permitindo o controle da discricionariedade administrativa. Todavia, expõe-se aqui a compreensão de que somente os atos nitidamente irrazoáveis e desproporcionais, quando praticados pela Administração Pública, devem ser conhecidos pelo Judiciário e cassados. Como exemplo, parece notavelmente desarrazoado punir, em processo administrativo disciplinar, um servidor que chegou atrasado a alguma reunião do trabalho com a pena de demissão, motivo pelo qual caberia ao Judiciário, caso provocado, cassar esse ato, por notória ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Contudo, existem também os atos visivelmente razoáveis e proporcionais e existem aqueles que pertencem a uma zona de incerteza, em que não se sabe ao certo se seriam razoáveis ou proporcionais (Fernandes, 2014, p. 154). Em casos tais, entende-se que o Judiciário deve praticar a autocontenção e, com isso, prestigiar o ato praticado pela Administração Pública, inclusive porque

ele goza de presunção de legitimidade (Bastos, 1994, p. 102), devendo-se anular somente quando da certeza da ilegalidade ou constitucionalidade.

Vale dizer, o mérito administrativo não deve ser incognoscível pelo Poder Judiciário, mas defende-se a realização de um controle deferente (Medeiros, 2020, p. 193), em que o Judiciário, quando se depara com aqueles atos inseridos no contexto da zona de incerteza sobre sua proporcionalidade e razoabilidade, decide prestigiar a escolha administrativa, diante da ausência de parâmetros empíricos e jurídicos seguros de controle, bem como em atenção ao princípio da separação de Poderes, e em homenagem à presunção de legitimidade dos atos administrativos (Fernandes, 2014, p. 155).

Dessa forma, vislumbra-se a necessidade de uma postura de autocontenção do Judiciário, com constante autovigilância para que eventualmente não se sobreponha a outro Poder, pois a adoção de uma atuação no sentido do ativismo judicial aqui apontado pode provocar o advento de um “governo de juízes”, rompendo assim o equilíbrio fundamental dos poderes detentores da soberania na organização do Estado democrático (Bonavides, 2004, p. 432), constituindo ofensa à separação dos poderes, que, repise-se, restou consagrada no texto constitucional brasileiro.

Nesse sentido, revela-se de importância o princípio da deferência à Administração Pública, segundo o qual o controle judicial deve, ao máximo, respeitar as decisões dos outros Poderes, salvo se insanáveis e claramente incompatíveis com a Constituição (Freitas, 2011, p. 148), uma vez que “a desmedida invasão das áreas de competência do Poder Executivo acaba por esvaziar o projeto constitucional de cooperação entre os Poderes” (Oliveira, 2017, p. 222).

Isso porque, como já denunciado antes, o administrador público, por não querer correr riscos ante o excessivo controle sobre os seus atos, vem aos poucos desistindo de decidir, vendo-se engessado em suas atividades, tendo como consequência inevitável de sua retração a ineficiência administrativa, com prejuízos evidentes ao funcionamento da atividade pública (Guimarães, 2016). Com a adoção do controle deferente, vislumbra-se uma mudança desse cenário, permitindo-se a atuação administrativa eficiente e sem receios pré-concebidos para realizar a concretização dos seus fins constitucionais.

Calha destacar que o princípio da deferência à Administração Pública possui fundamento não só na constatação fática de que a Administração está em melhor posição para tomar decisões que envolvam a sua expertise ou condição política, quando comparado ao Poder Judiciário (Medeiros, 2020, p. 197), mas também em razão da presunção de legitimidade de que gozam os atos administrativos, e em observância ao que preceituam o art. 2º da Constituição Federal (separação dos Poderes) e o art. 22 da Lei de Introdução do Direito Brasileiro (LINDB), introduzido pela Lei nº 13.655/2018 (Brasil, 2018), que, explicitamente, previu o dever de se considerar os obstáculos e as dificuldades reais do gestor, quando da interpretação de normas sobre gestão pública<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942: “Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados” (Brasil, 1942).

Eduardo Jordão assevera que a forma como o direito brasileiro vem sendo interpretado e aplicado, focando nos controladores da aplicação do direito, tem ocasionado “ineficiências gerenciais importantes”, classificando as inovações trazidas pela Lei nº 13.655/2018 como “antirromântica” ou “anti-idealista” e que o seu grande objetivo foi introduzir “boa dose de pragmatismo e contextualização na interpretação e operação das normas de direito público” (Jordão, 2018, p. 65-66).

Assim, parece claro que o próprio legislador buscou positivar a essência do princípio da deferência à Administração Pública na LINDB, justamente para tentar trazer mais segurança jurídica à atuação do gestor, como forma de tentar alterar a realidade de controle judicial demasiado, direcionando que o magistrado torne inválidas somente as decisões administrativas nitidamente desarrazoadas.

Há que se esclarecer que deferência significa que o Deferidor, quando tomar sua decisão seguirá uma determinação feita por algum outro indivíduo ou instituição, determinação essa que o Deferidor poderia não ter tomado se tivesse decidido de forma independente sobre o mesmo processo de escolha, concebendo-se o outro indivíduo ou instituição que impacta este processo de tomada de decisão como o Deferido (Dotan, 2019, p. 765-766).

Assim, a deferência envolve um julgador, pondo de lado seu próprio julgamento e seguindo o julgamento de outro tomador de decisão, em circunstâncias nas quais o julgador poderia ter chegado a uma decisão diferente. Ou seja, o julgador (o Deferidor) poderia ter outra opinião ou consideração sobre o objeto da decisão, decidindo de forma diversa, se estivesse decidindo de forma independente e coubesse a ele aquela decisão, mas acaba se submetendo à decisão do Deferido, por conferir peso ao seu juízo de valor e consequente decisão (Dotan, 2019, p. 767).

A cultura de deferência é justamente essa forma recorrente de se decidir conferindo peso especial ao processo decisório nos atos que envolvem discricionariedade dos membros dos outros poderes, coadunando-se com a nova forma de concepção do princípio da separação dos poderes, que leva em consideração a expertise dos membros de cada poder no exercício de suas funções típicas e atípicas.

Portanto, com uma cultura de deferência, oriunda de uma nova forma de se ler a teoria da separação dos poderes, que privilegia as expertises dos demais poderes, tem-se que os magistrados devem adotar uma conduta de autocontenção em face de interpretações razoáveis que gestores públicos deem sobre normas que comportem mais de uma solução, todas igualmente válidas, em razão das “vantagens institucionais comparativas da Administração Pública”, mesmo que discordem da solução erigida pelo administrador como a melhor, sendo maior a deferência “quanto maior for o grau de complexidade técnica ou dimensão política do ato, de discricionariedade concedida ao gestor no caso concreto ou de indeterminação do texto da norma que embasou a decisão” (Medeiros, 2020, p. 227), considerando-se, sobretudo, a capacidade especializada do gestor para a edição daquele ato, em face da expertise adquirida no exercício de suas atribuições.

O fundamento para essa cultura de deferência é que, tendo por base o exercício da competência discricionária do administrador público com a escolha de uma dentre duas ou mais soluções

juridicamente admissíveis, a invalidação do seu ato pelo Judiciário representaria a mera substituição da discricionariedade do administrador pela discricionariedade do juiz. Em tais circunstâncias, não existem critérios objetivos e inatacáveis que demonstrem que a escolha do magistrado seria superior à do administrador (pela especialização da Administração Pública, presume-se que seria o contrário), razão pela qual “deve ser prestigiada a escolha administrativa em atenção ao princípio da separação de Poderes e em homenagem à presunção de legitimidade dos atos administrativos, bem como, eventualmente, à presunção de constitucionalidade das leis em que se lastreia o ato administrativo” (Fernandes, 2014, p. 160).

## CONCLUSÃO

Em linhas de conclusão, é necessário reafirmar que a teoria da separação dos poderes proposta por Montesquieu restou consagrada no ordenamento constitucional pátrio e, em razão disso, necessário é que cada um dos poderes atue de forma harmônica com os outros poderes.

Nesse sentido, calha destacar que, embora o ativismo judicial seja realidade preponderante na jurisprudência pátria, cresce o número de manifestações doutrinárias pugnando por uma auto-contenção do Poder Judiciário, para a adoção de uma cultura de controle deferente à Administração Pública, respeitando-se a harmonia necessária que deve haver entre os três poderes. Invoca-se uma releitura da separação dos poderes, que privilegia e fomenta o respeito à expertise adquirida por cada poder no exercício de suas funções constitucionais.

O controle judicial sobre os atos da Administração Pública é, em verdade, desejável e importante para evitar ilegalidades, usurpação de competências e atos de notória inconstitucionalidade, fomentando-se que a Administração Pública ande sempre na linha da legalidade, cumpra seus objetivos constitucionais e preste suas atividades com eficiência. Trata-se de um dos contrapesos oriundos da teoria da separação dos Poderes.

O que se roga, contudo, é que os atos oriundos da discricionariedade administrativa, embora também sejam suscetíveis de controle judicial, sejam prestigiados sempre que não houver ilegalidade nem notória irrazoabilidade e desproporcionalidade no mérito do ato, o que somente ocorrerá a partir da adoção de uma autocritica do Poder Judiciário promovedora de sua autocontenção. O Judiciário é o destinatário direto da produção acadêmica propositora de uma cultura deferente, lastreada em uma concepção moderna da teoria da separação dos poderes, que prestigia a expertise que cada poder desenvolve no exercício do seu dever.

É que, com o excesso de controle judicial, promovedor de indevidas incursões no mérito administrativo, além de gerar desarmonia entre os poderes, ainda faz com que os gestores públicos se vejam engessados, com receio de tomar decisões, mormente nos casos de grande complexidade, o que tem afetado sua autonomia, promovendo um verdadeiro estado de ineficiência pelo medo do controle, fragilizando, inclusive, os objetivos constitucionais da Administração Pública. Ocor-

re um duplo efeito: o administrador deixa de tomar decisões importantes (medo do controle) ou as toma em cumprimento a decisões judiciais (ação após o controle), transferindo a responsabilidade de suas decisões e políticas públicas para o Poder Judiciário, que determina a sua conduta. Vislumbra-se que somente a autocontenção do Judiciário, oriunda da releitura proposta sobre a separação dos poderes, será capaz de alterar esse cenário.

É certo que algumas ações vêm sendo praticadas na tentativa de alteração dessa realidade, como a edição da Lei nº 13.655/2018, que incluiu o art. 22 na LINDB, e os diversos textos doutrinários chamando a atenção para o fenômeno ora debatido e buscando uma concepção moderna da teoria dos três poderes, em que se privilegie as expertises de cada poder, mas, reitera-se, para que se ocorra uma alteração desse panorama, é necessária essa mudança de atuação do Judiciário, priorizando-se a autocontenção sobre o ativismo.

Atos administrativos ilegais ou nitidamente irrazoáveis ou desproporcionais devem ser cassados pelo Judiciário, no exercício legítimo do seu papel de controle. Porém, atos razoáveis e proporcionais ou aqueles pertencentes a uma zona de incerteza, quando oriundos da discricionariedade administrativa, devem ser prestigiados pelo Judiciário, por inexistir critério seguro que assegure que a opção do julgador é melhor que a do administrador, evitando-se a mera substituição da vontade do Executivo pela do Judiciário, deturpando-se o papel constitucional dado a cada um dos Poderes.

Em uma reflexão final, pode-se dizer que o Poder Judiciário tem o encargo constitucional de exercer o escrutínio e a vigilância constante dos atos da Administração Pública, mas e “quem vigia os vigilantes”? Somente os próprios vigilantes, por meio da autocontenção do seu mister, hipótese que providenciaria uma atuação harmônica do Poder Judiciário em face dos Poderes Legislativo e Executivo.

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constiticao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constiticao/constituicao.htm). Acesso em: 20 jun. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de introdução às normas do direito brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, 1942. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm). Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (lei de introdução às normas do direito brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm). Acesso em: 20 jun. 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Discricionariedade técnica e controle judicial. **Revista de Direito da Administração Pública**, Rio de Janeiro, ano 1, v. 2, n. 1, p. 224-236, jan./jun. 2016. Disponível em: <http://www.redap.com.br/index.php/redap/article/view/42/25>. Acesso em: 20 jun. 2023.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DEZAN, Sandro Lucio. **Administração pública e políticas de meio ambiente**: o princípio da precaução ambiental e uma proposta de teoria geral da decisão administrativa. Curitiba: Juruá, 2014.

DEZAN, Sandro Lucio. Da constitucionalização à democratização do direito administrativo. **Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 35, n. 3, set./dez. 2021. DOI: <https://doi.org/10.5335/rjd.v35i3.13009>

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. **Atualidades Jurídicas**, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/05/Da-constitucionalizacao-do-direito-administrativo.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1998**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DOTAN, Yoav. Deference and disagreement in administrative law. **Administrative Law Review**, Washington, DC, v. 71, n. 4, p. 761-801, 2019. Disponível em: [https://administrativelawreview.org/wp-content/uploads/sites/2/2019/12/ALR\\_71.4-Dotan.pdf](https://administrativelawreview.org/wp-content/uploads/sites/2/2019/12/ALR_71.4-Dotan.pdf). Acesso em: 20 jun. 2023.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FERNANDES, André Dias. A constitucionalização do direito administrativo e o controle judicial do mérito do ato administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 51, n. 203,

p. 143-164, jul./set. 2014. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/507410>. Acesso em: 20 jun. 2023.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 48, n. 189, p. 105-131, jan./mar. 2011. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242864>. Acesso em: 20 jun. 2023.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?. **Revista USP**, São Paulo, n. 21, p. 12-21, 1994. DOI: <https://doi.org/10.11606/isn.2316-9036.v0i21p12-21>

FREITAS, Juarez. Administração pública deve aplicar a lei fundamental de ofício e deixar de aplicar regras inconstitucionais, quando cumpri-las significar improbabilidade por quebra de princípios. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 258, p. 141-167, set./dez. 2011. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8612>. Acesso em: 20 jun. 2023.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, n. 24, p. 61-115, dez./mar. 1999. Disponível em: [https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/20046/conceitos\\_juridicos\\_inde terminados.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/20046/conceitos_juridicos_inde terminados.pdf). Acesso em: 20 jun. 2023.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O direito administrativo do medo: a crise da inficiência pelo controle. **Direito do Estado**, [São Paulo], n. 71, 31 jan. 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/columnistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-inficiencia-pelo-controle>. Acesso em: 20 jun. 2023.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB: acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, ed. especial, p. 65-66, nov. 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77650>. Acesso em: 20 jun. 2023.

LOCKE, John. **O segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

MEDEIROS, Isaac Kofi. **Ativismo judicial e princípio da deferência à administração pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2014.

OLIVEIRA, Daniel Mitidieri Fernandes de. Algumas reflexões sobre o controle judicial da administração pública contemporânea. **Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 222, 2017. DOI: <https://doi.org/10.21783/rei.v3i1.150>

PEREIRA, César A. Guimarães. Discricionariedade e apreciações técnicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 231, jan./mar. 2003. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v231.2003.45827>

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. **Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012.

TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. **Ativismo jurídico internacional: os instrumentos de compliance no sistema interamericano de direitos humanos**. 2017. 662 f. Tese (Doutorado em Direito) – Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/12410>. Acesso em: 20 jun. 2023.

Recebido em: 30/06/2023

Aceito em: 07/04/2024

## A INVESTIGAÇÃO E HOMICÍDIOS: CONSTRUÇÃO DE UM MODELO

MINGARDI, Guaracy; FIGUEIREDO, Isabel. A investigação e homicídios: construção de um modelo. *Revista Coleção Segurança com Cidadania*, Brasília, v. 3, p. 173-204, 2006. Parte “Homicídios: Políticas de Prevenção e Controle”.

**Cláudio Ribeiro Lopes\***

**Como citar:** LOPES, Cláudio Ribeiro. A investigação e homicídios: construção de um modelo. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 19, n. 2, p. 302-305, jul. 2024. DOI: 10.5433/1980-511X.2024. v19.n2.p302-305. ISSN: 1980-551X.

\*Doutor em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Especialista em Direito pela UNOESTE. Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, de Presidente Prudente - UNITOLEDO. Líder dos Grupos de Pesquisa UFMS/ CNPq “CONTROLE SOCIAL, POLÍTICA CRIMINAL E TUTELA JURÍDICO-PENAL DE BENS JURÍDICOS INDIVIDUAIS E SUPRAINDIVIDUAIS” e “Estudos de Direito Penal: vida e obra de Hans Welzel e suas contribuições para a Ciência Penal contemporânea”. Professor de Direito Penal na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campus Três Lagoas. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3916-0322>

Trata-se de um artigo científico em que os autores buscam ajudar a construir uma teoria sobre a investigação de homicídios. O texto é resultado de um trabalho de pesquisa comparativa de casos cuja investigação de homicídios foi bem-sucedida com aqueles em que não se chegou à autoria.

Para isso, quatro atividades básicas de pesquisa foram desenvolvidas: 1. Entrevistas com profissionais da investigação e da apreciação judicial de um homicídio; 2. Leitura de inquéritos, visando identificar os procedimentos adotados na investigação e quais os fatores determinantes da elucidação do crime; 3. Leitura de manuais de investigação, que teve como propósito identificar um modelo ideal de procedimento investigativo; 4. Acompanhamento do trabalho de policiais e peritos em locais de homicídio (com o fim e observar a rotina de cada equipe e realizar uma comparação com o que se descreve nos manuais).

Nessa perspectiva, os autores discorrem que o artigo se trata de um trabalho teórico, cuja ideia central é iniciar uma discussão no meio dos experts que possa levar a aprofundar a temática de investigação de homicídios e criar um ambiente favorável à construção de um modelo brasileiro investigativo.

Assim, desde a chamada investigação preliminar, que é aquela iniciada logo após o descobrimento do crime e que segue até à liberação do local pela polícia, até à investigação de seguimento, etapa na qual as perícias estão inseridas, bem como, oitiva de eventuais testemunhas, oculares ou não, a realização de diligências (denominada condução), a eventual identificação de linhas de investigação, coleta de provas, fatores de esclarecimento, em que sobressai a prova testemunhal no atual modelo investigativo

brasileiro, as consultas aos bancos de dados disponíveis e a criação da cadeia de evidências, busca-se estabelecer procedimentos que sejam aptos a alicerçar um inquérito robusto para uma ação penal com lastro e, eventualmente, impedir a impunidade nos casos de homicídios.

Os autores tecem várias críticas durante o texto à diferença existente entre o que os manuais de investigação preconizam e o que de fato as equipes de investigação realizam em suas rotinas.

Uma das críticas é o aparecimento de testemunhas-surpresa, que podem comprometer todo o caso e quebras a cadeia de evidências. Outra crítica diz respeito ao fato de que a preservação da cena (local) do crime nem sempre é realizada, seja porque terceiros acabam contaminando o local, seja porque, mesmo policiais acabam ignorando as regras básicas de preservação do local do crime (altera-se a posição do corpo da vítima, transita-se por todo o local de forma aleatória etc.).

Por fim, os autores propõem um modelo investigativo brasileiro possível de ser realizado no Brasil. Tendo em vista a grande distância entre a prática da realização de homicídios e um modelo considerado ideal (decorrente dos usos e costumes das polícias brasileiras e de todo o sistema judicial, mas, também, da defasagem tecnológica) sugere-se que se construa no Brasil um modelo intermediário realizável.

Nessa perspectiva os autores propõem um roteiro básico e algumas sugestões e mudanças organizacionais para potencializar a investigação de homicídios. Propõem, também, um pacto entre polícia, Ministério Público e Judiciário, além da sociedade civil que priorize a investigação de homicídios.

O roteiro básico indicado pelos autores descreve que a investigação preliminar deve ser realizada da seguinte forma:

1º policial na cena do crime: a) prender o homicida; b) preservar o local do crime; c) priorizar a comunicação à equipe de investigação; d) tomar notas; e) localizar testemunhas; f) avaliar a cena; g) repassar à equipe de investigação todas as suas impressões e anotações.

Equipe de investigação: a) chegar rapidamente ao local; b)雇用 alguns policiais não-identificados que possam se infiltrar entre os curiosos e obter discretamente informações sobre o ocorrido.

Delegado: a) dividir as tarefas de localização de testemunhas; b) obter informações junto ao policial que preservou o local; c) estabelecer um posto de comando fora da cena do crime; d) assegurar que ninguém, além da perícia, entre na cena do crime; e) coordenar as atividades no local; f) direcionar os investigadores; g) anotar impressões e informações obtidas; h) acompanhar a perícia; i) liberar a cena do crime.

Investigadores identificados: a) entrevistar possíveis testemunhas entre os curiosos; b) procurar nos arredores vestígios relacionados ao crime; c) procurar nos arredores pessoas que possam ter relacionamento com a vítima ou ter presenciado algo; d) identificar os veículos estacionados nas

redondezas; e) garantir a segurança da equipe e do local; f) anotar impressões e informações obtidas; g) em tendo informações sobre autoria, localizar o homicida.

Investigadores não identificados: a) misturar-se aos curiosos, tentando obter informações sobre o delito; b) anotar cuidadosamente tudo o que foi ouvido assim que possível; c) evitar explorar-se sem necessidade.

Perícia: a) coletar impressões digitais; b) coletar material para exame de laboratório; c) fotografar disfarçadamente os curiosos que se concentram no local; d) desenhar um esboço da cena do crime; e) realizar o exame perinecrocópico; f) fotografar a cena de forma a permitir posterior compreensão da mesma.

Quanto à investigação de seguimento o roteiro menciona:

- I. Construir a biografia da vítima;
- II. Estabelecer linhas de investigação;
- III. Entrevistas;
- IV. Interrogatório;
- V. Realização das perícias;
- VI. Utilização da prova material;
- VII. Construção da cadeia de evidências.

Críticas ao artigo e ao modelo proposto: aparentemente, os autores ignoraram a realidade funcional-operacional tanto da polícia militar, quanto e principalmente, da civil.

O efetivo operacional por todos os estados do país é absolutamente deficitário, sendo notado que esse problema afeta mais severamente às polícias civis dos estados e distrito federal.

Assim, a sugestão feita na investigação preliminar para as figuras dos delegados se revela inatingível, a não ser que o modelo proposto pelos autores inclua um aporte significativo de recursos, inclusive, humanos com a abertura maciça de novos concursos públicos (não é o que o país sinaliza atualmente). Todo esse item do modelo proposto está comprometido na origem e se torna impossível de ser praticado.

Quanto aos investigadores não identificados: parece que os autores apenas vislumbram os grandes centros com concentração humana elevada. No entanto, o Brasil compõe-se de 5.569 municípios, em sua maioria, de pequeno porte. Numa cidade pequena, com cinco mil a trinta mil habitantes, todos se conhecem; ainda mais, os agentes policiais são muito conhecidos. Ora, como se infiltrar entre os curiosos sob anonimato nesses casos? Também nesse ponto o modelo proposto peca.

Com relação à perícia os autores sugerem “fotografar disfarçadamente os curiosos que se concentram no local”. Ora, a luz da atual Constituição Federal essa sugestão é absurda. Absurda e ilegal, até porque, não estariamos diante de acusados, investigados ou pessoas sujeitas a uma

denúncia e processo criminal. Se levarmos em consideração os inúmeros erros do sistema policial-Ministério Público-Judiciário, os quais vem sendo expostos nas mídias e levados à correção pelo Innocence Project Brasil, em que pessoas inocentes foram “reconhecidas” em fotos na polícia e em redes sociais como autores de crimes, mas, jamais os praticaram, apresentando provas e álibi de sua inocência, a sugestão dos autores é absolutamente ilegal, podendo caracterizar, inclusive, crime de abuso de autoridade, devendo ser rechaçada.

Recebido em: 11/05/2021

Aceito em: 17/06/2021

## SOFISMAS NA COMPARAÇÃO CONSTITUCIONAL PARA GUILLAUME TUSSEAU

TUSSEAU, Guillaume, *Más allá de los “modelos” de Justicia Constitucional, hacia una comparación pragmatista*. In: BAGNI, Silvia (org.). **Justicia constitucional comparada**. Cidade do México: Librería Purruá, 2010.

Renato Gugliano Herani\*

**Como citar:** HERANI, Renato Gugliano. Sofismas na comparação constitucional para Guillaume Tusseau. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 19, n. 2, p. 306-308, jul. 2024. DOI: 10.5433/1980-511X.2024.v19.n2.p306-308. ISSN: 1980-551X.

\*Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Titular da Faculdade de Direito da FADISP. Professor de Direito Constitucional dos Programas de Doutorado e Mestrado em Direito da FADISP. Bolsista da FUNADESP. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8891-9684>

Em *Más allá de los “modelos” de justicia constitucional, hacia una comparación pragmatista*, Guillaume Tusseau confirma sua posição de destaque entre os juristas expoentes da comparação constitucional. No estudo aqui resenhado, Tusseau faz uma releitura do método comparado aplicado no estudo sobre a expansão da justiça constitucional pelo mundo.

Tusseau toma em crítica o apego excessivo da literatura jurídica ao que reputa ser o discurso convencional sobre os modelos de jurisdição constitucional. Assim classifica o costume doutrinário de descrever os desenhos jurisdicionais constitucionais por formas antagônicas ou contrapostas identificada a partir dos modelos clássicos de curadoria da Constituição. Uma dessas formas, dentre a mais usuais, é a que opõe a concentração da jurisdição constitucional num Tribunal *ad hoc* (dualismo) da sua difusão por todo o Poder Judiciário (monista). Diz que é desse critério que outros derivam (p. ex., acesso universal e acesso seletivo, ativação por ação e ativação por incidente), dispostos antagonicamente, projetando assim uma visão maniqueísta e anacrônica da realidade. Tusseau enfatiza que há muito essa tem sido a representação teórica das experiências jurisdicionais constitucionais; e ainda goza de muito destaque a literatura jurídica brasileira.

A ousadia da crítica de Tusseau não está propriamente no resultado de suas análises quanto está na formulação de uma crítica analiticamente bem construída contra a visão “platônica” ou “ideal” de uma Justiça Constitucional, conceitualmente presa aos idos do constitucionalismo liberal. Confirma que a crença nos “sistemas-tipo” contraria o empirismo, e isso dificulta o debate

sobre o melhor modelo jurisdicional constitucional para as democracias modernas. Nesse sentido, Tusseau faz uma interessante análise sobre os “sofismas dos modelos de justiça constitucional”. É sob esta expressão que identifica os vícios práticos, teóricos e políticos no discurso sobre a relação entre os modelos clássicos e os atuais sistemas jurisdicionais constitucionais.

As Cortes e Tribunais Constitucionais emergentes desde meados do século XX não são a ressuscitação dos modelos clássicos ou uma tentativa de corrigir os experimentos fracassados do século XIX e do início do século XX. O desenho normativo das Constituições tem revelado uma *hibridação* dos elementos clássicos, e assim se apresenta sob um deliberado afastamento da lógica exclusivista. Esta lógica toma os sistemas jurisdicionais constitucionais do pós-guerras como uma mera adaptação do modelo difuso ou do concentrado. Porém, esta visão expressa um sofisma empírico, pois não retrata a força de transformação das estruturas políticas e atuação dos Estados a partir da expansão da jurisdição constitucional.

O sofisma teórico decorre do sofisma empírico. Tusseau afirma que a referência teórica aos modelos clássicos é salutar desde que seja descompromissada, vale dizer, jamais por “vínculo conceitual solidário”. Os “sistemas são produtos de uma realidade empírica, não de uma construção teórica”, assim a recepção, por exemplo, do Tribunal Constitucional por atração sedutora do modelo kelseniano é um perigo para a democracia. O debate comparativo deve mesmo é fitar soluções institucionais que melhor modelam o contexto político-estrutural do período constitucional em que vive o Estado, e não a ideia fixa de que a Justiça Constitucional só existe onde há órgão *ad hoc* com competência exclusiva.

Tusseau chama a atenção também para o sofisma político. Diz que o debate acentuadamente ideológico sobre o melhor desenho jurisdicional constitucional tende à impossível padronização da política jurisdicional constitucional, colocando em segundo plano a análise pragmática das experiências particulares já vivenciadas (ou seja, das operações sobre o fluxo de percepções contínuo na formulação dos modelos conceituais).

Um exemplo do sofisma político, diria Tusseau, ocorreu na Constituinte de 1987. Nesse período, sabemos, o Brasil debateu a criação de um Tribunal Constitucional, e foi tema de muita polêmica. Um dos argumentos foi o da tendência à padronização. Todos os países modernos deveriam ter um Tribunal Constitucional. O contraponto no mesmo plano ideológico veio com o argumento de que o Brasil não deveria desfigurar sua instituição modelar, o STF. Seria o mesmo que se render a uma europeização da nossa jurisdição constitucional. Tusseau ensina que esses argumentos expõem o *idealismo* em detrimento do *pragmatismo*. A decisão de se adotar ou rejeitar um Tribunal Constitucional não deve se apoiar no ideal da fórmula, nem no grau de culto ao ela.

Nessa linha de pensamento, Tusseau oferta uma metalinguagem comparativa neutra e compreensiva. Sua proposta baseou-se no ensinamento de que “o propósito teórico, científico, do estudo do direito comprado deve permitir classificar as instituições dos diferentes países utilizando categorias que a todos concordem”. E sob essa orientação, faz recomendações metodológicas para a

elaboração das categoriais conceituais do estudo comparado, são elas: a) *rigor da classificação*, significa que a comparação deve atender às exigências de ordenações lógicas, porque suas categoriais devem ser mutuamente excludentes e exaustivas; b) *decisionismo conceitual*, trata do erro das representações teóricas por elementos de pretensa referência do “tipo ideal” no sentido weberiano; o certo é indicar elementos a incorporar a comparação que sejam passíveis de evidência, por isso devem ser utilitaristas e instrumentais; c) *descritivismo inicial*, que é a comparação jurídica ser estritamente descritiva e científica; d) *universalismo*, de tal modo que as categorias elaboradas sejam independentes do direito positivo, devem seguir a lógica de conceitos gerais definidos a partir do direito particular.

O tom elevado da crítica de Tusseau ao discurso comparatista tradicional, como se fosse um erro deliberado, acaba por revelar uma leitura de pouca deferência, a nosso ver, ao momento histórico de expansão da jurisdição constitucional. Estudamos que à medida que se avançou em direção à vitória dos governos democratas sobre o nazifascismo, expandiu-se o controle jurisdicional de constitucionalidade com a reafirmação da doutrina do Tribunal Constitucional em negação às teorias políticas de defesa da Constituição.

Nesse período, a principal teoria do controle político, a de Carl Schmitt, revelou uma insofismável divergência com a teoria do controle jurisdicional, e esta disputa se deu sob um viés muito mais institucional do que propriamente funcional, ao menos no ponto em que a discordância estava em quem deveria desempenhar tal ofício, ou seja, como instituí-la, e não sobre sua necessidade (ou seja, da função em si de proteção da Constituição). Isso para dizer que, nessa fase, o interesse acadêmico centrou-se muito na maquinaria jurisdicional constitucional, e aí está a causa — um específico momento racional, e não um deliberado desvio intelectual — da proliferação das classificações binomiais. Não parece certo imputar à narrativa tradicional o modo sofístico de encarrar a realidade, ao contrário, ela foi parte da realidade até então dos estudos sobre a jurisdição constitucional.

O processo de democratização do pós-Guerras impulsionou a criação de Tribunais Constitucionais e Supremas Cortes, tanto quanto expandiu suas funções, e hoje suas formas são mais variadas e respondem ao desempenho concreto e amplo da justiça constitucional, se comparado com o que se viu na época de Kelsen ou Marshall e mesmo logo no pós-Guerras. Nesse contexto, o estudo de Tusseau é exitoso por advertir o rigor metodológico no trato do constitucionalismo atual, marcado por formas tanto mais variadas quanto mais alternativas viáveis à realidade de cada ordenamento jurídico condiciona à efetiva concretização das Constituições.

Recebido em: 03/04/2023

Aceito em: 02/08/2023