



XXVI CONGRESSO | Internacional de Direito Constitucional



CEDIS
Centro de Direito,
Internet e Sociedade

CEPES
Centro de Pesquisas

FGV CONHECIMENTO
CENTRO DE PESQUISA EM
ADMINISTRAÇÃO, ECONOMIA,
E DIREITO



FUNDACION
Peter Haberle



FIBE
FUNDACION DE INVESTIGACIONES
SOCIALES Y ECONOMICAS

XXVI CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO CONSTITUCIONAL

17, 18 e 19 de Outubro de 2023 - LOCAL: IDP ASA SUL (607 SUL)

O Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) e a Fundação Getulio Vargas (FGV) realizarão o **XXVI Congresso Internacional de Direito Constitucional nos dias 17, 18 e 19 de outubro de 2023, que é reconhecido nacionalmente como um dos mais importantes eventos acadêmicos na área do Direito.**

Durante os três dias de evento, serão reunidos acadêmicos, autoridades públicas e grandes nomes do cenário jurídico do Brasil e do exterior, para promover a apresentação e a discussão ampla e participativa dos 35 anos da Constituição Federal.

COORDENAÇÃO CIENTÍFICA

Gilmar Mendes: Ministro do Supremo Tribunal Federal do Brasil, Doutor em Direito pela Universidade de Münster e Professor do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa

COORDENAÇÃO ACADÊMICA

Laura Schertel: Relatora da Comissão de Juristas do Senado Federal sobre Regulação de Inteligência Artificial, Professora do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa e Pesquisadora Visitante da Goethe-Universität Frankfurt am Main (Alexander von Humboldt Stiftung/ Capes)

Atalá Correia: Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Professor do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo

Raphael Carvalho da Silva: Advogado, Coordenador de Pós-Graduação do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília e Mestre em Ciência Política pela Universidade de Brasília

Victor Fernandes: Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica do Brasil, Professor do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa e Doutor em Direito da Concorrência pela Universidade de São Paulo

COORDENAÇÃO EXECUTIVA

Lincoln Philipe: Gerente de Eventos do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa

CONFERÊNCIAS

Ministro Gilmar Mendes

MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Celebra-se, na presente data, de forma pacífica e tranquila, os 35 anos da Constituição Federal de 1988, em especial devido às conquistas que foram feitas nestes anos nos quais, sem dúvida, houve melhorias qualitativas na vida das pessoas, a despeito, talvez, do crescimento econômico não sonhado, houve melhorias em geral na vida das pessoas. Analisando os cenários em relação à alfabetização, à democratização de acesso ao serviço público, à questão da saúde, tem-se esquecido que muito desse progresso ou desse controle tem a ver com a construção que muitas vezes é vilipendiada da jurisdição constitucional.

O Brasil possui, talvez, um dos mais amplos sistemas de controle ou de jurisdição constitucional do mundo. Conforme mencionado pelo professor Raul, o modelo de garantias aqui empregado, acerca do qual o texto constitucional se fez extremamente generoso em sua construção, foi ampliado de forma sábia pelos constitucionalistas do país, criando este modelo misto de controle de constitucionalidade e dando-lhe um amplo desenvolvimento. Isto se deu com o controle abstrato, ADIN, ADC, ADO, ADPF, o mandado de injunção, o recurso extraordinário que se transformou em um verdadeiro controle em processo objetivo. Em suma, as garantias, habeas corpus, mandado de segurança, habeas data, a omissão inconstitucional, que é uma resposta que se dá à inefetividade da Constituição.

Em que pese a ciência de que o texto constitucional abarcava as garantias fundamentais, o legislador sabia que, se nada fosse desenvolvido acerca destas, seriam inefetivas. Os estudos dos constitucionalistas mais antigos, dentre os quais perpassa a famosa obra do professor Zé Afonso da Silva, um clássico sobre a eficácia das normas constitucionais, abarcavam as normas programáticas, as normas de eficácia contida e as normas de eficácia limitada. O texto constitucional quis pôr termo a esse contexto, Saldanha, Salomão, adicionar um pouco de questionamento a isso, no sentido de que não pode estar no texto constitucional e ser inefetivo. Então criou-se esse modelo de controle abstrato da omissão inconstitucional e também o controle concreto, que acaba também sendo objetivo do mandado de injunção. Isso, por sua vez, representa uma conquista, algo que de alguma forma se inspirou em parte no modelo português, mas também no modelo alemão, a Verfassmgsbeschwerde do recurso constitucional em relação à chamada omissão. Recentemente percebe-se, pelos diálogos propostos, que este instituto passou a ser considerado um defeito, um grave problema do texto constitucional, quando, na verdade, vê-se pela avaliação agora feita, insuspeita, do professor Raul Ferreira, de que isto é considerado um texto.

Ressalta-se aqui, a obra *Die normative Kraft der Verfassung*, o texto clássico de Konrad Hesse, que consistia no embate travado para dar efetividade à Constituição, a qual foi abraçada por constitucionalistas locais, considerando o modelo contramajoritário, a necessidade de se fazer a disciplina dessas várias temáticas. Veja-se, por exemplo, que há alguns temas que são extremamente difíceis para o próprio parlamento sobre eles deliberar, um deles até de ponto de vista, talvez, técnico, não seja tão difícil, mas que causa

dificuldades do ponto de vista político-eleitoral, como a questão da greve do serviço público, sendo que até hoje a disciplina sobre essa temática está regulada num acórdão do Supremo Tribunal Federal, vez que não houve, desde então, nenhuma outra decisão do legislador. Portanto, é preciso reconhecer o valor desse amplo sistema de judicialização constitucional.

Deve-se realizar, também, uma autocrítica em relação à ampla judicialização em vários campos. Sem dúvida nenhuma, este tem sido um tema de estudo, acerca do qual o CNJ tem grupos de trabalho sobre, mas, obviamente, este é um fenômeno que traduz também as dificuldades existentes no que diz respeito à qualidade do serviço público de saúde, a despeito da grande conquista, que se deve reconhecer, a criação do SUS é uma grande vitória de um experimentalismo institucional, mas isso precisa ser reconhecido. Há déficits enormes, e teme-se, tanto que existem muitas discussões, muitos temas no Supremo Tribunal a propósito disso, para melhorar a qualidade do serviço de saúde e, se possível, reduzir ao mínimo a judicialização. Isso tem sido todo o trabalho no contexto geral.

Não se trata de qualquer pretensão de assumir um protagonismo que não se deseja, mas os debates difíceis que ocorrem, suscitando de novo a doutrina mais sofisticada sobre a constatação de fatos legislativos e de prognoses legislativos, para discutir temas como medicamento de alto custo e qual a política adequada para dar resposta a isso, debruçando-se e dialogando com aqueles que são os responsáveis diretos pelas políticas públicas.

Outro ponto que cabe destaque e que vai ao encontro do tema desta conferência, é o fato de que o Brasil conseguiu construir uma democracia defendente ou defensiva, aquela que pode se mostrar intolerante com aqueles que não toleram a democracia. As pessoas ganham a eleição pelos métodos, ou eleições pelos métodos democráticos e depois passam a dizer, conforme se viu, ditos em praças, gritados em todos os locais, “supremos somos nós”, sendo instaurado o discurso populista contra a democracia constitucional. Dentre os brados de “supremos somos nós, nós o povo, nós que estamos aqui na rua somos supremos”, crendo que pudessem fazer qualquer coisa, viu-se essa situação ser cultivada, a qual se assistiu com um grau de perplexidade e de preocupação. Certamente houve momentos bastante preocupantes a partir do uso abusivo que se fazia das liberdades democráticas ou das faculdades democráticas para ameaçar a própria democracia.

Sabe-se muito bem, e isto já foi abordado pelo ministro Barroso, que essas organizações populistas se voltam normalmente contra o Judiciário. Como exemplo pode-se citar a corte Húngara, na qual houve período de trabalho conjuntamente com Peter Paczolay, seu vice-presidente, durante a comissão de Veneza, sendo que a referida corte estava em funcionamento, até que deixou de existir, desapareceu.

Quando se comparece aqui falando do Supremo Tribunal Federal, e novamente uma menção à jurisdição constitucional mais forte que se logrou estabelecer e fazê-la funcional, conta-se uma história não de um desastre, mas de um sucesso. Conta-se a história de uma corte que soube enfrentar desafios e soube sobreviver num contexto extremamente difícil, em relação ao qual se alguém duvidava do ódio que era devotado, isso é dito, basta ver o desastre, os estragos feitos no Supremo Tribunal Federal vis-à-vis ao que se fez no Planalto e no Congresso Nacional. As imagens todas no chão, derrubadas,

as fotografias rasgadas, como se de fato fosse devotada uma enorme raiva, uma enorme vontade de destruir aquele local. É inegável também que a democracia defensiva, e essa é uma construção brasileira muito interessante, se revelou consistente na justiça eleitoral.

Deve-se destacar que, em um seminário com tantos jovens, no qual se discute com orgulho, a partir das palavras do professor Raul Ferreira, o que se conseguiu conquistar em termos de doutrina constitucional nesses 35 anos, quando se vê houve matéria no New York Times sobre isso, assim como o episódio referido pelo Ministro Barroso da invasão do Capitólio.

Mas, ainda antes disto, quando se vê a gravação de Trump conversando com alguém na Geórgia, um secretário, nos termos de “me arranja alguns votos aí”. Esta conversa, no Brasil, seria impossível, pois a justiça eleitoral é a grande agência de todo o processo eleitoral. Caso algum governador ou presidente da república se dirigisse, e o governador do estado dissesse “me arranje alguns votos aí para a contagem”, obviamente isso soaria ridículo. O que demonstra que este país construiu instituições que de fato se revelam sólidas. Hoje os Estados Unidos se debate com a séria questão da candidatura de Trump, debate sobre muita dificuldade sobre a sua inelegibilidade, sendo que aqui a questão se resolveu de outra maneira, a partir da responsabilização de quem causou danos políticos jurídicos ao sistema.

Portanto, neste campo, de fato, não há espaço para o vira-latismo. Deve-se ter orgulho das instituições brasileiras, ainda que se tenham imensos desafios, o que já foi abordado aqui. Como, por exemplo, o combate à pobreza e a questão da segurança pública, que também necessita de um olhar, vez que não é possível que ocorram episódios como o que recém se sucedeu no Rio de Janeiro. Isso não é uma tarefa só do Rio, é uma tarefa do Brasil, é preciso encarar essa questão da segurança pública, o que é extremamente sério, exige um esforço, e não se trata de um esforço comum e nem de fórmula mágica. Em relação ao que é levantado por alguns de que “agora apareceu um salvador, um grande secretário de segurança pública que vai resolver”, não é verídico, pois tem algo de estrutural nisso, que necessita ser estudado e exige coesão dos poderes. Porém, o Brasil possui essa capacidade. Isso já foi aqui retomado em virtude do plano real, acerca do qual recomenda-se a série documental “o País das Doze Moedas”. ‘O País das Doze Moedas’ é o Brasil, sendo curioso que em 1988 o país já possuísse problemas de combate à inflação no dia seguinte mas, previamente a isso já houve diversos programas, inclusive no governo do presidente Sarney, como a questão do cruzado, tabelamento de preços e coisas do tipo.

Em relação ao documentário, seus âncoras, Delfim Netto e Gustavo Franco, falando sobre as vicissitudes e as experiências do combate à inflação no Brasil, dizem que havia uma série de dificuldades, narrando o episódio da retenção dos cruzados, o governo Collor, como sendo algo curioso, pois todos se viram desesperados, porque possuíam 50 dinheiros, apenas e desapareceu o dinheiro. Todo mundo estava detido, retido, e as pessoas perguntavam então à ministra Zélia o que que ela fazia, o que que era aquilo, como elas pagariam as suas contas nos dias seguintes, como quem tinha uma cirurgia para fazer, quem tinha comprado um imóvel, ela respondia a mesma coisa, o que estava na medida provisória que retinha os recursos.

Alguém que estava assistindo ao filme, certa vez, levantou o debate sobre quem sabia

explicar o que estava por trás do plano seria o Ibrahim Eris, que era turco e não sabia falar português. Então, claro que era um quadro muito peculiar, muito surreal. Ainda, aparece no filme Fernando Henrique Cardoso que, narra-se que estava em Washington, ministro das relações exteriores, dizendo que agora a economia do Brasil iria melhorar, ou que estava no rumo certo. À noite, ele recebe um telefonema do Itamar dizendo que, pelo consenso geral no governo, ele deveria ser o ministro da Fazenda. O que, a partir de então, resulta no Real.

Ou seja, estamos tratando de um país que sabe se reinventar, que soube superar a inflação, que foi a base para a quebra de diversas desigualdades no país. Ainda que os mais jovens não se recordem, mas a inflação do plano Collor era, transição Sarney-Collor, 84,32%, a inflação de um mês no Brasil. Sendo que isto foi superado para um país que, atualmente, encontra-se em um quadro de normalidade e de responsabilidade fiscal.

Veza que foi possível a construção desse cenário, acredita-se que o Brasil seja capaz de enfrentar os demais desafios a partir de um modelo de compreensão recíproca e de cooperação. Também é fundamental também que se saiba, conforme observação do professor Raul Ferreira, que o modelo de separação de poderes que integra as cláusulas pétreas assegura também a independência do judiciário e, claro, a independência da Suprema Corte. Dessa forma, emendas constitucionais que flertam com o enfraquecimento, o debilitamento do Supremo Tribunal Federal são inconstitucionais. Dessa forma, hoje se comemoram os 35 anos da Constituição Federal, mas já se prospectam pelo menos mais 35 anos de vigência.

Prof. Raul Gustavo Ferreira

ADVOGADO E PROFESSOR TITULAR REGULAR CATEDRÁTICO DE DIREITO CONSTITUCIONAL NA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE BUENOS AIRES

Eu sou um admirador do Brasil, sou um admirador da cultura brasileira e este é um momento muito importante na minha vida acadêmica pois estou em um dos maiores países do mundo, com uma das melhores constituições do mundo, que possui a liderança de um Supremo Tribunal Federal, que é um caminho para o constitucionalismo, composto por ilustres constitucionalistas como o professor Gilmar Ferreira Mendes e o professor Luís Roberto Barroso, que foram designados por dois presidentes diferentes da República. Após realizar uma pequena investigação, verifiquei que não há na América Latina um tribunal constitucional, uma corte suprema de justiça, composta por dois prestigiosos constitucionalistas, como há neste país.

Nesta apresentação, não vou falar do Brasil, mas vou tocar sobre o Brasil. O Brasil é um país que tem um grande poder político e, neste espectro, como não falar da Constituição do Brasil, que celebra seus 35 anos? Como não falar das 250 regras permanentes? Das 6 emendas de revisão, das 131 emendas, das 97 disposições transitórias, dos 3 atos internacionais equivalentes à Emenda Constitucional, das 58 Súmulas vinculantes?

Tudo, quando se fala sobre Brasil, é extraordinário e apaixonante. Este país que possui uma obra inigualável que se chama Comentários à Constituição do Brasil, obra inigualável, especialmente pela hierarquia científica em que estão os autores, juristas que acabei de citar e outros, e em que no prefácio, o professor Gilmar Ferreira Mendes cita a Borges e um de seus contos, que era o livro de Arena, no qual dizia que era um livro em que as palavras eram infinitas, tão infinitas como a Arena.

Aprendi muito sobre o Brasil, sobretudo por minha relação com o mestre, Dr. Honoris Causa da Universidade de Buenos Aires, D. Paulo Bonavides. Aprendi muito com ele e com os convites que constantemente me fazia. Numa dessas oportunidades, Ulisses Guimarães disse, no 5 de outubro de 1988, que destinou 9 mil horas de sua vida a estar sentado no lugar onde estive sentado. Não tive a honra de conhecê-lo, mas instalou, de uma vez para sempre, na história do constitucionalismo, na história, no presente e no futuro do constitucionalismo, a ideia de uma Constituição cidadã.

Em relação a esta, cabe destacar que este país é o único do mundo que tem uma Constituição cidadã, porque a Constituição é para os cidadãos. Quando Ulisses Guimarães, com quase 500 constituintes no recinto, disse que estavam sancionando e promulgando a Constituição da República Federativa de Brasil de 1988, que estava entregando uma possibilidade de mudança para o Brasil, para que mude o Brasil com uma Constituição Coragem, uma Constituição Cidadã. Desde há alguns anos, dedico-me com bastante tenacidade, não com tantos resultados, mas com bastante tenacidade, aos estudos de uma teoria geral do direito constitucional, uma teoria geral do direito constitucional que nós não temos na América do Sul. Então, como um grande amigo do Brasil, o professor Peter Heberle questionou-me a razão pela qual não me dedicava a estudar o direito constitucional na América do Sul antes de ir olhando para as estrelas?

Então, segui o conselho do professor Heberle, e desde há algum tempo venho apresentando a teoria geral do direito constitucional, acerca da qual desejo compartilhar com vocês as linhas fundamentais deste campo teórico, algumas certezas e quais são as dúvidas que seguramente vou levar e que desejo dividir esta noite.

A primeira afirmação é que vai existir tanto Estado constitucional conforme o constitui uma Constituição. Sem Constituição não há Estado, mas sem Constituição também não há democracia. Nós, os sul-americanos, descobrimos, sobretudo a partir da Constituição de 1988, de seu preâmbulo, do artigo 1º e das 8 repetições que existem em seu texto, assim como a dedicação de um título à democracia, que a democracia é inerente. Sem democracia não há possibilidade de um compromisso pacífico, ao qual aludiu o professor Barroso.

A democracia figura enquanto elemento indispensável para que cada um possa concretizar sua experiência de vida. Mas esta democracia, que nasceu há muitos anos, que se desenvolveu de diferentes maneiras, possui o que irei apresentar em três estruturas, ou seja, três desafios que, a meu juízo, circundam hoje esse cenário. A Constituição é um dos maiores inventos que o ser humano levou adiante. Sem Constituição, o homem não governava o tempo e o espaço. Hoje, nem governamos, mas cremos que com uma Constituição teremos uma ilusão. Vamos pensar que nós, nossos filhos, nossos netos e até nossos bisnetos vão poder conviver com um sistema de regras autorizadas, ou seja, a forma inicial de uma ordem jurídica.

Isto que não existia na América Latina há 50 anos, hoje está completamente instalado. Todos os estados da América Latina, ou quase todos os estados da América Latina, mas concretamente, em os 18 milhões de quilômetros quadrados da América do Sul, e em os mais de 8 milhões de quilômetros quadrados do Brasil, e em os quase 3 milhões de quilômetros quadrados do meu país, não há dúvida, a democracia é um alto valor. A Constituição tem uma língua própria. A Constituição de vocês, tão maravilhosa, tem 65 mil palavras, quase 65 mil palavras em regras permanentes.

A do meu país é muito mais parca, tem 12 mil palavras, sendo um grande exercício para mim, constantemente, comparar a Argentina com o Brasil. Mas um exercício comparativo positivo. Como a Constituição Argentina, com quase 12 mil palavras, pôde durar em tempo 170 anos, e como a Constituição Brasileira, com 65 mil palavras, com um modelo completamente diferente, organizou, ou está organizando, uma comunidade – digo isso enquanto observador externo – baseada no crescimento e no desenvolvimento do Brasil, na erradicação da pobreza e na concretização do objetivo de justiça social, que está no artigo 193 da Constituição.

O Brasil cresce porque tem Constituição, ou, entre outras coisas, porque tem uma Constituição e se apresenta à comunidade civilizada de nações, pois quando fala Brasil, está falando uma potência mundial. Esta Constituição, a Constituição Brasileira, a Constituição Argentina, a Constituição Colombiana, são línguas especiais, sendo aquilo que podemos colocar enquanto uma língua da razão. A razão humana, que é aquilo mais maravilhoso que dispomos, a qual utilizamos para escrever e colocamos por escrito algumas regras que vamos poder cumprir, outras regras que não vamos poder cumprir jamais e algumas regras que vamos cumprir em partes. Quem já passou por uma determinada quantidade de anos, sabemos que a vida se trata muito disso, de coisas que podemos fazer ao 100%, de coisas que podemos fazer ao 50% e de coisas que, lamentavelmente, nunca vamos poder concretizar. Apresento uma, por exemplo. Eu sempre quis jogar no Maracanã. E onde estou eu?

Identifico esta constituição com quatro peças. Uma composição, seus mecanismos garantistas, uma sociedade aberta e a estrutura democrática. Dentro dessa peça que tem a Constituição Brasileira de 1988 e a Constituição Argentina de 1853 e todas as Constituições Sul-americanas, se as colocarmos todas dentro de um grande livro, vamos descobrir que tem 1.500 ou 1.600 páginas. Com isso, podemos fazer teoria geral e nos apresentamos na comunidade, ou até mesmo irmos para a Europa ou para outro país e nos apresentarmos enquanto sul-americanos dizendo que, sim, nós também fazemos teoria geral. Ainda, fazemos teoria geral com o maior país do planeta que possui democracia constitucional com voto obrigatório ou, pelo menos, o maior que eu conheço – em outra oportunidade referiram que na Ásia há outro com voto obrigatório, mas este não sei como funciona. Isto, por sua vez, não é uma pequena democracia, é uma grande democracia.

porque da outra vez me diziam que há outra com voto obrigatório, mas eu não sei como funciona esse país que se encontra na Ásia. Então, de que eu conheço com voto obrigatório, isso não é uma pequena democracia, isso é uma mega democracia, na qual, para ser eleito presidente da república é necessária uma quantidade imensa de votos.

Esta estrutura democrática que está instalada como peça da Constituição, faz com que as Constituições das quais falamos, dissermos, ensinamos, discutimos, sejam somente Constituições democráticas. Nós somos professores do Estado Constitucional e Democrático, como diz o artigo 1º da Constituição Brasileira. Não há outro Estado para nós. É impossível a autocracia, e nós não iremos fazer nada em relação a isso – pelo menos eu não irei.

O que é a democracia? A democracia é uma terra prometida. A democracia é uma guia. A democracia é uma meta. A democracia não se concretiza. A democracia é algo que nós levantamos e é como a luz do dia. Levantamos a vista e sabemos que podemos caminhar e que temos que caminhar para lá, não existe a sua consolidação. A democracia é uma questão de todos os dias, baseada em um método. Um cidadão é igual a um voto. A milionésima parte é do cidadão. A energia dessa estrutura democrática é do cidadão, e não canso de dizer que não há melhor definição de democracia que o artigo 1º da Constituição Brasileira.

Nele, tudo está abrangido, desde a dignidade da pessoa humana, a separação do poder, a soberania, o cidadão. Isso é a democracia. É um método no qual se apresentam à discussão pública determinadas ideias e, se são favorecidas de acordo com determinada maioria, vão governar. O que perde, espera, e no futuro poderá voltar a fazer. Claro, como toda terra prometida, tem diferentes intensidades e diferentes efetividades. Nós, brasileiros e argentinos, temos sido agraciados politicamente, pois todos participam em nossas comunidades.

Homens, mulheres, todos podem participar. A nossa é uma democracia ampla, com plenitude de possibilidades, o que diverge de outros países, em que existem democracias limitadas. Nós não conhecemos nenhum caso de que um brasileiro ou um argentino tenha sido proibido de votar, participar ou armar um partido político. Submetido, como lhe disse, ao princípio da maioria da minoria mas que exista um núcleo impenetrável, aquilo que nunca se vai poder tocar, que são os elementos fundacionais da estrutura democrática, ou seja, o método em si, ou seja, o método previsto para gerar essa intensidade e que todos possam participar.

Naturalmente, nossas democracias, a democracia brasileira e a democracia argentina, possuem problemas com a efetividade. Há sérios problemas com a efetividade, porque nem tudo aquilo que diz o corpo eleitoral se transmite diretamente com possibilidades concretas à governabilidade. Se examinarmos o ocorrido em 1988 no Brasil e em 1988, 2020 e 2023, e a Constituição Argentina, que este ano completa 40 anos de democracia constitucional, pela primeira vez na história, votando homens e mulheres, é um fato absolutamente histórico na Argentina. É tão histórico que vejam o que está acontecendo. Então, temos problemas com a transmissão. E esses problemas que chegaram a alguns meios europeus lhes levaram a dizer que existem democracias perfeitas e democracias imperfectas.

Antes de vir para cá, naturalmente, estive estudando este catálogo que faz uma publicação inglesa e onde Brasil e Argentina, curiosamente, estão no mesmo lugar, 49ª e 50ª posição, mas extremamente mal avaliadas. Caso alguém olhasse esse índice onde estamos, 49ª e 50ª, e verificasse efetivamente os cinco capítulos que são julgados, qualquer um dos dois países, tanto a Argentina como o Brasil, passariam a ser democracias plenas.

Todavia, nós, brasileiros e argentinos, temos um grande problema que, como bem mencionado aqui, tem a ver com a erradicação da pobreza e a exclusão social. E aqui sim, me dirijo aos desafios da democracia, que acreditamos que foi inventada pelos antigos, há aproximadamente uns 2.500 anos. Essa democracia dos antigos tem a ver com algo que nós pouco exploramos, sobretudo em virtude da concepção atomística e individualista que desenvolvemos com o fim precípua de realizarmos um plano de vida que é nosso e, em que pese seja em comunidade, determinamos que os outros não podem interferir.

Acredito, então, que isso é diferente da concepção pensada pelos antigos. No entanto, às 20h20 da noite, 17 de outubro de 2023, eu vou mencionar alguns desafios e duelos. Meus amigos brasileiros disseram que desafio tem um campo semântico muito mais intenso em português que em espanhol e em espanhol é o contrário, o duelo é mais importante do que o desafio. Os desafios são questões da língua que vão e vêm.

Desttes, um foi muito bem mencionado. Vejamos, se a Constituição é a língua da razão para estruturar uma democracia e para governar o tempo e o espaço, e o espaço é a natureza. Porém, nosso planeta está afogado.

A responsabilidade é nossa, da nossa geração, do que vamos entregar, sendo nossa responsabilidade para existir e para conviver. O que iremos entregar como ambiente para as gerações futuras? E isso tem que ser discutido não somente nos ambientes nacionais ou estaduais, mas também nos regionais e mundiais. Não sou um especialista, mas negar

a mudança climática ou negar a existência da mudança climática é realmente uma aberração. No entan-

to, na Argentina -disse que não ia falar do meu país, mas há um candidato a presidente que nega a existência das mudanças climáticas. No meu país, quase 50% da população é pobre ou está em condições de ser. Como dizia Norberto Obóvio, é muito difícil exercer a democracia com o estômago vazio. Se a pessoa não tem a alimentação necessária e as medicinas básicas para chegar adiante, se não corrigirmos imediatamente a questão da exclusão social, a frustração democrática se encontra na volta da esquina.

Ademais, há um tema para o qual não tenho respostas. A nossa vida está completamente digitalizada, a ponto de ficar completamente digitalizado, sendo que cada dia é um capítulo que se supera em termos de tecnologia. Assim como temos dentro dos desafios da democracia o entender a questão com o mundo natural, assim como temos com a questão da democracia, o que fazemos com o mundo social, com a exclusão de aqueles que se encontram em margens ou fora do sistema, há uma questão eminentemente tecnológica, acerca da qual não sei como vamos fazer. Há um tempo escrevi um artigo no qual me equivoquei ao dizer que a Constituição de Chile ia ser a última pensada e redigida com base no que agora venho a chamar de inteligência natural para distinguir de inteligência artificial. Em meu último trabalho sustento que não estou disposto a ser governado por a inteligência artificial.

Isso não significa que vou deixar de usar celular, ou não vou mandar mais correios eletrônicos, ou não vou fazer mais um check-in por internet. Estou me referindo a algo muito mais grave. Estou dizendo que não estou disposto a que seja a inteligência artificial, puramente a inteligência artificial, que venha a tomar as decisões no marco da autoridade e da razão pública. Isto que estou dizendo parecia uma loucura há cinco anos, mas hoje, sobretudo nesses últimos sete ou oito meses, com os chamados que existem a respeito da evolução da inteligência artificial, tem que nos fazer pensar, e pensar sobre isso.

Quem maneja a inteligência artificial? Quem está atrás do resorte da inteligência artificial? Esta questão do financiamento da inteligência artificial abre espaço para abordar o último tema antes de concluir, que são os populismos autoritários, que são os bárbaros, os incivilizados, para os quais não tenho palavras, que utilizam o método democrático para ganhar as eleições e ganham as eleições com o método democrático. A pergunta que nós devemos nos fazer, sem cessar, é se a democracia dá pé para suicidar-se, se através do método democrático pode ser construído um poder completamente autoritário, baseado somente a partir da inteligência de uma pessoa?

Eu estou absolutamente convencido, colegas, a democracia não deveria se suicidar. Todavia, rondam a região estes bárbaros que já têm experiências governativas e que obviamente, como diria qualquer um no Superior Tribunal Federal, não sei se questionam acerca das generalidades da lei, como quando as pessoas vão se declarar como testemunha “você é compreendido pelas generalidades da lei?”. Eu estou absolutamente compreendido e alarmado, e apenas posso dizer é que a Constituição Argentina tem um artigo 36, mágico, copiado do artigo 136 da Constituição mexicana, que de alguma forma também se vincula com o art. 60, §4º, das Cláusulas Pétreas, a respeito da intangibilidade.

Vocês não têm como intangibilidade explicitamente a democracia no art. 60, §4º, mas estou certo de que se proíbem as emendas sobre a separação de poderes, se proíbem as emendas sobre o voto, estamos falando da democracia. A Argentina tem um art. 36 que diz que atentará contra o sistema democrático e institucional aquele que com o uso da força se coloque contra a Constituição, a qual não vai deixar de regir.

Compartilho algumas conclusões para terminar. O Brasil possui uma Constituição extraordinária. Acredito que é o resultado de uma feita verdadeiramente irrepetível. Quando leio a lista de constituintes, resulta-me muito difícil imaginar que estavam sentados aí Fernando Henrique e Lula. Isso em meu país não teria sido possível. E este feito apresentou a vocês uma Constituição que com seus 9 títulos, com suas regras permanentes, é uma Constituição que diz praticamente tudo o que tem que dizer no direito constitucional, não ficando nada de fora. Cabe dizer que, por óbvio eu gostaria de um regime semipresidencial, mas, no restante, está tudo dito, ainda de uma maneira tão bela que até constitucionalizaram a língua. A democracia implica sempre duelos e desafios. Por isso estamos aqui, para saber que desta língua da Constituição se estrutura a democracia, que nós temos que continuar pensando, e que a constitucionalização da democracia nos fez pensar, sobretudo a minha geração.

Em relação a isso, relato que eu cresci e vivi durante a ditadura militar. Decidi ser constitucionalista quando tinha 21 ou 22 anos e

não existia a Constituição no meu país, a qual começou a existir quando eu completei 23 anos e virei advogado. Pensei, como muitos políticos, cidadãos e juristas do meu país, que a democracia constitucionalizada seria para sempre. Hoje estou triste, não de todo triste, mas bastante triste e alarmado pelo que pode acontecer e fará com que em um momento de minha vida novamente eu tenha que lutar pelos princípios e regras da Constituição Federal da minha República. Isto se apresenta como uma nova experiência na minha vida, de que tudo pode mudar, que tudo se sustenta, ao que parece, com fios.

Ademais, acerca da digitalização, algo terá de ser feito. Com o meio ambiente da mesma forma. Com a exclusão social também não poderemos mais fechar os olhos, teremos de pensar em atividades focadas, decididas e reparadoras.

Finalizo ratificando que sinto-me honrado por dividir este fórum com vocês, compartilhando este momento mágico e irrepetível de 35 anos de uma das melhores constituições do mundo. Juntem-se a mim como mais um para repensar democraticamente a democracia constitucional.

cialização. Isso tem sido todo o trabalho no contexto geral.

Não se trata de qualquer pretensão de assumir um protagonismo que não se deseja, mas os debates difíceis que ocorrem, suscitando de novo a doutrina mais sofisticada sobre a constatação de fatos legislativos e de prognoses legislativos, para discutir temas como medicamento de alto custo e qual a política adequada para dar resposta a isso, debruçando-se e dialogando com aqueles que são os responsáveis diretos pelas políticas públicas.

Outro ponto que cabe destaque e que vai ao encontro do tema desta conferência, é o fato de que o Brasil conseguiu construir uma democracia defensiva ou defensiva, aquela que pode se mostrar intolerante com aqueles que não toleram a democracia. As pessoas ganham a eleição pelos métodos, ou eleições pelos métodos democráticos e depois passam a dizer, conforme se viu, ditos em praças, gritados em todos os locais, “supremos somos nós”, sendo instaurado o discurso populista contra a democracia constitucional. Dentre os brados de “supremos somos nós, nós o povo, nós que estamos aqui na rua somos supremos”, crendo que pudessem fazer qualquer coisa, viu-se essa situação ser cultivada, a qual se assistiu com um grau de perplexidade e de preocupação. Certamente houve momentos bastante preocupantes a partir do uso abusivo que se fazia das liberdades democráticas ou das faculdades democráticas para ameaçar a própria democracia.

Sabe-se muito bem, e isto já foi abordado pelo ministro Barroso, que essas organizações populistas se voltam normalmente contra o Judiciário. Como exemplo pode-se citar a corte Húngara, na qual houve período de trabalho conjuntamente com Peter Paczolay, seu vice-presidente, durante a comissão de Veneza, sendo que a referida corte estava em funcionamento, até que deixou de existir, desapareceu.

Quando se comparece aqui falando do Supremo Tribunal Federal, e novamente uma menção à jurisdição constitucional mais forte que se logrou estabelecer e fazê-la funcional, conta-se uma história não de um desastre, mas de um sucesso. Conta-se a história de uma corte que soube enfrentar desafios e soube sobreviver num contexto extremamente difícil, em relação ao qual se alguém duvidava do ódio que era devotado, isso é dito, basta ver o desastre, os estragos feitos no Supremo Tribunal Federal vis-à-vis ao que se fez no Planalto e no Congresso Nacional. As imagens todas no chão, derrubadas, as fotografias rasgadas, como se de fato fosse devotada uma enorme raiva, uma enorme vontade de destruir aquele local. É inegável também que a democracia defensiva, e essa é uma construção brasileira muito interessante, se revelou consistente na justiça eleitoral.

Deve-se destacar que, em um seminário com tantos jovens, no qual se discute com orgulho, a partir das palavras do professor Raul Ferreira, o que se conseguiu conquistar em termos de doutrina constitucional nesses 35 anos, quando se vê houve matéria no New York Times sobre isso, assim como o episódio referido pelo Ministro Barroso da invasão do Capitólio.

Mas, ainda antes disto, quando se vê a gravação de Trump conversando com alguém na Georgia, um secretário, nos termos de “me arranja alguns votos aí”. Esta conversa, no Brasil, seria impossível, pois a justiça eleitoral é a grande agência de todo o processo eleitoral. Caso algum governador ou presidente da república se dirigisse, e o governador do estado dissesse “me arranje alguns votos aí para a contagem”, obviamente isso soaria ridículo. O que demonstra que este país construiu instituições que de fato se revelam sólidas. Hoje os Estados Unidos se debate com a séria questão da candidatura de Trump, debate sobre muita dificuldade sobre a sua inelegibilidade, sendo que aqui a questão se resolveu de outra maneira, a partir da responsabilização de quem causou danos políticos jurídicos ao sistema.

Portanto, neste campo, de fato, não há espaço para o vira-latismo. Deve-se ter orgulho das instituições brasileiras, ainda que se tenham imensos desafios, o que já foi abordado aqui. Como, por exemplo, o com-

bate à pobreza e a questão da segurança pública, que também necessita de um olhar, vez que não é possível que ocorram episódios como o que recém se sucedeu no Rio de Janeiro. Isso não é uma tarefa só do Rio, é uma tarefa do Brasil, é preciso encarar essa questão da segurança pública, o que é extremamente sério, exige um esforço, e não se trata de um esforço comum e nem de fórmula mágica.

Em relação ao que é levantado por alguns de que “agora apareceu um salvador, um grande secretário de segurança pública que vai resolver”, não é verídico, pois tem algo de estrutural nisso, que necessita ser estudado e exige coesão dos poderes. Porém, o Brasil possui essa capacidade. Isso já foi aqui retomado em virtude do plano real, acerca do qual recomenda-se a série documental “o País das Doze Moedas”. ‘O País das Doze Moedas’ é o Brasil, sendo curioso que em 1988 o país já possuísse problemas de combate à inflação no dia seguinte mas, previamente a isso já houve diversos programas, inclusive no governo do presidente Sarney, como a questão do cruzado, tabelamento de preços e coisas do tipo.

Em relação ao documentário, seus âncoras, Delfim Netto e Gustavo Franco, falando sobre as vicissitudes e as experiências do combate à inflação no Brasil, dizem que havia uma série de dificuldades, narrando o episódio da retenção dos cruzados, o governo Collor, como sendo algo curioso, pois todos se viram desesperados, porque possuíam 50 dinheiros, apenas e desapareceu o dinheiro. Todo mundo estava detido, retido, e as pessoas perguntavam então à ministra Zélia o que que ela faria, o que que era aquilo, como elas pagariam as suas contas nos dias seguintes, como quem tinha uma cirurgia para fazer, quem tinha comprado um imóvel, ela respondia a mesma coisa, o que estava na medida provisória que retinha os recursos.

Alguém que estava assistindo ao filme, certa vez, levantou o debate sobre quem sabia explicar o que estava por trás do plano seria o Ibrahim Eris, que era turco e não sabia falar português. Então, claro que era um quadro muito peculiar, muito surreal. Ainda, aparece no filme Fernando Henrique Cardoso que, narra-se que estava em Washington, ministro das relações exteriores, dizendo que agora a economia do Brasil iria melhorar, ou que estava no rumo certo. À noite, ele recebe um telefonema do Itamar dizendo que, pelo consenso geral no governo, ele deveria ser o ministro da Fazenda. O que, a partir de então, resulta no Real. Ou seja, estamos tratando de um país que sabe se reinventar, que soube superar a inflação, que foi a base para a quebra de diversas desigualdades no país. Ainda que os mais jovens não se recordem, mas a inflação do plano Collor era, transição Sarney-Collor, 84,32%, a inflação de um mês no Brasil. Sendo que isto foi superado para um país que, atualmente, encontra-se em um quadro de normalidade e de responsabilidade fiscal.

Veza que foi possível a construção desse cenário, acredita-se que o Brasil seja capaz de enfrentar os demais desafios a partir de um modelo de compreensão recíproca e de cooperação. Também é fundamental também que se saiba, conforme observação do professor Raul Ferreira, que o modelo de separação de poderes que integra as cláusulas pétreas assegura também a independência do judiciário e, claro, a independência da Suprema Corte. Dessa forma, emendas constitucionais que flertam com o enfraquecimento, o debilitamento do Supremo Tribunal Federal são inconstitucionais. Dessa forma, hoje se comemoram os 35 anos da Constituição Federal, mas já se prospectam pelo menos mais 35 anos de vigência.

Ministro Alexandre de Moraes

PRESIDENTE DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Passa-se a abordar, então, o tema do juízo de garantias, acerca do qual, em que pese algumas instituições acreditem que não fazem parte do sistema de garantia de segurança pública da sociedade, vê-se que é um assunto que deve ser interpretado dentro de uma alteração mais ampla do que foi realizada legislativamente, vez que faz-se necessário alterar a forma de atuação da justiça penal, seja em relação à mentalidade a ela dispensada, ou acerca do aspecto estrutural.

No tocante à mentalidade, deve-se ocorrer esta revisão pois, conforme supra citado, algumas instituições acreditam que não são parte ativa do sistema de garantia de segurança pública da sociedade, dispensando apenas à polícia a competência para tanto. Isso, todavia, não é verdade, vez que quem fixa as balizas da persecução penal, de condenação, de absolvição, se determinado fato se configura enquanto crime ou não, é a justiça penal. Existe, portanto, um distanciamento gigantesco entre a segurança pública realizada pelos órgãos policiais e a segurança pública que deveria ser observada pela justiça penal, sendo um ponto em que há necessidade de uma mudança de mentalidade.

A segunda mudança é a partir do considerado estrutural e que, a partir das alterações que deverão ocorrer com a proposição do juiz de garantias, deve ocorrer. Basicamente, quem realiza a justiça penal no país é a justiça estadual, vez que, em que pese alguns crimes serem de competência da justiça federal, a estadual é que atua realmente em 99% dos casos. No que diz respeito a sua estruturação, a qual ocorre em comarcas, esse é um dos pontos que deve ser revisto, vez que o crime é intermunicipal, é interestadual, não municipal. Em outros temas, todavia, essa evolução já ocorreu. Pode-se citar enquanto exemplo a questão ambiental, na qual, no estado de São Paulo, por exemplo, já existem promotorias regionais. Neste mesmo sentido atua a justiça empresarial, na qual há varas regionais para tratamento do tema. Nesse sentido, a lei que regula a questão do juiz de garantias veio para apresentar uma solução ainda de ordem estrutural.

Já no que diz respeito à manifestação exarada por muitos órgãos no sentido de que não há juízes suficientes para tanto, de que há uma carência de recursos humanos, vê-se que não é possível aguardar até o momento em que o Brasil possua um cenário diverso do que há atualmente, devendo-se deve realizar o melhor trabalho possível com a situação na qual se encontra.

Apresenta-se enquanto exemplo a questão dos acordos de não persecução penal, nos quais a lei trouxe de forma legislativa a possibilidade, em que pese essa já estivesse regulamentada na resolução do CNMP e que possibilitou uma verdadeira limpeza de processos nas varas criminais das comarcas para alguns crimes considerados mais leves. A ideia dessa alteração foi proporcionar, então, que houvesse a liberação de um juiz, vez que não existirão os processos para estes crimes mais leves, podendo ser deslocado para atuar nas varas colegiadas contra o crime organizado e, também, para agora estruturar o juízo de garantias. Essa inovação proporcionou, inclusive, que determinadas comarcas, no Brasil, restassem quase sem processos criminais pendentes de análise, vez que os acordos de não persecução penal trouxeram sua extinção.

Dessa forma, deve-se pensar em sua reestruturação, vindo, então, a primeira questão importante dos juízes. Quando aberta a oportunidade de diálogo com o judiciário, não foram poucos os Tribunais que encaminharam ao STF os cálculos informando que dobraria a necessidade de recursos para a implantação do juiz de garantia. Porém, para que isto ocorra, não significa que onde há um juiz deverão existir dois, mas sim promover a reestruturação da organização, utilizando esta “sobra” de juízes que decorrerá dos acordos de não persecução penal. Ademais, tem-se que a função a ser exercida é, basicamente, a mesma, sendo possível, portanto, que o mesmo juiz atue em duas frentes, e outro juiz também nessas duas frentes, restando uma metade para cada. Isso revela, por sua vez, que cabe ser afastado esse imaginário de que os custos irão dobrar, considerando que o que se deve é, em fato, reestruturar.

Exemplificando, pode-se partir do fato de que o juiz de determinada comarca que antes possuía mil ações penais, hoje possui cem, o que significa uma redução vantajosa da carga de trabalho. Dessa forma, o juiz que estava com esse número de ações penais seguirá com estas, mas passará, então, a atuar também com mais uma parte, o inquérito ou o processo. Nessa reestruturação, ainda, cabe pensar em um juiz de garantias que atue de forma regionalizada, vez que restou declarado inconstitucional o sistema de rodízio que queria ser implementado.

Há no Brasil um bom exemplo do que representaria, inicialmente, a ideia do juízo de garantias, o DIPO - Departamento de Inquéritos Policiais, que está em funcionamento na capital e há previsão de ser estendido para as demais localidades do interior do estado. Vê-se, na prática, que São Paulo possui 10 regiões administrativas do judiciário, de forma que o DIPO conta com 14 juízes responsáveis pelos processos investigatórios. A partir de uma regra de três simples, verifica-se que serão necessários 58 juízes para instaurar o juízo de garantias em todo o estado. A região de Campinas, por exemplo, precisa de 13 juízes de garantias para que estes administrem proporcionalmente o mesmo número de inquéritos da capital. Estes, por sua vez, não seriam distribuídos ao longo das cidades menores, sendo concentrados em Campinas.

Este cenário demonstra que sim, é possível a implementação desta proposta a partir de um estudo, de atos de gestão, nos quais os tribunais trabalhem também com o exemplo de São Paulo, verificando, inclusive, comarcas onde a demanda dos processos de direito penal já diminuíram e não há necessidade de destinar um juiz apenas para isso, sendo possível a unificação. Deve-se, ainda, aproveitar esse momento para promover uma reestruturação de toda justiça penal, para dar maior celeridade e possibilitar realmente o que a alteração legislativa pretendeu, qual seja o combate mais sério aos crimes graves com a plena garantia a partir da separação do juiz que faz a investigação para o do processo.

Ademais, a justiça penal brasileira visivelmente necessita de um reestruturação. Atualmente, trabalha-se com uma realidade em que apenas 8% do número total de homicídios chegam ao Tribunal do Júri para julgamento. Veja, a cada 100 homicídios, apenas 8 são submetidos a julgamento. Os demais restam inconclusos, devido à autoria desconhecida, não tem laudo, ou o laudo demora tempo o bastante para sair até que o crime já se encontre prescrito – deve-se considerar que são raros os países ao redor do mundo que deixam os crimes de homicídio alcançar a prescrição. Resta evidenciado, portanto, que este é o momento de realizar essa reestruturação, e para isso servirá o juízo de garantias, opção válida e necessária para equalizar a justiça.

Já no tocante à afirmação de que o juiz que acompanha o inquérito perde a sua imparcialidade para a ação penal, veja-se que, se essa hipótese ocorre em algum caso, da mesma forma pode ocorrer com o juízo de garantias, vez que não há como remediar em 100% as chances de uma situação assim ocorrer. O magistrado que será destinado a este juízo, por sua vez, será aquele que terá uma visão mais global da questão da segurança e da defesa das garantias. Registra-se que, ainda quando das Olimpíadas no Brasil, um dos pedidos da polícia do Rio de Janeiro foi a de que um órgão semelhante ao DIPO fosse instaurado no Rio, tamanha a importância de que se concentrasse as informações acerca da criminalidade, ocorrendo soluções bem mais efetivas do que quando os inquéritos e os processos acabam sendo redistribuídos dentre vários juízos.

Portanto, o juízo de garantias, além de garantir uma maior imparcialidade daquele juiz que assumirá a ação penal a partir da denúncia, também oportunizará que os destinados ao inquérito possuam um maior conhecimento da estrutura do crime, da criminalidade mais grave. Porém, para plena efetivação dessa forma de trabalho, faz-se necessária uma regionalização pois, caso contrário, da forma com que está sendo proposto por alguns, apenas haverá uma troca, em que o magistrado que atua enquanto juiz substituto legal na comarca atuará como juiz de garantia em outra, da qual o substituto atuará enquanto juiz de garantias na primeira.

Isso, todavia, não pode ocorrer, pois o juiz de garantias deve atuar somente nesta frente, sendo especializado nisto, devendo-se focar, em verdade, no fato de que é necessário um número menor de juízes de garantias em relação aos que atuarão no processo, porque não irá haver uma instrução, ou sentenças a serem prolatadas. Então, em que pese a importância da função, será uma atividade mais célere.

Para tanto, o Supremo Tribunal Federal teve de regulamentar alguns questionamentos que surgiram como, por exemplo, qual seria o juízo competente para o recebimento da denúncia - o de garantias ou o do processo. Inicialmente, a lei trouxe a previsão de que a competência estaria com o de garantias, de forma que o processo se iniciaria no juízo seguinte, que sequer teria acesso ao inquérito. Ambas as questões foram afastadas pelo STF, vez que a estrutura, de tal forma, não é compatível com a realidade do judiciário brasileiro. Isso se deve ao fato de que o juiz do processo, então, receberia a ação penal iniciada, sem contato com o que antes ocorreu, havendo para seu julgamento somente aquilo que foi novamente produzido. Todavia, essa não é a realidade do nosso sistema penal. O Brasil conta com um sistema híbrido, onde permanece a ocorrência de um inquérito policial, presidido pela autoridade policial, sendo que grande parte das provas que posteriormente serão valoradas, em especial as provas técnicas, são produzidas nesse momento processual.

Do ponto de vista estrutural, não há condições do juízo de garantias realizar a análise da denúncia e decidir acerca de seu recebimento, vez que poderia gerar, inclusive, uma situação de trabalho sendo realizado em dobro pois, após recebida a denúncia e encaminhados os autos para o juiz do processo, este, por sua vez, poderia achar que não existe justa causa para a ação penal. Para os que defendem que o recebimento

da denúncia pelo juiz de garantia fere o princípio da imparcialidade, entende-se que não é um argumento cabível, vez que, caso fosse real, toda denúncia recebida seria julgada procedente e não é isso que ocorre. O fato de já não produzir as provas, não acompanhar a sua produção, e de não ser este que decretará uma eventual prisão preventiva durante o inquérito, uma interceptação telefônica, ou a busca e a apreensão já afasta o juiz do processo dessa premissa de uma possível parcialidade em virtude de ser o competente para o recebimento da denúncia.

Porém, caso o juiz de garantias tivesse de, além das atribuições acima elencadas, decidir acerca do recebimento ou não da denúncia, já seria estruturalmente impossível de implementar, vez que então seria necessário, de fato, um número bem superior de magistrados. Dessa forma, esse foi um dos pontos alterados pelo STF. Com esta alteração, todo inquérito policial deve seguir o oferecimento da denúncia e o processo, não sendo possível escolher provas. Isso foi muito discutido quando a lei de improbidade veio, onde no inquérito civil, os promotores que o presidem, entravam com a ação e somente juntavam as provas que eles entendiam necessárias, deixando as demais de fora. A partir disso, foi definido que todas as provas produzidas devem ser juntadas, não podendo ocorrer essa escolha, até porque, seja na improbidade, seja no campo penal, o promotor é parte. Talvez não imparcial, como alguns dizem, mas sim exercendo a função de acusação com neutralidade, vez que também atua enquanto fiscal da lei. Devido a isso, não cabe a ele ocultar uma prova que foi produzida no inquérito e, eventualmente, essa prova pode vir a ser favorável para a defesa. Isso seria contrariar essa neutralidade exigida do promotor. Como dizia Calamandrei, o promotor é um advogado sem paixão. Não pode se apaixonar, pelo caso, no sentido de querer sempre condenar, mas tem a sua função de apresentar todas as provas.

Essa alteração proposta pelo Supremo Tribunal Federal foi importante para equacionar, seja estruturalmente, seja do ponto de vista da imparcialidade do juiz e da própria condução do processo, haja vista o fato de que o juiz deve começar o processo possuindo conhecimento dele e dos elementos que o estruturam, para poder melhor analisá-lo. Outro ponto afastado pelo STF foi a impossibilidade do juiz que atua no inquérito atuar ao longo do processo vez que, especialmente nessa fase de transição, essa proibição incorreria no fato de não haver juízes disponíveis para atuar em nenhuma das fases.

Outro ponto importante é que o juízo de garantias não se aplica a órgãos colegiados, nem tribunais, também não se aplica em relação aos tribunais de justiça, no caso de prerrogativa de foro, nem aos tribunais regionais federais, nem ao Supremo Tribunal de Justiça, nem ao Supremo Tribunal Federal, pelo próprio fato de serem órgãos colegiados. Se a ideia, a ratio principal da norma, foi garantir a imparcialidade maior do julgador para não “contaminar” pelas provas que ele deferiu, que ajudou a produzir durante o inquérito, no caso de órgãos colegiados, há os demais julgadores. Essa eventual parcialidade, a qual, cabe ratificar, não é aplicável, ficaria rarefeita nos demais membros, seja da Câmara, seja de turma, seja do plenário, que não participaram daquela coleta de provas.

Deve-se ter cuidado, àqueles que preferem e adotam, seja academicamente ou teoricamente, o juízo de garantia como o melhor modelo em virtude de ser a única forma de garantir a imparcialidade do órgão julgador, vez que não é verídico. Esta afirmação poderia se desdobrar em questões como, em órgãos colegiados, o fato de que o relator não poderia votar, ele deveria apenas relatar, pois ele é o que acompanhou os fatos, e isso o tornaria parcial, e não há cabimento nisto. Isso se deve ao fato de que, não apenas no Brasil, mas também nos países que adotam esse funcionamento, o relator geralmente é o membro que mais conhece o processo e acaba detalhando para os demais as provas produzidas e a forma como foram.

Dessa forma, encerrando o presente comentário a este instituto, tem-se que o juízo de garantias foi uma opção aqui adotada e que deve ser implementada, podendo esse momento ser aproveitado, inclusive, para reestruturar a justiça penal.

A ideia é a construção de uma jurisdição penal que seja efetiva, entregando uma resposta célere para a sociedade e, ao mesmo tempo, garantindo os direitos fundamentais dos investigados e acusados. Para tanto, é necessária a reestruturação pois, caso prossiga nesse esquema de individualização, em que cada juiz e cada promotor observam apenas sua comarca, não será possível avançar. Essa reestruturação permite, inclusive, que já sejam criadas varas colegiadas para combate ao crime organizado, o que também é uma garantia ao juiz que nelas atua. Veja-se que a polícia, para combater a criminalidade, usa artifícios que protejam seu rosto, o Ministério Público, da mesma forma, encaminha denúncias assinadas por toda equipe do GAECO, mas o juiz, no entanto, acaba atuando sozinho. Para ilustrar, cita-se o exemplo de uma denúncia realizada pelo GAECO de Presidente Prudente, no estado de São Paulo, em que 12 promotores assinaram pedindo a prisão de mais de cem membros do PCC. Essa denúncia, por sua vez, foi distribuída para um juiz que havia acabado de assumir e possuía 25 anos, o que não é razoável.

Por fim, o último tópico que cabe destaque é em relação ao uso da tecnologia para melhora da justiça penal, a exemplo das audiências por videoconferência, as quais, inicialmente, restaram embarçadas mas, após a pandemia, passaram a ser amplamente adotadas enquanto possibilidade para dar

andamento às demandas que antes eram apenas presenciais. Em relação à audiência de custódia, por exemplo, foi um dos termos que o STF pacificou que, podendo ocorrer presencialmente deve, sim, ser a prioridade, mas caso não seja possível, deve ser realizada virtualmente. Para os que afirmam que na hipótese da audiência virtual se apresenta uma chance maior do réu ser coagido de alguma forma, cabe o reconhecimento de que, para os que entendem a forma com que se sucede o transporte de um preso para as audiências é, em verdade, esse um dos momentos com maior chance de ocorrer uma situação desse gênero do que durante a solenidade, em que tudo está sendo gravado.

Dessa forma, é recomendado que se abra o espectro de análise a fim de analisar qual hipótese entrega mais resultado às partes, e a pandemia veio para demonstrar que é possível o uso da tecnologia de forma equalizada e proporcional, agindo também a favor do réu, do investigado. Na situação da audiência de custódia, conhecida enquanto habeas corpus social, vê-se que é melhor levar o custodiado à presença de um juiz em 24h ainda que virtualmente do que não o apresentar devido à ausência de estrutura para tanto. Deve-se, portanto, avançar, pensando em uma reestruturação na qual, inclusive, possa-se aproveitar melhor a audiência de custódia para, inclusive, realização dos acordos de não persecução penal. Existe, nesse momento, uma grande possibilidade de avanço para justiça penal no Brasil, e ela deve ser aproveitada.

Então, deve-se avançar. Fica aqui para uma próxima oportunidade, dentro dessa reestruturação, uma revisão acerca da audiência de custódia, que também deve ser melhor aproveitada. Por que já não realizar os acordos de não persecução penal nela? A justiça penal seria esvaziada de casos sem importância. Por que, se imediatamente a pessoa realmente confessa, está lá o promotor, está o defensor público, está o advogado, já não resolver? E prossegue-se a cuidar do que realmente interessa. Então, tem-se hoje uma possibilidade de melhorar a justiça penal no Brasil. Não vamos perdê-la.

MINISTRO ANTÔNIO SALDANHA

MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O presente estudo adota uma revisão em relação àquilo que está acontecendo conceitualmente em alguns países do mundo acerca do tema do juízo de garantias e como o Brasil está enfrentando essa situação, como caminha no sentido de um aperfeiçoamento da justiça penal.

Inicialmente, cabe referir que esse instituto foi criado pela reforma do quadro de processo penal, com o pacote anticrime no qual, a partir da forma que foi apresentado, verifica-se que possui alguns vícios de origem. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, quando da análise de sua constitucionalidade, acabou por traçar alguns parâmetros do que seria constitucional ou inconstitucional, a fim de aprimorar aquilo que legislativamente foi desenvolvido e, a princípio, não estava tão bom.

A questão do juízo de garantias atende uma antiga demanda da doutrina no sentido de prevenir a não contaminação do juiz que sentenciará o fato com as questões tratadas na fase do inquérito. O doutrinador Aury Lopes Junior, por exemplo, há muito defende que a fase do inquérito deveria ser descartada após o oferecimento da denúncia.

Nesse sentido, destaca o Ministro Alexandre de Moraes, o que talvez venha a ser de um purismo defensivo exagerado, que todas as provas, após oferecida a denúncia, deveriam ser descartadas, exceto as não repetíveis, havendo um juiz especial com competência exclusiva para essas funções. No Brasil, chegou no texto da lei, aquilo que foi possível apurar da deliberação de 4 ADIs no Supremo Tribunal Federal, nas quais se buscou estabelecer parâmetros mais factíveis em relação a esses juízes de garantia, a responsabilidade pelo recebimento de denúncia ou queixa - que depois foi alterado pelo STF, assim como da garantia do investigado e do controle de legalidade. Vê-se, então, que na forma como ele estava estabelecido na proposta do pacote anticrime houve uma contaminação acadêmica, talvez muito purista.

A atuação do STF, nesse sentido, foi a partir do entendimento de magistrados, como o ministro Alexandre, que foi promotor, secretário de Justiça, Ministro da Justiça, possuindo a experiência da trincheira em relação a como as coisas funcionam na prática. Essa perspectiva, de trazer aquilo que está colocado dogmaticamente no texto de lei para a realidade, acredita-se ser fundamental.

Então, em 24 de agosto de 2023, o plenário encerrou o julgamento do mérito das ações e decidiu pela constitucionalidade da lei em diversos pontos, retirando do juiz das garantias a atribuição de recebimento da denúncia. Há um magistrado responsável pelo inquérito, o qual procede a apuração, colheita de provas, verifica a legalidade nessa fase, e um outro juiz, neutro, competente para o recebimento da denúncia, que é quem vai tocar o processo.

A experiência em outros países mostra o seguinte.

Em Portugal, algo similar a este instituto foi criado em 1987, com um magistrado analisando as ações mais invasivas de investigação e, recebendo a denúncia, o feito é encaminhado a outro magistrado, mais próximo do que previu o pacote anti crime. Na Argentina, implantado desde 1991, há um magistrado que atua decidindo pedidos de prisões provisórias, busca e apreensão, quebra de sigilo, dados bancários e fiscais. Ofertada a denúncia, o outro magistrado analisará e prosseguirá na fase processual. Conjugado do STF, a sistemática brasileira se assemelhou àquilo que vem sendo tratado na Argentina.

Na Alemanha, pioneira no tema, foi previsto desde 1970 e é chamada de juiz de investigação - cujo termo em alemão é "ermittlungsrichter" - e decide sobre as ações pré-processuais mais invasivas, sendo o sentenciamento normalmente realizado por Câmara de Magistrados. Já na Itália há o juiz de investigações preliminares, "Giudice per le indagini preliminari", ou simplesmente GIP, como é tratado, e recebe os pedidos de prisões, buscas e outras medidas cautelares, sendo a denúncia recebida por uma turma composta por três magistrados. Na França, instituído em 2000, há o Juiz das Liberdades e da Detenção, que decide sobre as ações de investigação e medidas cautelares solicitadas pelo juiz da instrução. Nos Estados Unidos e Inglaterra, o sistema é totalmente diferente do nosso e varia de acordo com a localidade, mas em regra a investigação é realizada pela polícia ou ministério público e o juiz presidente do júri é

quem autoriza as cautelares. Nesse, a acusação será recebida pelo júri ou, se solicitado pelo réu, que tem a prerrogativa, principalmente na Inglaterra, de escolher se quer ser julgado pelo júri ou por um juiz monocrático.

Em relação às críticas desenvolvidas em torno do juízo de garantias, uma destas é a de que a mudança operada pelo STF acarretaria na contaminação do juiz da instrução, por possuir acesso aos elementos da investigação o que, todavia, não se considera como um dos pontos mais pertinentes. O celebrado doutrinador Ferrajoli diz que a função judicial não pode ser contaminada pela promiscuidade entre juízes e órgãos da polícia, que só devem ter relações de dependência com a acusação pública.

No que diz respeito ao possível prolongamento da duração do processo, aquilo que já foi referido pelo ministro Alexandre, certamente o processo pode vir a demorar até que os sistema entre na engrenagem. Porém, não se pode deixar de adotar uma modernidade, uma modernização do sistema penal porque vai demorar mais ou menos. Deve-se, sim, aperfeiçoar o sistema e em pouco tempo, acredita-se, vai estar inserido na sistemática brasileira como um todo.

Ademais, quando em análise desta temática do juiz de garantias, foi localizada esta proposta que está sendo avaliada recentemente. Em uma palestra na Defensoria Pública foi requisitado que se abordasse o tema “investigação defensiva no processo penal brasileiro”, que é um tema palpitante, um tema que a advocacia clama por trazer à baila, no qual a defensoria pública está muito envaidecida de já ter realizado procedimentos de investigação defensiva em mais de 100 processos.

Tem-se uma reserva acerca da implantação deste tema porque eles atuam já na fase processual e, acredita-se, a grande tônica da investigação defensiva é na fase da instrução, do inquérito, na qual vai se estabelecer a materialização do conceito de paridade de armas. Quer dizer, não é só o Ministério Público atuando, pedindo providência, mas a defesa podendo pedir providência, o que, por sua vez, traz algumas peculiaridades e será necessário, mais uma vez, uma adaptação a essa nova sistemática.

Apresentando uma breve referência histórica realizada em torno do inquérito policial no Brasil, inicialmente tem-se o conceito do doutrinador Mirabete, que o coloca enquanto o procedimento policial utilizado para reunir elementos de apuração de uma infração penal e sua autoria. Então, inicia-se lá em Roma, com a *Inquisitio Generalis*, e, no Brasil, com as Ordenações Filipinas, que possuíam dois critérios, a devassa e a querela. A devassa era a genérica, onde se escolhia uma pessoa e revirava a vida dela do avesso, o que hoje seria *fishing expedition*. Já a querela era quando havia uma acusação específica em relação a determinada pessoa. A questão do chefe de polícia, delegado, surgiu em 1841, em que os municípios teriam um chefe de polícia e um delegado que comandariam as delegacias.

Neste sistema, até a Constituição de 1988, o nosso sistema era essencialmente presidencialista e inquisitivo e, após esta, passou-se a exigir nos tribunais que a condução do inquérito observasse a exegese constitucional, partindo da prova da acusação, com observação da presunção de inocência, da proteção contra a tortura e atos de coação, com o direito ao silêncio, a não utilização de prova ilícita e suas derivações, da verdade real e a necessidade de ser presidido por um delegado de polícia concursado, sendo um sistema misto, segundo Nucci, inquisitório e acusatório.

O anteprojeto Código de Processo Penal, que está rodando no Senado desde 2010, estabelece, no art. 3º, a obrigatoriedade de ser observado o contraditório e a ampla defesa em todas as fases do processo penal, que envolve o inquérito também. Nada mais justo que durante o inquérito, em que se tem o promotor e a parte, e a parte contrária, aquela que está sendo sujeito passivo daquela imputação, possa também se utilizar dos meios necessários, como fazer perícias, inquirição de testemunhas. Ainda, o artigo 13 do anteprojeto de Código de Processo Penal, diz que o acusado pode identificar as fontes de prova, requer entrevistas - com autorização judicial e não podendo apenas entrevistar a vítima, havendo também a parte da cobrança, da responsabilidade civil e criminal do defensor por excessos cometidos. incorreria no fato de não haver juízes disponíveis para atuar em nenhuma das fases.

Nesse mesmo sentido, o Estatuto da OAB, alterado em 2016, estabeleceu em seu artigo 7º, inciso XXI, que é direito do advogado assistir aos seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios decorrentes.

Nesse sentido, um dos sistemas que se destaca em relação à investigação defensiva é o italiano, no

qual, desde o código de processo penal de 1988, é um sistema misto, pendendo para o acusatório, onde se assegura o contraditório em toda a formação da prova. A responsabilidade da condução dessa apuração na fase do inquérito é do Ministério Público, o qual integra o poder judiciário sem função judicial, o que se aproximaria, no sistema brasileiro, ao papel do juiz da instrução. Acredita-se que a tendência, por aquilo que se pode apurar e do deliberado no Supremo Tribunal Federal, é a de que o juiz de instrução se aproxime bastante desse sistema italiano. Quais são os aspectos da investigação defensiva no sistema italiano? A defesa pode participar da gestão da prova, seja na investigação do MP ou através de uma investigação autônoma.

Então, na Itália chega-se a fazer autos de inquérito separados daquele que está sendo tocado pelo Ministério Público, ainda que se mantenham ambos sob a sua supervisão e, quando encaminhados ao juiz, os dois são enviados, os autos do inquérito do Ministério Público e os autos do inquérito da Defesa. O juiz, por sua vez, terá que cotejar tudo aquilo que foi apurado e deliberado, podendo a defesa participar da gestão de prova, estando a investigação defensiva positivada enquanto parte do Código de Processo Penal italiano desde 1988, com critérios bastante rigorosos para a investigação defensiva, como alertar as pessoas entrevistadas de sua qualidade e o propósito da entrevista.

Por exemplo, o advogado ou perito contratado pela parte tem que imediatamente alertar que está contratado pelo acusado e qual é o propósito daquela entrevista, devendo-se esclarecer métodos e formas de documentação, se a pessoa entrevistada é investigada ou acusada no mesmo processo ou processo relacionado, garantir o direito ao silêncio, proibição de divulgar quaisquer questões aduzidas pela polícia ou MP e, quando envolver menores, deve-se ter obrigatoriamente o auxílio de um psicólogo ou psiquiatra infantil. Ainda, qualquer vício anula a prova defensiva e também existe responsabilização criminal resultante de declaração falsa. Essa matéria é tão importante no direito italiano que eles têm um portal (www.indaginedefensive.it), onde citam casos relacionados, jurisprudência, decisões individuais de magistrados que anulou prova escolhida na investigação defensiva.

Isso é um processo de aperfeiçoamento. Acredita-se que o juiz de garantias é, de fato, algo que deve ser adotado, apesar das resistências e dos argumentos de que pode vir a não obter sucesso, uma vez que é uma tese de terror. Não se pode parar a evolução do próprio direito penal e do direito processual penal em função de uma expectativa de que o nosso sistema não vá ser compatível com a evolução.

Ademais, pelo que se pode observar, o STF conseguiu depurar a matéria que estava prevista no pacote anti crime e pode estabelecer as diversas opiniões presentes que chegaram a um entendimento médio, retirando as restrições exageradas que estavam previstas na condução do inquérito, na apuração pré-processual.

Registra-se, ainda, que uma opção que seria possível de desenvolver enquanto viabilidade para a logística da instauração do juízo de garantias é a do juiz tabelar, em que este faria a parte da investigação e encaminha, então, para o outro juiz. Dessa forma, o juiz tabelar faria a condução dos atos de investigação e, na hora em que estivesse pronta a formação do convencimento, os autos seriam enviados para o juiz da Vara ou da comarca seguinte para então receber a denúncia e tocar o processo.

Desembargadora Simone Schreiber

JUIZA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

O microsistema do juiz das garantias foi introduzido pela Lei 13.964 de 2019 com a promessa de aperfeiçoar o sistema de justiça criminal, no sentido de fortalecer a imparcialidade judicial e a paridade de armas no processo penal, mas que, apesar disso, provocou forte e imediata reação no seio do Poder Judiciário e teve sua constitucionalidade questionada pelas duas maiores associações de magistrados do país, a AMB e a AJUF, na ADI 6298.

Esta ADI, por sua vez, foi apensada a outras ADIs ajuizadas pela CONAMP e por partidos políticos, também questionando o juiz das garantias e outros aspectos do pacote anti crime. Como todos sabemos, o ministro Luiz Fux, relator dessas ADIs, exarou decisão monocrática em janeiro de 2020, sustentando a entrada em vigor do Juiz das Garantias por mais de três anos. Recentemente, em julgamento concluído em 24 de agosto de 2023, foi por fim afirmada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade do juiz das garantias, embora prevendo-se um prazo de 12 meses para sua implementação pelos tribunais, sob supervisão do CNJ, podendo tal prazo ser prorrogado justificadamente por mais 12 meses.

Neste ponto ainda há um caminho a percorrer. Para preparo deste tema, foi visualizado todo julgamento pelo canal Youtube da TV Justiça, sendo extremamente profícuo para acompanhar o processo de deliberação do Supremo sobre esse tema. A ministra Rosa, por diversas vezes, ressaltou que se tratou de uma decisão construída coletivamente, o que de fato ocorreu. O ministro Fux, inicialmente, se posicionou pela inconstitucionalidade formal do juiz das garantias, por vício de Lei nº 13.964, defendendo que não se poderia impor aos tribunais a adoção do modelo ao argumento de que a criação de uma nova instância jurisdicional, assim como a criação de novos juízos, não se inseriria entre as competências normativas do Poder Legislativo da União.

Defendia, então, uma redação para o artigo 3º - B que autorizava apenas os tribunais, o Estado e a União no Distrito Federal e Territórios a implementar o juiz das garantias. Contudo, nesse ponto, o ministro Fux restou vencido, tendo prevalecido a posição sustentada pelo ministro Dias Toffoli, segundo a votar, no sentido de que a disciplina da persecução criminal constitui matéria de direito processual penal e, portanto, submete-se ao domínio legislativo privativo da União. Mostra-se, assim, formalmente legítima, sob a ótica constitucional, a opção do legislador de instituir no sistema processual penal brasileiro, mais precisamente no seio da persecução criminal, a figura do juiz das garantias.

O Ministro Dias Toffoli, por sua vez, defendeu que a legítima opção do Congresso Nacional por esse modelo não afetará o combate à criminalidade e que apenas passará a existir uma divisão de competência funcional entre os juízes da seara criminal, como ocorre em vários países do mundo. O ministro Palheiro já ressaltou isso também, em relação ao modelo em que um juiz atua na fase de investigação e outro atua na fase de instrução.

Ainda, há argumentos veiculados pelos Tribunais de Justiça de todo o país no sentido de inviabilidade de implementação do sistema, dada a ausência de previsão orçamentária, argumentos que foram acompanhados de estudos que previam a necessidade, em alguns casos, de duplicação de órgãos jurisdicionais com custos elevadíssimos, os quais foram refutados pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse ponto, o voto do ministro Alexandre de Moraes foi bastante elucidativo. O ministro ressaltou que a questão era meramente de reorganização, realocação de juízes e atribuição de nova competência a varas jurisdicionais já existentes, apontando, inclusive que a instituição do ANPP, pela mesma Lei nº 13.964, reduziria o número de ações penais, viabilizando, portanto, soluções negociadas em vários casos, com aplicação de sanções alternativas à prisão, o que permitiria a reorganização do sistema com a implementação, sem a necessidade de criação de cargos, dos juízos das garantias.

De fato, é importante ressaltar que a lei que prevê o modelo do juiz das garantias não atribui ao judiciário mais tarefas que poderiam trazer-lhe sobrecarga do trabalho que desempenha hoje. Por outro lado, também não se está diminuindo o espaço de atuação do juiz na fase investigatória, nem se alterando

o papel que ele já exerce nessa fase. Então, as atribuições previstas no artigo 3º - B do Código de Processo Penal, com algumas pequenas modificações, são praticamente as mesmas que os juízes já exercem hoje na investigação criminal. Para refutar o argumento de que o novo Juiz das Garantias inviabilizará o bom funcionamento do sistema da justiça criminal, trago aqui minha experiência como juíza federal criminal, de primeiro grau e também agora como desembargadora federal criminal, para narrar a realidade de uma vara federal criminal onde tramitam investigações complexas conduzidas pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal.

O juiz criminal de uma vara federal se divide permanentemente entre suas atribuições relacionadas com as investigações criminais, nas quais é chamado a decidir inúmeras questões sensíveis, cautelares probatórias, pessoais, patrimoniais, etc, e suas atribuições relacionadas com a presidência, instrução e julgamento de ações penais. As Secretarias das Varas têm que se dividir também entre tais funções bastante díspares e igualmente complexas. A sétima Vara Federal Criminal, Vara Preventa para a Operação Lava Jato no Rio, se inviabilizou completamente após a deflagração das operações, com deferimento de números cautelares extremamente gravosas em detrimento dos imputados no âmbito das investigações criminais que integraram a chamada Operação Lava Jato. Com isso, o andamento dos processos criminais tornou-se extremamente lento e dificultoso, o que é compreensível dadas não só as características dos maxi processos que decorrem dessas operações, mas também a concentração de atribuições pertinentes às investigações e ações penais nas mãos de um mesmo juiz e com o apoio administrativo de uma única vara.

Então, o mesmo juiz que se incumbe de atos extremamente complexos e sensíveis na investigação criminal é o juiz que tem que se desdobrar e dar conta do célere e regular processamento da ação penal resultante daquela investigação. Falando, portanto, exclusivamente do ponto de vista da eficiência, sem tocar na questão longamente explorada pelo ministro Gilmar Mendes em seu voto nas ADIs, relacionada com comprometimento da parcialidade dos juízes que conduziram a operação Lava Jato, já se recomendaria a adoção do juiz das garantias para aprimoramento do sistema do ponto de vista do incremento da eficiência. São, portanto, ao meu ver, meramente especulativas as afirmações veiculadas nas petições iniciais das ADIs, no sentido de que o juiz das garantias implicaria em ineficiência, proteção deficiente de bens jurídicos protegidos pelo direito penal e aumento de impunidade.

Contudo, ressalta-se que esses argumentos de eficiência acabaram sendo parcialmente acolhidos pelo Supremo, como se virá a seguir. Os ministros Dias Toffoli, Edson Fachin e Gilmar Mendes discorreram longamente em seus votos sobre a relevância da instituição do juiz das garantias para aprimoramento do sistema acusatório, tendo em vista a necessária preservação da originalidade cognitiva e a prevenção de formação de vieses que possam comprometer a imparcialidade objetiva do juiz no julgamento da ação penal.

No direito brasileiro, como todos sabem, a investigação criminal é conduzida pela autoridade policial, que preside o inquérito policial, e também pelo Ministério Público nos procedimentos de investigação instaurados no âmbito da instituição na forma autorizada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 593727, em 2015. A atuação do juiz na fase de investigação se dá exclusivamente como garantidor de direitos fundamentais das pessoas investigadas. Apesar disso, tal participação pode prejudicar sua imparcialidade, porque, em primeiro lugar, exige que o juiz mantenha um contato próximo com os atores incumbidos da persecução penal, em que é constantemente inteirado das etapas e rumos da investigação.

Nesta linha, tem-se que o propósito da investigação é desvendar a prática do crime e apontar-se a o autor. Nesse ambiente, o juiz acaba se engajando num esforço conjunto para que a apuração chegue a bom termo. Encontra-se neste ponto a semente da ideia de que o juiz criminal se une aos órgãos de persecução no combate à criminalidade. Em segundo lugar, quando o juiz defere a adoção de medidas investigatórias ou assecuratórias, em detrimento do investigado, ele explicita um juízo, ainda que provisório, perfunctório, sobre a ocorrência do crime e sua autoria. Está claro que a avaliação do que se pede obriga o juiz a formular uma opinião, ainda que não definitiva, sobre a linha investigatória dotada e sobre

os fatos e pessoas envolvidas na investigação.

Esse papel que o juiz é chamado a exercer demanda redobrada cautela pois, por um lado, este não pode se substituir aos órgãos de persecução penal na condução da investigação e ele também não deve cercear indevidamente a ação de persecução penal. Por outro lado, ele também não pode se demitir do seu dever de tutelar os direitos das pessoas investigadas, impedindo que sofram restrições injustificadas ou desarrazoadas, o que exige que o juiz fundamente adequadamente o deferimento das medidas invasivas. Nesse contexto, torna-se quase impossível que o juiz se mantenha alheio às versões dos fatos que vão sendo reveladas no correr da investigação. O fato de se reconhecer que os juízes que atuam na fase investigatória tendem a produzir vieses que prejudicam a sua imparcialidade na condução do processo não implica em desqualificação do poder judiciário ou dos magistrados brasileiros.

Está se pensando em um sistema melhor que assegure a imparcialidade objetiva do juiz criminal, sem se afirmar em nenhum momento que todos os juízes e juízas criminais até aqui tenham atuado deliberadamente de forma parcial. A questão da imparcialidade do juiz sempre foi tratada no Brasil como algo relacionado à falta de probidade do julgador, o que é um equívoco. A parcialidade revelaria um interesse no processo e, por conseguinte, revelaria uma má conduta do juiz. Por isso, acredito, os juízes têm muita resistência a admitir a possibilidade de que sua participação na fase investigatória os torne impedidos por quebra de imparcialidade, de atuar no processo criminal. É importante referir que essa premissa está retratada no voto do Ministro Luiz Fux, que no ponto foi acompanhada pelos demais Ministros, tendo sido afirmada a inconstitucionalidade do artigo 3º - D, que estabelecia que o juiz que atuasse na fase de investigação ficaria impedido de funcionar no processo.

Igualmente, a regra que estabeleceu o acautelamento dos autos de investigação, de modo a impedir que o juiz do processo tivesse acesso aos elementos informativos produzidos, foi considerada inconstitucional por unanimidade. Assim, mesmo os eminentes Ministros que consideraram que a atuação do juiz na fase de investigação compromete sua parcialidade para atuar no processo, entenderam que 1. O mero acesso aos elementos informativos produzidos na fase investigatória não compromete sua imparcialidade; 2. Não é possível presumir *iuris et de iuri* a parcialidade do juiz que atuou na investigação. Os argumentos de inconstitucionalidade material do art. 3º - D aduzidos pelo Ministro Fux referem-se à ideia de que a regra de impedimento em questão levaria à desproteção de bens jurídicos protegidos pelas normas penais, ao ferimento de morte do princípio da razoável duração do processo, causando um colapso no sistema de justiça penal.

Aduz o Ministro Fux que “a mera divisão de competências, à luz das realidades específicas e mediante normas próprias, não presume a parcialidade do juiz, nem impõe seu impedimento para funcionar no processo. Deve-se, portanto, ser autorizado que cada unidade judiciária discipline a matéria e crie se considerar útil e possível, suas próprias varas ou juizados de garantias, sem que se impeça a continuidade do mesmo juiz do inquérito na fase posterior da ação penal e sem que a inobservância da divisão interna das atribuições judiciais gere qualquer tipo de nulidade processual”. Esse ponto da fala do Ministro Fux é que causa uma certa preocupação. O Ministro Toffoli, por sua vez, afirmou que “embora seja coerente com o microsistema do juiz das garantias, evitar que o julgador do mérito se contamine com a prova do inquérito, não se pode presumir que o simples contato com os elementos que ensejaram a denúncia seja apto a vulnerar a imparcialidade do julgador”.

E registra, ainda, o Ministro Toffoli “como bem destacado pelo ministro Fuchs, a existência de estudos que indicam que seres humanos desenvolvem vieses em seus processos decisórios não justifica por si só a presunção generalizada de que todos os juízes criminais têm tendências comportamentais que favoreçam a acusação”. Sobre a regra de impedimento, sustentou o Ministro Toffoli, “entendo que a cisão de competência funcional ocorrida com a figura do juiz das garantias e a divisão da atividade jurisdicional em duas fases não tem o condão de criar impedimento automático absoluto do magistrado”. A nova causa de impedimento para a atuação do juiz não está inserida no Rol já estabelecido pelo artigo 252, que contém todas as hipóteses de impedimento aplicáveis aos magistrados. Exatamente, diz o ministro Toffoli, porque não se está diante de uma regra de impedimento, mas sim de divisão de competência funcional.

Tendo isso em vista, apresento uma reflexão. As críticas que vêm sendo feitas à deliberação do

Supremo são no sentido de que apenas a divisão funcional de competência, sem estar acompanhada da regra de impedimento e permitindo-se que o juiz da causa conheça e por conseguinte valere os elementos informativos produzidos na investigação, cria o risco de esvaziamento ou desidratação do juiz das garantias. É importante refletir sobre os limites da técnica de interpretação conforme com a adoção de sentenças manipulativas, de efeitos aditivos ou substitutivos, técnica que vem sendo adotada pelo Supremo em precedentes muito importantes e foi largamente utilizada no julgamento em questão. Ao longo do julgamento, todos os ministros ressaltaram que não cabia ao Supremo questionar as escolhas legítimas do legislador. Que a análise dos pedidos formulados nas ADIs deveria se ater ao controle de constitucionalidade. Contudo, a impressão que fica ao final é que o regime legal do Juiz das Garantias foi reescrito pelo Supremo ao argumento de interpretação conforme o de razoabilidade.

A mens da nova lei seria reforçar a imparcialidade do juiz, o contraditório e a oralidade, na medida em que o juiz da causa julga de acordo com a prova produzida na AIJ, com exceção evidentemente das provas irrepetíveis produzidas na investigação. Quando o Supremo Tribunal Federal entende que o juiz da causa recebe a denúncia e, por isso, terá pleno acesso aos elementos informativos produzidos no IPL, esse sistema fica de certa forma, se não esvaziado, pelo menos bastante modificado. O argumento de que o artigo 3º - D seria inconstitucional ao prever uma nova regra de impedimento, porque tal regra não foi inserida no rol do artigo 252, que já contém todas as regras de impedimento aplicadas aos magistrados, não me parece aqui, com vênias aos eminentes Ministros do Supremo, em especial ao ministro Alexandre, que diga a respeito à constitucionalidade do dispositivo.

Por que a instituição de uma nova regra de impedimento pela lei seria inconstitucional? Questiona-se. O Supremo também afastou a regra que atribuía ao juiz das garantias a decisão de recebimento de denúncia ao argumento de que tal regra violaria o princípio da proporcionalidade, pois não se pode presumir de forma absoluta a parcialidade do juiz da causa. O ministro Toffoli também ponderou que a lei desconsiderou a possibilidade de o juiz das garantias estar contaminado e tender a confirmar suas convicções prévias surgidas ao longo do inquérito, o que não recomendaria que lhe fosse atribuída a decisão de recebimento da denúncia e de eventual absolvição sumária. De fato, o raciocínio faz sentido. Contudo, resalto, essa havia sido a escolha do legislador, que o juiz das garantias recebesse a denúncia.

O mesmo se poderia dizer da interpretação conforme dada pelo Supremo ao artigo 3º-A do Código de Processo Penal, que diz que o processo penal terá estrutura acusatória, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. O voto do Ministro Fux, e nesse ponto acompanhado por todos os eminentes Ministros do Supremo Tribunal Federal, afirma que a inconstitucionalidade decorreria de uma aparente contradição desse novo artigo do CPP com outros artigos do Código que por diversas vezes foram declarados constitucionais pelo Supremo. Ou seja, na verdade, parece que o cotejo não se faz considerando a Constituição, mas o próprio Código de Processo Penal, no caso os artigos 156, 385 e 212, § único, do CPP, até porque é um consenso explicitado em diversos julgados do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a Constituição de 1988 consagra o sistema acusatório.

A preocupação é que, excluída a regra de impedimento, a participação do juiz da causa na investigação acabe sendo considerada uma hipótese de incompetência relativa e, portanto, sanável, sujeita à demonstração de prejuízo. Haveria, então, realmente um esvaziamento do modelo na linha do que ocorreu, por exemplo, com a regra da identidade física do juiz no processo penal, artigo 399, § segundo, do Código. É uma regra muito importante para reforçar a oralidade, mas que é afastada pelos tribunais com muita frequência sob a alegação de que não ficou caracterizado prejuízo. Mas não poderia, evidentemente, encerrar sem ressaltar que sim, o juiz das garantias constitui um importante passo no aprimoramento do sistema, sendo extremamente relevante a experiência de sua implementação e a análise de seu impacto na prática sobre o sistema de justiça criminal. Então, a hora é de comemorar a afirmação da constitucionalidade do instituto e acompanhar atentos e esperançosos a sua implementação.

Prof. André Callegari

ADVOGADO CRIMINALISTA, PÓS DOUTOR EM DIREITO PENAL PELA UNIVERSIDADE

Falo na condição de advogado, como último convidado, e chego não para colocar a cereja do bolo, mas retirá-la. O juiz de garantias era um sonho, e seguirá sendo sonhado. Quanto a este instituto, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal, de fato, realizou a interpretação de todo texto, vez que nenhum artigo – se não me falha a memória – foi mantido em sua íntegra.

Esse sonho, em que pese ser um sonho acadêmico, faz-se necessário pois, se não sonharmos, um dia esses sonhos não se tornarão realidade. Cabe o destaque que, em países como a Alemanha, o que é produzido pela academia possui muito mais peso do que as decisões judiciais. A doutrina possui tamanha importância, que se refletiu aqui sobre o caso de autoria e participação, no famoso mensalão, em que nós discutimos o que era a autoria mediata e citaram o Roxin erroneamente. Então, o autor alemão teve que dar uma entrevista e esse artigo foi republicado várias vezes, porque realmente a academia faz a diferença.

Retomando o tema direto, iniciando pelo que foi comentado acerca do processo acusatório. O artigo terceiro da lei refere que o processo penal terá estrutura acusatória mas, isso não ocorre pois não existe processo acusatório no Brasil, e sim um processo misto. Quando o juiz produz prova, inclusive de ofício, não há processo acusatório.

Nessa linha, observem o que foi realizado pelo STF. O artigo 3º dizia que o processo penal terá natureza acusatória, vedadas a iniciativa do juiz nas fases de investigação e substituição da atuação probatória do órgão de acusação. Ou seja, dizia o legislador que o juiz não pode se imiscuir produzindo provas, como faz o Ministério Público, que, sim é parte, e quer sempre a acusação. Dificilmente o promotor de justiça, que deveria ser o responsável por pedir a absolvição quando não há provas, mas infelizmente não o faz.

Dessa forma, como ficou a redação, conforme o Supremo Tribunal Federal? O juiz, pontualmente, nos limites legalmente autorizados – os quais não se sabe quais são – pode determinar a realização de diligências suplementares para o fim de dirimir dúvidas sobre a questão relevante para o julgamento de mérito. Então, vejam, o Supremo Tribunal modificou o artigo 3º - A, onde era vedado que o juiz produzisse prova, e permite ao juiz, em cláusula aberta, poder determinar a realização de diligências. Isso, por sua vez, é um problema enfrentado desde 1988, onde, na lei de lavagem de dinheiro, o juiz decreta o sequestro de bens e o ônus da prova é invertido. Depois, o mesmo magistrado, já contaminado pelo que fez, julga o processo. Então, esse é o primeiro ponto em que se estraga a cereja do bolo.

Já o segundo diz respeito à competência do juiz de garantias até o oferecimento da denúncia. Ora, essa era a ideia mesmo, que o juiz de garantias analisasse tudo o que foi produzido e ele, conhecendo o processo, recebesse a denúncia. Porém, diferentemente disso, o Supremo afastou e determinou que quem recebe a denúncia será o novo juiz da instrução. Neste ponto, o Ministro Alexandre de Moraes refere que não pode atravessar o contraditório. Mas o que acontece aqui? Ministro, essa era a ideia. Academicamente pode ser um sonho, mas a ideia era que o juiz de garantias recebesse a denúncia, ficasse com toda a instrução em sua administração na fase investigativa, e o outro juiz não recebesse nada. Mas por que isso? Porque a ideia, que pode ser um sonho, era que ali se estabelecesse a paridade de armas entre acusação e defesa.

Bom, e as provas seriam novamente produzidas? Sim, tudo seria novamente produzido, sem contaminação. O segundo ponto é sobre a exclusão de alguns órgãos fracionários, por exemplo, que ficariam excluídos da lei do juiz de garantia. Refiro-me em relação aos tribunais, principalmente, não adentrando outros casos. Ainda antes da Lava Jato, pensava-se por que órgãos em que, por exemplo, o Ministro determina todas as provas, havendo, a título exemplificativo, situação em que é requerida uma Pet pela Polícia Federal, e esta Pet vem a ser autorizada pelo Ministro.

Este, por sua vez, colhe todas as provas, determina sequestro de bens, quebra de sigilo fiscal e bancário, determina busca e apreensão e etc. Ao fim, este mesmo Ministro é que será o relator e julgará.

Refere, nesse sentido, o Ministro Alexandre, de que este responsável seria um mero funcionário da justiça mas não, não é esta a ideia. Após colhidas todas as provas, o relator determinaria um sorteio entre a turma e não participaria da decisão, vez que estaria contaminado pela prova por ele produzida. Porém, esta vem a ser a ideia central de um processo democrático e de garantias.

Prosegue-se, agora, para uma fase que chama mais atenção, que é o controle da investigação. Com a devida vênia, mas a forma com que este instituto estava organizado no Brasil era, de fato, uma desorganização. Segue-se uma linha temporal. O Ministério Público produzia PICs. O que é PIC? PIC é produzido internamente no Ministério Público mas, simultaneamente, a autoridade policial produziu um inquérito policial, de forma com que havia investigações paralelas tramitando. Umas escondidas, que ninguém sabia e não existia controle judicial, e outras com controle. Por vezes, havia três PICs instaurados pelo Ministério Público investigando a mesma situação. Após serem comunicados que possuíam o mesmo objeto, a única resposta enviada era a de que o procedimento seria arquivado ali mesmo.

Porém, onde reside o controle judicial nestes pontos? Quem controla a investigação é uma autoridade judicial. Ao menos nisso se andou bem, sendo agora fixado um prazo de 90 dias, contados da publicação do julgamento, para o representante do Ministério Público encaminhar, sob pena de nulidade, todos os procedimentos de investigação.

Há, ainda, o que restou desenvolvido em torno do conceito da double jeopardy clause, o risco da dupla incriminação, com um autor que desenvolveu o tema da over-criminalization – e que todos deveriam ler – que está traduzido para o português como hipercriminalização. Douglas Ussack, o autor, professor catedrático de Nova Iorque e refere em sua obra que lá que o Ministério Público sobrepõe as acusações porque nos Estados Unidos o processo penal é muito caro, é demorado e as pessoas não querem se defender, e acabam por fazer um acordo. Mas por quê? Porque existe cinco, sete, dez acusações e o Ministério Público diz “olha, se o senhor aceitar por uma só ou por duas, com a pena reduzida, nós encerramos o processo”. Isso, porém, pode não acontecer na ANPP, mas acontece no Juizado Especial Criminal, que muitas vezes nem prova tem e o sujeito vai lá e faz acordo para não ter o processo tramitando contra ele.

Então, pelo menos, agora teremos o controle. Então, para encerrar, um outro questionamento, que seria sobre a prisão, o que me preocupa muito pois foi afastada a regra que previa o relaxamento automático da prisão caso as investigações não fossem encerradas no prazo legal. Segundo a decisão, o juiz poderá avaliar os motivos que fundamentaram sua declaração. A questão que eu coloco aqui, que se estreia o processo penal, é se o juiz não se manifestar sobre os motivos desta necessidade.

Foi estabelecido no Pacote Anti Crime que a cada 90 dias as prisões deveriam ser revisadas. Os juízes não fizeram e veio a discussão. Relaxa-se a prisão automaticamente? Uma decisão salomônica. O STF diz que não. Todavia, se o juízo foi inerte, descuidado, a pessoa deve ser solta, caso contrário se recai em uma premiação pela inércia. Nesse caso, para a advocacia, frente a uma não manifestação em casos assim, vem se impetrando habeas corpus. A liminar, então, não defere a liberdade e encaminha para que o magistrado se manifeste. Todavia, não é o que deveria ocorrer pois, havendo a não manifestação, aquela prisão deveria de pronto ser relaxada.

Nós implementamos o juiz de garantias. Poderia dizer que implementamos nominalmente, mas não o implementamos materialmente. Sempre refiro que nós temos que sair maiores do que entramos. Essa é a grandeza de toda a construção, que está nas mãos de vossas excelências, vocês que estão construindo o futuro do Brasil.

Ministro Flavio Dino

MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Fiquei, nos últimos dias, atormentado por essa perquirição que o tema da palestra traz. Novo normal ou anomalias. A solução que encontrei, aparentemente simples mas, ao mesmo tempo, mais próxima da verdade, é de que o normal sempre incluiu anomalias. Tem-se, então, uma nova etapa histórica, que irei mais ou menos delinear, inclusive com desafios jurídicos. Porém esse normal, o velho normal, o novo normal, não é indene, não é imune a anomalias, distorções, inclusive no jogo institucional. Porque somos todos, evidentemente, imperfeitos. Quais são as anomalias principais do nosso tempo, de um modo geral? Eu chamo atenção para o crescimento das guerras. Nós temos, às vezes, a naturalização de crimes violadores de pactos internacionais do chamado direito humanitário. Isso está ocorrendo à vista de todos e com a baixa eficácia das instituições supranacionais ou multilaterais asseguradoras dessa ordem jurídica civilizacional em que, até mesmo nas guerras, haveria leis, haveria fronteiras.

Nós temos este mundo todo da internet por conseguinte do direito cibernético. Não há um único dia que eu não recebo informações da Polícia Federal sobre operações relativas a pornografia infantil, abuso sexual de crianças e adolescentes. Isso, por sua vez, mostra que o nosso tempo vive uma epidemia ou uma pandemia dessas modalidades aviltantes de vivência das pessoas. Existindo, ainda, todo esse universo da Dark Web, da Deep Web, com instigações de mutilação adolescente, chantageando adolescentes, instigação a suicídio e outras práticas deletérias. Nós vivemos, na minha perspectiva, aquilo que um filósofo italiano muito conhecido, chamado Antonio Gramsci, definiu como interregno. Há uma frase muito conhecida que é do Gramsci, quando ele diz “o velho não morreu e o novo ainda não nasceu”.

Mas há uma frase seguinte a esta frase tão conhecida de todos. Desde logo advirto, se os senhores colocarem na internet, essa frase vai aparecer provavelmente com outra autoria, mas eu quero afirmar que é do Gramsci, nos cadernos do Kassel. Ele tem uma frase subsequente a essa em que ele diz “enquanto dura o interregno, aparecem toda sorte de sintomas ou sinais mórbidos”. O que é esse interregno que nós temos hoje no nosso tempo? Em primeiro lugar, a hegemonia global se deslocando para a Ásia. Todos sabemos que o mapa que nós olhamos desde o ensino fundamental é uma convenção. Obviamente, o Sul poderia estar em cima e o Norte embaixo, porque, ao contrário de alguns, eu tenho a convicção de que a Terra é redonda e gira. Então, evidentemente, o fato da Europa estar no centro e, aparentemente, as Américas de um lado, a Ásia do outro, é uma convenção cultural fruto de uma hegemonia da formação do pensamento científico no mundo.

Estamos em um momento em que essa hegemonia se desloca muito fortemente de eixo, causando exatamente conflitos, guerras, etc. Nós temos o uso massivo de tecnologia, como nunca antes na história da humanidade, ampliando o contingente de descartáveis, seres humanos que aparentemente não tem lugar no mundo, porque as suas tarefas foram sendo subtraídas. Isso altera o direito do trabalho radicalmente. Porque, evidentemente, uma parte de todo esse acervo normativo perde a sua atualidade. Isso altera até as relações amorosas, uma vez que, muito provavelmente, hoje a paquera é intermediada por tecnologias. Eu não sou desse tempo, mas dizem que tem um aplicativo chamado Tinder. Agora, o Tinder, o Facebook e o Instagram substituem uma parte da conquista amorosa, porque a pessoa já conhece indiretamente um tanto da outra pessoa.

Então esse uso de tecnologias faz com que muitos ramos do direito se alterem. Vejam, eu falo aparentemente brincando, mas é sério, talvez nós estejamos num limiar de uma era em que os estagiários dos tribunais vão desaparecer. Por quê? Por conta das ferramentas de inteligência artificial, que vão fazer ctrl-c e ctrl-v automaticamente e que irão assinar milhares de processos. É uma coisa meio apocalíptica, mas as ferramentas de tecnologia podem levar a isso. Quantos juízes hoje se recusam a ir para suas comarcas? Criou-se um direito subjetivo entre os operadores públicos do direito de um modo geral, do sistema de justiça, o direito subjetivo ao trabalho à distância. Não, as pessoas não querem ir às comarcas. Então, isso são transições, são sintomas desse interregno que nós estamos atravessando nessa esquina da

história.

Especificamente em relação à democracia, quais são os desafios postos, derivados exatamente desses sinais que marcam o nosso tempo? Em primeiro lugar, o primeiro desafio para a democracia vem a ser a expansão do ódio. O ethos do ódio está na moda, nas ruas e nas redes, porque há de fato uma instigação a isto que tem um objetivo, inclusive, econômico. O ódio dá lucro. Quais são as principais empresas, as mega-empresas, as mega-corporações do mundo hoje. São as petroleiras? Não. São os bancos? Não. É o agro? Não. São as empresas de tecnologia, que ganham dinheiro a partir de uma lógica polarizadora, adversarial. Porque quanto mais agudo você é, mais likes e curtidas você tem. Esses, por sua vez, geram uma espécie de escravização subjetiva, ao ponto de gerar uma patologia contemporânea, que é a depressão coletiva por ter poucos “amigos” ou “seguidores” e ter poucos likes e curtidas nas suas postagens. Então, por que o ódio ameaça a democracia? Porque a democracia só é possível com confiança, laços intersubjetivos, confianças básicas de que um carro pode ir à direita e outro à esquerda, mas que as leis do trânsito são as mesmas. Se nós não confiarmos nisso, no comportamento do outro, como pode haver segurança jurídica inerente à formação de um tecido democrático? É impossível. E por isso eu situo esse ethos do ódio com fins, inclusive, de auferimento de lucros privados como um grande desafio à democracia no nosso tempo.

Em segundo lugar, a perda de paradigmas agregadores. Nós estamos aqui no encontro presencial, ainda que alguns acompanhem à distância. Porém, hoje encontramos dificuldade de estabelecer espaços de vivência coletiva, porque a internet e os outros meios de mídia substituíram em grande parte esse contato. Então, o segundo aspecto é que houve um esvaziamento de paradigmas agregadores. Cito dois. Nação, pois se não compartilhamos uma narrativa comum quanto ao passado, e não compartilhamos um projeto comum quanto ao futuro, não existe nação. Existe um conceito jurídico, Estado. Mas nação, que é um conceito que depende dos laços interpessoais, não consegue se afirmar, assim como as instituições do Estado Nacional.

Vejam, por exemplo, quanto tempo nós consumimos, ano passado, com a dúvida sobre fraudes eleitorais na sala escura do TSE, onde se escondia o código-fonte. Até hoje, onde eu ando, quando eu sou, infelizmente, vítima de alterações delirantes, a pessoa questiona o porquê de ter sido escondido o código-fonte. Eu digo, amigo, eu não sei nem o que é esse troço que você está falando. Ainda tem uma pior do que essa consumindo milhares de interações, que é a da vacina com chip que altera o DNA e nos coloca como agentes da espionagem chinesa.

Então, se você não consegue distinguir uma fronteira mínima, veja, não é verdade absoluta, porque isto raramente existe, embora exista. Umberto Eco fala das interpretações paranoicas. Então, não é sempre que há polissemia ou plurissignificação na norma jurídica, mas quase sempre. É bom porque esse é nosso ofício, conferir interpretação e aplicação, aquilo que pela própria natureza da linguagem é indeterminado. Todavia, deve-se ter pelo menos uma zona de verdade ou de certeza, uma zona de verossimilhança, de razoabilidade, para tornar possível a existência do tecido social. Esses questionamentos às instituições são também, claro, um questionamento à democracia.

Associado a esse questionamento sobre a coluna basilar da democracia, dos modernos, a nossa democracia, que é a ideia de representação assentada não apenas, mas principalmente no voto. Então, nós temos dúvidas sobre a verdade eleitoral, fake news, o que pode se agudizar também com as ferramentas de inteligência artificial, que há dois dias da eleição, pode colocar um cidadão similar a uma autoridade, falando coisas que jamais foram ditas, e com exatidão. Eu recomendo que quem tiver talento ingresse na vida política, mas é uma atividade árida. Eu já fui acusado de atropelar freira, roubar banco, ser sequestrador de menino e, a mais recente, que é a história do JusBrasil. Vocês conhecem o JusBrasil? Está aí na internet. Eu enfrentei na eleição para o Senado, ano passado, milhares de cards. O candidato responde a 257 processos, que depois virou condenações. Após ser eleito e ser indicado pelo presidente Lula para ministro, pensei que havia me libertado dessa questão. Para minha surpresa, na Câmara, a primeira pergunta que me foi feita foi a respeito dos 257 processos que respondo segundo o JusBrasil. Então vejamos a força do questionamento, inclusive pós-eleição, a partir dessas realidades.

Finalmente, outro desafio, esse às vezes oculto, diz respeito ao crime organizado. Facções estabe-

lecendo domínio territorial em cidades brasileiras e, por isso mesmo, distorcendo muita coisa, inclusive a liberdade do voto. Milicianos, quadrilheiros, traficantes estão sendo eleitos por esse modo de domínio territorial, sendo esse um desafio que deve nos inquietar. Porém, devo anunciar que existem caminhos. Inicialmente, o primeiro caminho para uma boa prognose é a diagnose. Nós temos que ter os sintomas mórbidos sobre a mesa para conseguir definir qual é a terapêutica. Finalizando tratando, já que apresentei quatro problemas, trago quatro caminhos.

Em primeiro lugar, o antídoto para o extremismo político que marca o nosso tempo não é outro extremismo, pois o extremismo não é enfraquecedor do outro extremismo. A antinomia ou o antônimo de extremismo é ponderação. A paciência é uma virtude cívica, o equilíbrio é uma virtude inerente à civitas, a pólis e, por isso, precisamos desacelerar a sociedade, o que não depende só da política. Hoje criaram uma ferramenta, no Whatsapp, para acelerar os áudios. Existe uma ferramenta no Netflix de acelerar o filme. Ainda, aquilo que significa o auge do aceleracionismo patológico, que é o funeral, ou velório, drive-thru. As pessoas não têm tempo para abraçar no momento mais dramático da existência humana. A pessoa fica no seu carro, não no Brasil, em outros países. O de cujus está lá, em uma janela, e o cidadão passa no carro e se despede ali, havendo uma portinha em que ele deixa uma mensagem para os familiares. Isso não é uma patologia? Isso não é uma distorção daquilo que tem de mais essencial que é a fronteira da vida e da morte?

Por isso que precisamos ter calma, paciência, desacelerar a sociedade e voltar a cultivar um símbolo disso que nós precisamos, de reflexão, pausa, tempo, se chama livro. Livro é uma garantia da democracia. Portanto, evitem as aulas que partem da ideia de resumos apenas, pois são bons, mas não bastam. É preciso ler, abrir um livro, ler com calma, até comer com calma é preciso. Isso é democrático, porque todos os fascismos se nutrem de aceleracionismo. Basta ver a conduta dos extremistas brasileiros, que a cada dia inventam uma fake news diferente, de modo alucinante. Você nem sabe mais qual é o diálogo público. Você nem sabe mais qual é a pauta, porque hoje a pauta pode ser o tal do chip chinês, amanhã pode ser que a Terra é plana, outro dia pode ser que tal político brasileiro é aliado de um dos lados da guerra na faixa de Gaza.

Então, primeiro caminho, pausa, reflexão, tranquilidade, paciência. Sobretudo muita paciência. Em segundo lugar vem a defesa da nossa pedra angular, a Constituição. Nós temos que ter uma espécie de catequese, porque ela é como se fosse um eco do passado que deve mais ou menos representar o trilhado quanto ao nosso futuro, o que não anda muito na moda, e cabe a nós essa responsabilidade. Eu destaco, claro, o papel do Supremo, sem o qual eu não estaria aqui pois, se não fosse ele, não teriam ocorrido eleições livres no Brasil.

Porém, por que o Supremo não pode ficar sozinho? Porque ele não basta. E eu cito apenas como alusão ao 8 de janeiro. Quando eu chego naquela janela do Ministério da Justiça, absolutamente só, às 15h30min, vejo o caos instalado na sede dos três poderes, havendo necessidade de uma rápida resposta, de forma que prontamente emergiu a união dos três poderes, afastando-nos do abismo naquele momento. Por isso, também, é necessário levar a defesa da Constituição a todos os poderes e à sociedade.

Terceiro elemento da pedra angular da democracia: regulação, lei. Por que eu digo isso? Porque há uma distorção do conceito de liberdade. A liberdade é sempre regrada, não para anulá-la, para preservá-la, sendo esse o debate atual sobre internet, em que qualquer tentativa de regulação é chamado de censura, violação à intimidade e à privacidade. Quando nós nos relacionamos com uma pessoa, casamos, essa relação envolve os dois parceiros e um terceiro convidado, que se chama ordem jurídica. O casamento é regrado, como ele começa, como ele se processa, se desenvolve e como eventualmente ele acaba.

O nosso lar, quando nós olhamos para cima, mais do que o teto, tem leis. Tem o Estatuto da Criança e do Adolescente, tem a Lei Maria da Penha, tem o Código Civil, dentro da nossa casa. Agora na internet não pode? Se o lar, que é o recinto sagrado da privacidade, tem regulação, por que regular a internet é censura? Por sua vez, a rede acaba sendo este vale tudo pois assim é funcional. Dizem que a liberdade é um valor absoluto. Então, por que não se abrem mercados de órgãos humanos? Por que a pessoa não pode vender seu rim? Por que a pessoa não pode vender sua córnea? Porque há limites éticos, principiolo-

gicos, indeclináveis ao exercício da liberdade, sob pena de mercantilização da vida de modo nunca antes visto.

Dessa forma, o último é aquele que eu aludi sobre as organizações criminosas, que hoje, atualmente, tem três vertentes. A primeira, enfrentar armas ilegais. No Brasil, nós saímos de 117 mil colecionadores, atiradores e caçadores, para 813 mil em quatro anos. Uma parte é fraude, uma parte é falsa, mas para onde isso foi destinado? Para o crime organizado. As pessoas, então, questionam-se de onde vieram os fuzis. A resposta é que, de fato, vieram de vários lugares. Em relação a esses, cabe destacar que na semana passada foi localizada uma fábrica clandestina na cidade de Belo Horizonte. Esse armamento também é oriundo de operações de comércio, de desvios – até mesmo de instituições públicas – conforme vimos com o Exército Brasileiro em São Paulo.

Porém, será que de fato existem 835 mil colecionadores de armas no Brasil? Os senhores conhecem algum colecionador de armas? Atirador esportivo? De repente, todo mundo se descobriu atirador esportivo, criando-se algo extraordinário como clube de tiro 24 horas. Intrigado, questionei a uma dessas pessoas qual seria o motivo de permanecer aberto por 24h, sendo respondido que, quando a pessoa acorda ansiosa às duas horas da manhã, vai até o clube para prática de tiro. Porém, convenhamos que os clubes 24h vem com a proposta de justificar a circulação de armas na madrugada, em que o sujeito está vindo do bar, do restaurante, dentre outros locais. Nesse momento, caso venha a ser abordado, vem a justificativa de estar com insônia e ter ido até o clube dar tiros. Nesse sentido, o caçador, então, que eu acho mais exótico, porque caça no Brasil é intensamente regulada, devido a espécies exógenas, etc, mas referem que houve uma epidemia de javali no Brasil, e também de seus caçadores. Veja-se que aqui na Asa sul deve estar cheio de javali, pois há muitos caçadores. Então, nós temos que enxergar essas coisas, descapitalizar as quadrilhas – apenas uma lembrança, as maiores apreensões de fuzis no Rio de Janeiro feitas nesse ano, nenhuma foi nos morros do Rio de Janeiro. Milhares de armas em endereços tidos como nobres. A última apreensão foi numa mansão na Barra da Tijuca. O proprietário da casa tinha uma fábrica de imóveis em Belo Horizonte, que nas horas vagas fabricava fuzis, pistolas, montava a partir de peças. Ele tinha Lamborghini, BMW e Ferrari na garagem.

Finalizo com uma frase, que pra mim é a mais importante. Todos nós estamos aqui porque nós queremos sucesso. Claro, quem quer na sua vida o fracasso? Quem quer o fracasso para o seu filho e para a sua filha? Claro que nós queremos sucesso. O problema ético é o conceito de sucesso. A luta pelos interesses materiais de cada um não significa necessariamente sucesso. A guerra, terrível, na faixa de Gaza, aparentemente é lá. Porém, ela também é um pouco aqui e está lá na França, em que toda hora havendo risco de atentado a bomba, aeroportos fecham, o Louvre fecha, o Museu d'Orsay fecha. Verifica-se, então, que a defesa de interesses pessoais realmente não pode ser definida como sucesso. Ou de interesses materiais. Portanto, termino com essa frase. Nenhum servo, nenhum cidadão, pode servir a dois senhores. Ou há de odiar um e amar o outro. Ou há de aderir a um e desprezar o outro. Não podeis servir a Deus e ao dinheiro exorbitante ao mesmo tempo. Quem disse isso foi Jesus Cristo. E é isso que nós precisamos, ética, nas relações humanas, para consolidar e manter a democracia.

PAULO GONET

SUB-PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA E PROFESSOR DO IDP

Nosso tema é dinâmica política e democracia defensiva. Quando se fala em democracia defensiva, temos presente que ela corre riscos e deve se precaver, não havendo nisso nenhuma novidade. Mesmo os gregos antigos, em Platão, já advertiam que a perspectiva da degeneração da democracia e tirania era algo para o qual a gente devia estar atento. De forma que a tirania surgiria no seio da democracia, com o tirano passando a dominar a sociedade mediante a manipulação do cidadão, anulando o livre-arbítrio e gerando a opressão.

O perigo disso ficou bem enfatizado nas últimas décadas e com consequências desastrosas. Afinal, foi sob o regime democrático da Constituição de Weimar que a tirania nazista se impôs. O tirano surgiu do processo democrático e fez com que Goebbels, o ministro da propaganda do Hitler, dissesse que uma das melhores piadas da democracia foi ela ter dado aos seus inimigos mortais os meios para ser destruída, abrindo-se aqui o chamado duplo paradoxo da democracia.

O paradoxo nasce da indagação de que atitude se deve ter diante dos intolerantes, dos que não aceitam a própria democracia e querem arruiná-la. Na verdade, são dois paradoxos. Primeiro, pode a democracia admitir que os meios que a definem conduzam a sua própria destruição? E o outro, pode a democracia recusar a liberdade e tolerância que lhes são elementos básicos para os que não a aceitam?

Ainda sob a vigência da constituição alemã do entre guerras, Loewenstein propunha que a democracia fosse militante, dando origem à expressão, que se tornou clássica, e a prática da democracia militante, que ganhou adeptos em todas as latitudes. O regime democrático, dizia Levenstein, deveria repelir a participação nos espaços públicos de quem preconizasse pautas antidemocráticas e se batesse por um governo autoritário. A questão é que se a democracia se define pelo pluralismo e se revela na livre disputa e na adesão dos cidadãos a um dado programa de estruturação da sociedade, impedir que ideias autoritárias opostas ao ideário democrático sejam um objeto de deliberação popular, seria antidemocrático em si mesmo e negaria a própria essência da democracia. Mas essa argüição não pareceu determinante para desfazer a convicção de Loewenstein, nem para desestimular a adesão das primeiras constituições do segundo pós-guerra.

O que inquietava era a possibilidade da abolição radical do sistema democrático com a instituição plena do seu oposto, e daí a proibição explícita em várias constituições, a começar pela Lei Fundamental de Bonn, a que partidos com programas abertamente autoritários fossem admitidos no cenário político. Os postulados de que a democracia deve se prevenir contra os seus inimigos intolerantes, de que a Constituição Democrática não pode ser um pacto suicida e de que todo regime tem o direito de se defender, foram sendo incorporados nas várias ondas de democratização do mundo desde a Segunda Guerra Mundial.

Nesse sentido, mesmo quem adota uma visão procedimentalista da democracia e a reduz a um método de tomada de qualquer decisão, entende que pelo menos esse método, que revela em si um propósito de permitir uma renovação de consentimento, seria insuscetível de recusa. Essa renovação de consentimento da essência do regime é definida como o poder de fazer e refazer majorias ao longo do tempo e de remover do poder aqueles que estão no governo. As ideias e sobretudo os partidos que se configurassem para inviabilizar a renovação do consentimento deveriam ser banidos.

A velha ameaça, essa ameaça da instauração de um regime totalitário ainda inspira medidas normativas de defesa contra a admissão dos partidos intolerantes em várias ordens jurídicas. A Constituição brasileira, no artigo 17, submete a criação de partidos à condição de que a agremiação adira aos valores da soberania nacional, regime democrático e respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana. Há isso, já aqui há um traço típico de democracia defensiva incorporada ao direito constitucional. E isso é importante que a gente ressalte. O poder constituinte originário entre nós aderiu ao modelo defensivo

do regime democrático explicitamente mas, agora, à velha ameaça, somam-se outras, mais sutis, porém também perniciosas e aptas a corromper o modelo democrático. As novas ameaças referem-se a riscos impostos a valores decorrentes da dignidade da pessoa humana que informam o conceito material de democracia.

Hoje, admitimos de um modo geral que a democracia também tem um significado material. Ela incorpora princípios de conteúdo, sobretudo, sendo vista como um instrumento para a melhor defesa dos postulados da dignidade da pessoa humana. Já essas novas ameaças, elas têm algumas características. A primeira delas é que elas atuam de um modo progressivo no ataque e no dano à democracia, de forma que a investida não é mais, como na velha ameaça, feita para levar a um brusco colapso da democracia, mas vai se produzindo uma paulatina erosão do sistema. Essas ameaças podem ser sintetizadas com uma expressão, o populismo.

O populismo se caracteriza por dividir a sociedade de um modo maniqueísta, entre o povo puro, verdadeiro, e que não é compreendido, que não é levado a sério, e as elites corruptas, intrinsecamente sorrateiras e maliciosas. Essa divisão que se faz entre o bom e o mal impede o diálogo, corta a possibilidade de haver soluções de compromisso entre esses grupos. O diálogo fica, sob essa ótica, impossibilitado. O povo seria sempre o enganado, o sofrido, o não ouvido, e as minorias favorecidas são aquelas que compõem as elites, que somente têm em vista os seus interesses. Todos nós já ouvimos isso algumas vezes, de que o povo não é ouvido, o que o povo quer não se consegue. Esse é um discurso tipicamente do populismo, que vive de pauta de cunho emocional. E nesses discursos, normalmente, a proteção dos direitos inalienáveis das minorias aparece como resistência inaceitável à vontade e aos interesses da maioria.

O lema do populismo é de que ninguém tem o direito de recusar a vontade do povo, sendo este curiosamente aqui assumido, de modo dogmático, como uma unidade homogênea. Princípios do governo moderado, como o da separação de poderes, são vistos como mecanismos de embuste contra o povo e de burla à realização da vontade popular. Os limites que os direitos fundamentais estabelecem em favor de bens indisponíveis para a dignidade são retratados como fraquezas injustificáveis do Estado, ou como imposições elitistas afrontosas dos sentimentos das majorias. A democracia e as regras básicas se tornam gradativamente objeto de menoscabo e de rejeição. O peculiar desafio, neste caso, vem do caráter gradativo da recusa às bases da convivência democrática. O ataque vai ganhando forma e vulto de modo que nem sempre ele é facilmente perceptível, gerando uma indisposição gradual contra o sistema. Nessa evolução, o perigo culminará com o atingimento do ponto em que a democracia afinal cede ao autoritarismo e com o consentimento de uma maioria manipulada. Não surpreende que as arremetidas do populismo costumam se dirigir especialmente ao sistema eleitoral e às instituições contra majoritárias. São instrumentos desse populismo e, especialmente, contra o sistema eleitoral e as instituições majoritárias, os discursos de ódio e a difusão das fake news.

Estes, por sua vez, contribuem para que o sujeito, o cidadão, assuma posturas emocionalmente desproporcionais e em conflitos superdimensionados. As diferenças de opinião se tornam obstinação da outra parte no erro, não havendo diálogo aberto e sim a força do melhor argumento. Os ataques da retórica radical aos próprios direitos fundamentais são frequentes. Exemplo disso é a indisposição crescente contra medidas de cautela que o devido processo legal impõe, especialmente no campo da punição criminal. Quantas vezes nós não ouvimos o discurso populista nesse sentido. Quem tem direito é a vítima, não é o criminoso, pressupondo já uma condenação. Para que direito de ampla defesa se todo mundo já sabe quem cometeu o crime? Esse é o discurso tipicamente do populista que vai minando as bases, o prestígio e a confiança, como Flávio Dino mencionou, que é essencial para a democracia.

As instituições de defesa de valores do constitucionalismo estão invariavelmente na mira dos assédios populistas. Sendo óbvio, porque são justamente essas instituições que são as guardiãs dos direitos fundamentais e do próprio sistema democrático, que são os obstáculos para o triunfo do autoritarismo. O populismo tende à desmoralização pública dessas instituições, preparando a acolhida do público para medidas legislativas de supressão de competências e enfraquecimento das suas deliberações. Quantas vezes as pessoas já não ouviram propostas de supressão de eficácias das decisões do Supremo Tribunal Federal. Toda vez que a pauta populista sofre algum revés nos tribunais, se levanta essa hipótese. Vamos

estabelecer mandatos, aumentar o número de ministros e impedir que certas decisões produzam os efeitos a que nós estamos acostumados.

E no cardápio dessas ofensivas, figuram também, e isso é característico das posturas populistas, o impeachment de membros dos tribunais e o incremento numérico na sua composição, além de investidas diretas e estímulos a atos viciosos contra os integrantes desses tribunais.

É plenamente justificável que haja medidas pontuais a cada um desses ataques, a fim de que se previnam que os mecanismos de proteção da convivência civilizada democrática sejam abalados. Dentre essas medidas preventivas, há algumas que estão previstas na própria Constituição, por exemplo, a proibição até mesmo de deliberação legislativa de proposta de emenda à constituição que tenda a abolir o sistema democrático de separação de poderes e de proteção dos direitos fundamentais. O que é importante é que essas garantias sejam implementadas e, para tanto, precisamos de um Ministério Público e de um poder judiciário atuante e vigilante. É da posição firme desses órgãos comprometidos com o constitucionalismo que depende substancialmente a defesa da democracia contra os seus novos inimigos.

Porém, muito já se deve ter ouvido falar de que há risco de excesso na proteção dos valores democráticos e que isso pode levar a um efeito contrário do que se pretende quando se limitam as liberdades para a proteção de um bem maior que a convivência democrática. Se limitam as liberdades dos intolerantes. Mas essas medidas não são suficientes para se rejeitar o mecanismo, o grupo de mecanismos extraordinários de defesa da democracia. O Loewenstein estava também avisado desses perigos mas, com vantagem, ele argumentou que o preço de tolerar o intolerante é muito mais alto. Afinal das contas, o perigo e o risco fazem parte da existência humana.

Estava certo o que Riobaldo, do grande sertão Veredas, percebeu a propósito da instabilidade do existir. Guimarães Rosa escreve: “viver é muito perigoso, porque aprender a viver é que é o viver mesmo, travessia perigosa, mas é a da vida, sertão que se alteia e se abaixa”. Afinal, o que a gente pode fazer é concluir com o mesmo personagem. O que a vida quer da gente é coragem.

INGO SARLET

PROFESSOR DA PUC-RS

Sobre a crise da democracia muito já foi escrito e segue sendo escrito, obviamente sobre diversos ângulos, inclusive em função dos fatores que foram se agudizando nos últimos anos no Brasil, na Europa e em outros sertões também, relativos à polarização, aos extremismos, às novas formas de populismo, ao revival de antigas. Tema que, aliás, foi discutido no Fórum de Lisboa recentemente – as novas formas de populismo. Gostaria de enveredar aqui por um aspecto que me parece que poderia ser acrescido e que é algo que eu tenho defendido, e escrevi há muito tempo atrás, em 1999, que é sobre a tripla crise dos direitos fundamentais. Essa tripla dimensão, de uma espécie de tripla crise em diversos níveis, parece-me que pode ser aplicada perfeitamente também à democracia, até porque ela é indissociável, do ponto de vista material, da realização dos direitos fundamentais. A primeira, portanto, é a crise de efetividade.

Como sabe-se, os direitos fundamentais convivem diuturnamente com déficits maiores ou menores de efetividade, que alcançam os direitos de todas as dimensões, basta verificar o número de homicídios e assim por diante. Ou seja, não há direito que escape de uma crise maior ou menor de efetividade e que evidentemente, também afeta a crise da democracia, ela se retroalimenta. Ademais, temos aquilo que se pode chamar de uma crise de identidade que, para os direitos fundamentais, significaria a compreensão do que é um direito humano fundamental, para que serve um direito humano fundamental, o que ele significa e qual é o alcance dessa proteção de direitos. O que, na verdade, não é tão comum se achar. Mesmo em alunos de escolas de direito, mesmo em nível de doutorado, quando questiono se alguém sabe distinguir direitos e não direitos fundamentais? A resposta, há várias respostas corretas, mas também surgem ideias quase inimagináveis, inclusive no meio jurídico.

Isso alimenta também esse fenômeno que o Paulo Gonet visibilizou aqui no qual, a partir do momento em que as pessoas não sabem bem para o que servem, passam a atribuir conceitos errôneos – direitos dos vagabundos, dos presos, dos moradores de favela, dentre outros. Essa lógica, por sua vez, também perpassa uma própria crise de identidade que segue, na sequência, a própria crise da democracia em relação ao que realmente é democracia e o que as pessoas entendem deste conceito quando a ela se referem. Sabe-se também que isso não é algo comum e que pode ser amplamente compartilhado, o que abre espaço, por sua vez, para a terceira crise, a crise de confiança.

Eu li um livro há muito tempo atrás, quando eu lia mais história e política do que direito, em que Edward Morton Schlesinger, que era um consultor político do governo americano, um livro fantástico, em que pese o contexto da época, sobre a crise da confiança. Claro que isso pode ser aplicado em diversos meios, mas uma das coisas que claramente se vivencia, não só no Brasil, mas no Brasil particularmente, é uma crise de confiança. Uma crise de confiança na funcionalidade da democracia e nos direitos

fundamentais, na sua proteção e nas instituições que especialmente possuem a função constitucional, a missão constitucional de efetivá-los, de protegê-los.

Isso também se revela em pesquisas, as quais demonstram que um clima como o atual está muito mais conectado à polarização, em torno de alguns focos, mas sabemos que isto é um fenômeno geral. Então, gostaria de apresentar essas três crises que entrelaçam a partir de um elemento que pode ser também considerado aqui de início. Segundo o último Democracy Index, nós temos menos de 7% dos países do mundo que são considerados democracias plenas, dentre os quais o Brasil não se encontra. A Alemanha está, os países nórdicos estão, a Suíça está, alguns outros países estão, mas nós, não. Depois, temos uma fração de 30% dos países que são considerados democracias frágeis, nas quais nos situamos, e já no limite considerado para os chamados regimes híbridos.

O restante dos países do mundo, por sua vez, vivem sob regimes híbridos, que não mais autoritários do que democráticos e também em regimes que são definitivamente considerados como autoritários. Ou seja, isso é um quadro que mostra um pouco, embora muito esquematicamente, o big picture em relação ao que nós estamos vivenciando em termos globais sobre democracia. Há, evidentemente, critérios que são adotados por esses órgãos como, por exemplo, funcionamento da justiça, independência do judiciário. Ademais, existem diversos órgãos internacionais, ONGs, que possuem estatísticas, estudos sobre isso, os quais consideram alguns critérios principais que são utilizados para essa mensuração, uma espécie de template.

São quatro critérios que são subdivididos em mais de 60 subcritérios, porém os principais são basicamente os níveis de participação política da sociedade, que é um critério importante, a defesa das liberdades fundamentais, em especial dos direitos políticos, mas também o pluralismo, o anti pluralismo na sociedade e o próprio papel desempenhado pelos órgãos estatais na defesa, na concretização desse regime democrático. Os critérios agora não importam mas, de qualquer sorte, a gente percebe o quanto esses critérios dialogam com todos os fenômenos que foram já referidos e que evidentemente são pauta hoje inescapável da política mas também do direito. Então, isso é uma primeira parte que eu gostaria de apresentar, que talvez não seja nada especial, mas pelo menos é diferente do que já foi posto com muito maior maestria.

Todavia, também temos aqui uma questão jurídico-constitucional do que é democracia do ponto de vista jurídico-constitucional, porque a democracia, na condição de regime político e forma de exercício poder estatal é algo pré-constitucional. Evidente que existem elementos comuns, muito próximos, inclusive, entre todos os estados constitucionais que, obviamente, se formatam, se instituem como estados democráticos de Direito, inclusive o nosso. Porém, por se tratar de um conceito jurídico constitucional, vez que no Pacto Constituinte se estabelece exatamente a que tipo de democracia se adere, que tipo de democracia se quer para aquele povo, para aquela nação, também começa a existir a necessidade de uma compreensão jurídico-constitucional adequada do conceito de democracia e do próprio conceito de Estado Democrático de Direito como

um todo. Citando alguns exemplos disso, em relação ao nosso constituinte anterior, a Constituição de 1988 inovou com os mecanismos de participação direta no artigo 14 determinando a configuração do sistema eleitoral, a configuração dos direitos políticos. Se formos analisar os catálogos constitucionais próximos vê-se que possuem diferenças imensas, embora sempre se gravite em torno de alguns elementos essenciais, como sufrágio e liberdade partidária, mas há muita variação em torno disso, adequando-se, ainda, conforme a democracia, o seu espaço e também os seus limites no âmbito interno e estatal.

Cito, portanto, Konrad Hesse, o conhecido de todos nós, quando leciona, tendo em vista a diversidade de compreensões sobre o que é democracia, o significado de um direito constitucional de democracia que apenas pode ser obtido a partir da concreta conformação levada a efeito por determinada constituição, ainda que em geral a constituição não contenha uma regulamentação completa e abrangente de um modelo de democracia, mas apenas estabeleça determinados princípios e regras mediante as quais segura constitucionalmente seus fundamentos e estruturas básicas, o que todavia encontra uma concreta formatação em cada ordem constitucional.

Sem repetir o que já foi abordado, entende-se que a dimensão formal e material da democracia, na qual ambas se retroalimentam e sustentam uma à outra, tem-se que uma sem a outra é uma democracia pela metade. Avançando, destaco uma frase, tem aqui algumas coisas escritas, mas eu vou lembrar aqui uma frase, que também está ligada, ao que disseram nossos queridos amigos, o nosso querido professor Peter Habermas refere, na publicação literal, que a dignidade da pessoa humana é a fonte, substrato e condição de viabilidade da democracia e esta, por sua vez, é a garantia organizacional da dignidade da pessoa humana. Acho muito feliz essa colocação do Peter Habermas. É evidente que, no caso da nossa opção do regime democrático enquanto sistema de governo, possuímos nosso perfil, e também temos claramente uma opção por uma democracia que não pode ser colocada nem qualificada enquanto uma ordem democrática reconduzida a uma noção clássica liberal individualista de democracia, vez que nosso texto constitucional é absolutamente incontestado quanto a um conceito desta que deve assegurar um ambiente inclusivo, aberto e também marcado pela justiça social. Isso está em diversos dispositivos da Constituição.

Outro aspecto importante aqui, abordando um pouco de democracia defensiva para finalizar, Estado de Direito, Estado Social e o hoje também chamado Estado Ecológico, são grandezas que não tem uma hierarquia entre si mas que se retroalimentam, embora, evidentemente, sem o Estado de Direito forte, uma democracia forte, o próprio Estado Social, o Estado Ecológico, poderia eventualmente não se realizar. Porém, tem-se o aspecto de que o Estado Social não precisa ser democrático. O Estado Social pode se dar, no âmbito de um regime autoritário, até no totalitário – cita-se enquanto exemplo a ditadura Vargas, em que pese não possa ser considerado um regime totalitário.

Partimos, portanto, do nacional socialismo. O Partido Nacional Socialista, quando assumiu o poder, manteve todas as estruturas do Estado Social e as incrementou. Quan-

to mais o povo se sente agraciado, nas suas necessidades básicas e por diante, mais tende a legitimar, ainda que por omissão, indiretamente, o regime autoritário. Então, não há uma correlação direta entre democracia e Estado social, assim como a questão da proteção do ambiente. Esses dias alguém me chamou de comunista, porque eu defendo o meio ambiente, mas isso não tem nada a ver com ideologia. A Rússia, China, um dos países que mais devastaram o ambiente no mundo. Outros países capitalistas também o fizeram e seguem fazendo. Então, na verdade, não há essa polarização, esse selo que se cola em alguém de uma forma toda irracional, totalmente surreal.

Dito isso, com relação à democracia combativa, trago um parêntese com relação à constituição de Weimar, pois foi a primeira constituição pós-Guerra Mundial que incluiu, recepcionou, inclusive reformatou em parte o conceito de democracia combativa e foi a lei fundamental da Alemanha em 1949. Durante muito tempo se assumiu lá, e mesmo fora de lá, como aqui, de que isso foi pela fraqueza da Constituição de Weimar, porque a Constituição de Weimar não teria instrumentos de democracia combativa. O que é um erro crasso. E por que é um erro crasso?

Porque já havia, na Constituição de Weimar, a proibição de partidos políticos contrários à ordem constitucional democrática. O Partido Nacional Socialista foi proibido diversas vezes em diversos estados da Alemanha antes de chegar ao poder, chegando a ser proibido em nível nacional. Em 1933, por um período mais curto, houve essa proibição em nível nacional, depois do golpe chamado Putsch de Munique, comandado por Hitler e fundadores, obviamente, do Partido Nacional Socialista.

A Constituição de Weimar tinha o Instituto da Lealdade à Constituição e ao Estado dos funcionários públicos que podiam ser afastados por conta disso. Tinha serviço secreto e polícia secreta. Veja-se, portanto, o quanto a Constituição de Weimar tinha esses instrumentos a seu dispor, mais do que a maioria dos estados têm hoje. O que se passou, de fato, é que se não há vontade política forte, obviamente dominante, para afirmar, para se lançar mão de forma mais efetiva, contundente, desses meios, é claro que estes, por desuso ou mau uso, vão acabar realmente reforçando a fragilidade da Constituição, ao invés do contrário, que é a razão de existência deles. Portanto, é um mito que a Constituição de Weimar não tivesse os instrumentos, tanto que hoje já se sabe, era uma excelente Constituição na época errada. Evidentemente, numa crise econômica tão aguda, de polarização social tão forte, é claro que isso virou frágil e os nazistas se aproveitaram de fato no início, na forma delegada, depois não mais.

Já na Lei Fundamental de 1949, isso acabou sendo, de fato, recepcionado, a começar pela proibição de associações inimigas da Constituição, a proibição de partidos políticos, no artigo 21, e nós tínhamos dois casos só na Alemanha até hoje, onde partidos políticos foram proibidos e dissolvidos. Isso aconteceu no primeiro ano de funcionamento efetivo da Corte Constitucional Federal da Alemanha. Os dois partidos que foram extintos foram o Partido Comunista e um partido de direita, estando constituído, em grande parte, por ex-membros do partido nazista, enfim, outras forças conservadoras, Resistência, Nova Ordem.

Depois, evidentemente, houve a perda de direitos fundamentais, outro instituto muito controverso, que praticamente não foi utilizado até agora, mas existe, o instituto da perda de direitos fundamentais. O dever de lealdade foi recuperado na lei fundamental, além dos órgãos de proteção constitucional e, como foi referido, a questão da regulação das redes sociais, porque a Alemanha foi o primeiro país que, estando no ambiente ocidental, a editar uma lei de regulação das plataformas sociais, a partir de alguns critérios, principalmente tipos penais, que incluem não só o discurso de ódio, a questão do holocausto, mas também alguns crimes contra a ordem democrática e a segurança nacional. Então, vejam, tanto que sabemos que o nosso PL, que há tantas vezes é mexido, que tramita no Congresso, inspirou-se, e não só ele, várias leis se inspiraram nesse modelo, que pode ter seus defeitos, mas até hoje está em vigor.

Em uma retomada histórica, pode-se citar como exemplo, no ano de 2021, foi editada uma medida provisória regulando fortemente as redes sociais no Brasil para, após, referir que outros eram os responsáveis por tanto, como se estivessem impondo um regime de censura. Essas, por sua vez, excluía as fake news do texto da medida, logo este instituto usado para fortalecimento de fortes abalos da ordem. Esse projeto, essa medida provisória foi recusada, sendo devolvida para o Congresso na época. A ministra Rosa Weber já tinha se manifestado, inclusive, sobre a sua inconstitucionalidade.

O Supremo estava, portanto, vigilante e, nessa questão da democracia, unido, com certeza. Após, houve o encaminhamento de um novo projeto de lei que deu origem ao que está agora se discutindo no Congresso. Não digo, com isto, que A ou B tem culpa ou está errado, só estou dizendo que basicamente esse processo, também de regulação, pode ser utilizado para diversos fins. Todavia, ele evidentemente tem sido essencial e tem cada vez mais se expandido em função da necessidade de dominar essa concentração de poder tecnológico e político, de influência política e econômica, que inclui 5 Big Techs maior do que mais de 50% dos países do mundo.

Por fim, a nossa Constituição de 88 é, desde sempre, um elemento da democracia combativa, que além dos dispositivos já referidos, tem-se no artigo 5º, inciso XLIV, que constitui criminal senziado imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional do Estado Democrático. Artigo 17, a livre fusão, criação e incorporação de instituições de partidos, resguardados à Suprema Nacional o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais da pessoa humana. Depois nós temos, no § 4º, é vedada a utilização pelos partidos de organização paramilitar. Temos o Art. 85, crimes de responsabilidade e atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal, especialmente o livre exercício dos poderes constitucionais da Unidade de Federação e o exercício de direitos políticos, individuais e sociais. Se isso não é um instrumento de democracia defensiva, não sei o que é. Depois temos o Conselho da República, que é um órgão superior de consulta do presidente da república, do Poder Executivo, e no artigo 90 diz que compete a ele se pronunciar sob intervenção federal, estado de defesa, estado de sítio. São justamente também estados decretados no momento de crise, que envolve crise institucional, de abalo às institui-

ções democráticas, é o sistema todo, evidentemente, político democrático e também questões relevantes para a estabilidade das instituições democráticas. O Conselho de Defesa Nacional, por sua vez, também órgão de consulta do presidente, fala em defesa do Estado Democrático como a sua missão principal e também comete a ele opinar sobre a legislação dos Estados de defesa, de sítio e da Intervenção Federal e estudar, propor e acompanhar os envolvimento de medidas necessárias, à garantia de independência nacional e defesa do Estado Democrático.

Ainda, Artigo 127, Ministério Público é instituição permanente, essencial função judicial do Estado, incumbido de defesa da ordem jurídica, do regime democrático, além do resto que nós conhecemos. No Art. 136, temos, obviamente, o Estado de Defesa e o Estado de Sítio, que também já tem a ver com a garantia da paz social, ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional, sendo da mesma forma, no estado de sítio. Portanto, nós temos, acho que vários elementos onde um dos principais direitos é o direito de reunião sendo, portanto, uma cláusula similar à cláusula da Constituição Alemã de dissolução de associações e também de intervenção no próprio direito de reunião nesses casos. Por fim, o famoso controverso artigo 142, não citando o exemplo como positivo, esse dispositivo está há muito tempo a merecer pelo menos uma emenda, já que já temos, acho que 137 delas com as 6 de revisão.

Recordo-me de um certo presidente, Truman, eu acho, acerca de um general americano que praticamente ganhou a guerra no Pacífico, MacArthur exercia um cargo proeminente no governo e, em manifestação pública, resolveu contradizer o Trump. Sabe o que aconteceu? O grande MacArthur, um dos três maiores heróis de guerra dos Estados Unidos, naquele momento que ainda era fresco, depois da guerra, foi demitido e teve anotação em sua ficha funcional.

Chegando, portanto, ao final, vou referir-me a um parecer sobre o direito penal e a segurança nacional desenvolvido na época da revisão da lei de segurança nacional. Ele trata de três níveis de proteção, um individual, um grupal e um institucional. Embora ele tenha tratado isso mais voltado ao direito penal, novamente entendo que isso pode ser aplicado também nesse nosso contexto, devendo focar no nível institucional, que cuida do funcionamento de instituições fundamentais do Estado de Direito, de modo que desempenhe integralmente o seu mister. Por isso que, embora, como dizia um juiz do tribunal constitucional alemão, que a liberdade de expressão é um risco, eu acrescentaria que a democracia é um risco também.

É evidente que isso não exige a democracia de, quando necessário, também estabelecer alguns limites à liberdade de expressão, especialmente nesses domínios que nós citamos, até porque isso é prática no mundo. Também nos Estados Unidos, embora se defenda até hoje a posição preferencial quase absoluta, entre aspas, da primeira emenda da liberdade de expressão, tem desde muito instrumentos que por conta, a cláusula do clear and present danger, o perigo real imediato, ou mesmo quando se trata de questão de segurança nacional, existem restrição de direitos, de liberdade de expressão, direitos relacionados à prisão, à locomoção, e até muitas vezes aplicar de forma cla-

ramente contrário ao estado de direito, basta ver o exemplo de Guantánamo, né? Como, entre outros. Mas, de qualquer sorte, existe o direito.

Foi Robert Jackson que disse, no fim dos anos 40, que a Constituição não pode ser um pacto suicida. Deve ser, portanto, um instrumento utilizado em diversos países e, desde que nós utilizemos as regras, os métodos e os princípios do Estado de Direito, para defender a democracia, desde que seja mantida nestas esquadrias da Constituição, as quatro linhas da Constituição, nós certamente poderíamos legitimar uma democracia combativa.

Ainda, temos no Brasil os instrumentos constitucionais, legais e temos poderes públicos que têm se mostrado nos momentos realmente de emergência, de crise aguda, unidos em prol da defesa da nossa democracia. E é isso, me parece, força, vontade e instrumentos também uma trilogia interessante, somada a de que a população passe, realmente, a acreditar no valor da democracia e de suas instituições.

SIMONE TEBET

MINISTRA DE ESTADO DO PLANEJAMENTO E ORÇAMENTO

Navegar é preciso, viver não é preciso, já disse o nosso sempre poeta Fernando Pessoa. Porém, quero dizer a vocês, jovens, que eu tive o privilégio de percorrer o Brasil duas vezes em um único ano, primeiro como candidata à presidência da República, depois por determinação do presidente Lula, andando em todas as capitais para perguntar ao Brasil que Brasil vocês querem para os próximos quatro anos. Eu aprendi, entre tantas coisas, que o que precisa ser dito para o Brasil é aquilo que há de mais óbvio. Fortalecimento da democracia, a importância de se viver numa democracia, de se entender que a política é o único caminho para administrar e realizar sonhos e, acima de tudo, que não há democracia, não há futuro, não há desenvolvimento social, não há progresso, não há dignidade, não há cidadania, não há diminuição da desigualdade social, sem que, dentro da democracia, nós respeitemos os três poderes constituídos pelo país através de voto ou de mandato.

Nesse sentido, reconheço a importância da harmonia e da independência entre o poder executivo, o legislativo e o judiciário. Mas, como disse, que falar do que é óbvio e isto, possivelmente, pode vir a ser uma das poucas coisas acerca das quais há unanimidade no Brasil, que é o fato de que o Brasil arrecada muito e arrecada mal, possuindo uma das maiores cargas tributárias do planeta. Tão grave quanto isso, o Brasil gasta muito e gasta pior ainda. Dentro dessa equação é difícil garantir equilíbrio fiscal porém, ainda mais grave é o fato de que é impossível garantir justiça social. Sobre a ótica desse país que arrecada muito e arrecada mal, partindo disto o tema, a receita e o remédio, tenho que a única solução possível é revermos o sistema tributário injusto do Brasil que, por ser regressivo, cobra mais de quem mais precisa, que são os pobres, pois tributa no consumo e, quem mais consome proporcionalmente a sua renda não é o rico, e sim o pobre.

Este sistema, por sua vez, é um sistema tributário perverso pois tributa mais o consumo do que a renda. O pãozinho de cada dia, que talvez não faça cócega para nosso bolso, é contado em moedas para aquela população que muitas vezes vive de bico ou desalentado, que vive muitas vezes pedindo as bênçãos de alguém para colocar comida na sua mesa. Então, diante desse cenário, a reforma tributária é, sem dúvida nenhuma, o pontapé, mais do que inicial, fundamental, a única bala de prata que nós temos para fazer o Brasil crescer pela primeira vez na sua história em 40 anos. Porque, quando olhamos na linha do tempo e verificamos que o Brasil cresceu a média de 1% ao ano nas últimas quatro décadas, um país da grandeza, da riqueza, com as terras férteis que tem a terra do Estado do ministro Gilmar Mendes, que é Mato Grosso, ou do meu estado do Mato Grosso Sul, ou de Goiás, não dá para conceber um Brasil tão rico com um povo tão pobre crescendo a mero 1% ao ano.

Nesse sentido, a reforma tributária vem para simplificar, diminuir os impostos, unificando-os e com isso garantindo que nós possamos, e muitos já referem que ela é a reforma da indústria, realizar a diminuição da carga tributária para esse setor que hoje não consegue competir com o mundo asiático e com isso não consegue gerar emprego e garantir renda para os nossos trabalhadores. Portanto, essa é a reforma também da indústria. Levou mais ou menos 30 anos para nós chegarmos nesse momento do amadurecimento político do Congresso Nacional para dizer que não tem mais como termos um país sem um sistema tributário justo. Por isso, a reforma tributária já foi aprovada na Câmara, o Senado já está fazendo o aperfeiçoamento e encaminha ainda no mês de novembro, provavelmente, para a Câmara dos Deputados para fazer o papel de casa revisora e, com isso, poderemos entregar para a nação esta reforma que vem, sobre a ótica da receita, garantir justiça tributária, simplificar, diminuir essa regressividade. Com isso, também irá diminuir o nosso contencioso administrativo, a sonegação e todos os males que uma reforma que com o sistema tributário hoje não mais saudável, no passado ainda se justificava, com a guerra fiscal entre Estados, abrindo mão de receitas, repito que no passado ela foi fundamental, mas agora já não mais se justifica.

Ainda dentro deste processo, falando sobre a reforma, a fim de encerrar esse ponto, trago uma referência de quem por oito anos foi senadora da República. Os dois maiores problemas da reforma tributária estão sendo solucionados pelo Congresso Nacional. Nenhum estado da Federação Brasileira e nenhum município vai perder com a reforma tributária. Vai haver um seguro receita para garantir de forma gradual que nos próximos 30, talvez 50 anos, esse acréscimo da receita que virá sem aumento de imposto, mas por aumento em função do crescimento do PIB do Brasil, seja distribuído de forma harmônica entre os estados e municípios. Segundo, garantir que setor de serviços, especialmente da educação, da saúde, eles não tenham aumento dessa carga tributária. Em relação à reforma tributária, nós podemos estar dizendo, sem falsa modéstia, que nós podemos ter uma reforma tributária que sozinha pode ter a capacidade de aumentar em quase 1% o PIB brasileiro.

Fora o crescimento normal do Brasil, a reforma tributária pode vir a garantir, nos próximos 15 anos, um crescimento do PIB do Brasil que pode variar entre 12% e 15%. Porém, como já dito, o Brasil arrecada muito e gasta pior ainda, vindo aí, então, o papel do Ministério do Planejamento e Orçamento. A pergunta que fica é por que gastamos mal? Por que não os serviços e o dinheiro público não chegam onde mais precisa? Por que em um orçamento de quase 5 trilhões de reais, tirando as despesas – tirando as despesas financeiras, chegamos a quase 3 trilhões? Por que nós não temos um serviço, uma educação pública de qualidade? Por que o remédio não chega para a população carente?

Por que o sistema de saúde pública não funciona a contento? Esta pergunta, a meu ver, deve-se a uma única razão. O Brasil não tem cultura de planejar, não planeja suas ações. Se perguntarmos para o Banco Pactual, se perguntarmos para o setor pro-

duto, se perguntarmos para o micro, pequeno, médio, ao grande empresário, ele irá falar que não aluga um imóvel para colocar no seu estabelecimento sem fazer uma pesquisa antes, afinal de contas que saber se aquilo que eu desejo comercializar ou vender realmente é aquilo que a sociedade precisa, além da oferta e da demanda. Na política do Brasil, todavia, não é assim que funciona. Gastamos ao sabor dos ventos, por intuição, muitas vezes por interesses políticos partidários ou eleitorais, sem planejamento o que foi especialmente sentido ao longo da pandemia, uma das mais severas da nossa história, talvez a pandemia sanitária mais grave da nossa geração, a qual atravessamos sem uma carta náutica, sem rumo, sendo um dos motivos pelos quais tínhamos sequer vacina.

Desse modo, o primeiro ato do presidente Lula foi recriar o Ministério do Planejamento e nos deu uma missão “Simone, percorra o Brasil e vamos fazer o PPA mais participativo da história. Vamos perguntar para o Brasil que Brasil eles querem para os próximos quatro anos, para os jovens, para os moradores da zona rural, da cidade, para os movimentos sociais, para a academia”. Fizemos, portanto, o PPA mais participativo e mais moderno da história, onde trouxemos as cinco prioridades máximas, conforme o que foi sinalizado pela população. A prioridade primeira é o combate à desigualdade social e à fome. A segunda, educação básica de qualidade. A terceira, saúde pública primária e também as especializadas de qualidade. Ainda, investimento público e a neoindustrialização, pois queremos emprego com carteira de trabalho assinado.

O mais bonito foi ver que do cidadão mais simples ao mais abastado, e não estou falando de intelecto, estou falando da questão financeira mesmo, porque o mais simples tem que preocupar com o pão de cada dia, e ali eles perguntaram para nós, onde está a mulher no orçamento brasileiro? Onde está a juventude no orçamento brasileiro? Onde está a questão da sustentabilidade do meio ambiente? Onde está a igualdade racial? De forma que, na transversalidade,

Ademais, tratamos muito sobre o compromisso social, porém este não existe sem equilíbrio fiscal. Para tanto, destaco algumas lições como, basicamente, não gastar o que não se tem. Se possível, apenas se possível, não gastar tudo o que se tem, mas o pouco que se gastar, gastar bem, gastar com aquilo que é prioridade, sendo este o significado de equilíbrio fiscal. Muitas vezes não é o caso de falar em corte de gastos públicos no momento de um déficit social tamanho, onde existem 33 milhões de brasileiros passando fome. Eu tinha, no ano passado, 40% de brasileiros com insuficiência alimentar, 40% dos nossos jovens com falta de proficiência em matemática, em ciências e gramática.

Vamos fazer o social com responsabilidade, mas dentro do limite, por isso o objetivo deste governo de tentar alcançar a meta zero, no sentido de não ter déficit primário no ano de 2024. Ademais, enquanto ministra, tive o privilégio de poder criar dentro do nosso Ministério, pela primeira vez, a Secretaria de Monitoramento e Avaliação de Políticas Públicas, a fim de que seja feita a avaliação antes da implantação da política pública e não a posteriori, com o STF tendo de julgar causas contra o fisco, contra o Governo Federal por não atendimento de interesse público de nossas ações. A Secretaria está,

de fato, sendo eficiente e vai chegar onde necessita e ter a coragem de cortar políticas públicas que não funcionam mais ou que não atendem o interesse público.

Ao fim, eu não poderia encerrar sem antes lembrar de que isso tudo depende de um dever de caso anterior. Nós falamos em qualidade de gastos, falamos da reforma que precisamos, isso tudo para se alcançar o social, mas é importante lembrar que é preciso ter um diagnóstico preciso. Nós estamos perguntando que Brasil nós queremos, mas há antes que fazer a seguinte pergunta, que Brasil nós somos? E por isso é que nós fizemos dessa vez também o censo mais tecnológico.

Lamentavelmente, o censo é a nossa fotografia, e ele não veio bonito, veio como uma foto que acentua as nossas desigualdades sociais, que afirma que o Brasil está envelhecendo, e está envelhecendo mal. Estamos diminuindo nossa taxa de natalidade e perdendo a capacidade de garantir a uma geração de jovens a qualidade de ensino, permitindo que ele tenha produtividade e dignidade de emprego. Porém, ainda temos tempo, de forma que gostaria de anunciar que está sob nossa responsabilidade o IBGE e o IPEA, sendo estes os grandes responsáveis por entendermos quais as políticas públicas que são as verdadeiramente eficientes. Dessa forma, com esta carta náutica do PPA de um lado e do planejamento do outro, garantindo o equilíbrio fiscal de não gastar mais do que arrecadamos – aliás, em nosso arcabouço agora apenas iremos poder gastar 70% do aumento da receita anual – será possível imprimir o compromisso social, da dignidade e da cidadania para a nossa gente.

Por fim, aqui tratamos sobre o planejamento de médio prazo, o que não é planejar o Brasil. Ano que vem começaremos ouvindo as academias, os jovens, os setores produtivos, o homem do campo, os movimentos sociais. Iremos falar com aqueles que estejam dispostos a dialogar, pois queremos entregar ao fim do mandato um plano nacional de longo prazo com o Brasil. Assim, a pergunta que faremos a vocês é que Brasil nós queremos para os próximos 15 anos. Portanto, o convite que eu deixo para vocês é para juntos construirmos esse futuro da agenda de 2040 ou, quem sabe, 2050, se for essa a vontade do povo brasileiro.

ANDRÉ ESTEVES

PRESIDENTE DO BANCO BTG PACTUAL

Abrindo o tema, passo a discorrer acerca do título do nosso painel, o que sugere muitas vezes uma falsa discussão ou um falso dilema de que o equilíbrio fiscal pode estar contrário à justiça social, porque afinal para fazer justiça eu preciso gastar mais. Por óbvio, para fazer justiça é preciso fazer investimento e realizar gastos, mas não necessariamente gastar mais. Um país deve se comportar da maneira que nos comportamos em nossa vida privada – em nossas casas e em nossas empresas, por exemplo, não gastamos mais do que ganhamos. Para administração do país parte-se do mesmo princípio.

A gente não pode gastar mais do que a gente ganha. Porém, será que é tão importante investirmos, gastarmos? Sim. Todavia, isso deve ser realizado com disciplina, com cautela, com equilíbrio, pois demoramos algumas décadas no Brasil para entender que o crônico déficit fiscal possuía uma consequência econômica muito clara e muito objetiva, que é a inflação, a qual é, sem dúvida, o mais pernóstico dos impostos.

A inflação atinge de maneira desigual ricos e pobres, despreparados e preparados, educados e deseducados, os carentes dos estabelecidos. Não podemos deixar esse imposto retornar para a sociedade, devendo ser esta a prioridade máxima, porque é a primeira das proteções sociais que podemos dar para a nossa sociedade, protegendo aqueles que precisam ser protegidos, mantendo uma inflação sob controle. Isso, por sua vez, já está sendo feito e está sendo feito há algumas décadas. Desde meados dos anos 90, nós conseguimos enfrentar esse problema. Poxa, mas todos os dias as discussões nos jornais não são positivas. Por oportuno, menciono e resalto o discurso do ministro Gilmar Mendes na abertura do nosso debate, no sentido de que o bom é que as discussões estão em cima da mesa, elas estão as claras, elas são transparentes, elas acontecem. O Brasil, se você olhar a fotografia de hoje, de qualquer um dos presentes aqui na sala, e eu podia mencionar o próprio presidente Sarney, o decano de todos nós na noite de hoje, o Brasil vive seu melhor momento econômico.

Esse ano, 2023, é o quarto ano que o consenso dos economistas vai projetar um crescimento e o crescimento será maior. Agora, em quatro anos, parece que alguma coisa está acontecendo que vai além da nossa projeção, e é uma coisa positiva. O Brasil, não por ser a construção do governo A, do governo B, mas nessas últimas décadas, com todos os nossos erros, angústias, perdemos várias oportunidades, fomos mais lentos em determinadas coisas, mas nós acertamos mais do que erramos.

A consequência disso, então, é uma fotografia, e uma fotografia razoavelmente simpática comparado a qualquer outro momento da nossa história, em um passado de muitas décadas. Observando, hoje, as variáveis econômicas, o Brasil não tem um problema de inflação. A nossa inflação no ano que vem vai estar entre 3,5% e 4%. Esse ano o Banco Central já não mais vai escrever uma carta para o Tesouro Nacional porque estouramos

nossas metas, pois estaremos dentro dela, sendo a projeção do mercado para os próximos anos ligeiramente acima da nossa meta, que é de 3%, estabelecida pelo Conselho Monetário Nacional. Então, não se tem, atualmente, um problema inflacionário que foi o problema mais grave enfrentado pelo presidente Sarney mais cedo aqui presente.

Depois de enfrentarmos o problema inflacionário na década de 90, nós passamos a enfrentar um outro problema, que era a balança de pagamentos brasileiro. O Brasil não tinha reservas cambiais, tínhamos super desvalorizações, com insegurança de investidores sobre isso e estes, por sua vez, são problemas que o Brasil não mais encontra. Esse ano o Brasil vai fazer a balança comercial mais alta da história e vamos fazer o déficit em conta corrente dos mais baixos da história. Dessa forma, analisando a combinação do déficit em conta corrente com o investimento direto externo, nós vamos fazer um superávit mais alto, o fluxo cambial mais alto da nossa história. Isso, quando combinado às reservas cambiais mais altas da nossa história e à dívida externa mais baixa da nossa história, demonstra que nunca tivemos uma posição, do fundo de vista de contas externas, tão positiva. Qualquer um de nós que esteja aqui vivo, hoje, nunca presenciou um momento tão construtivo.

Por último, em relação à questão fiscal, vemos que ainda não chegamos onde devíamos chegar, mas estamos caminhando. Foi aprovado, conforme apresentado pela ministra Simone Tebet, um arcabouço bem razoável que, com o apoio do Congresso Nacional, tornou-se ainda mais rigoroso. Esta foi a primeira vez na história que uma medida fiscal proposta pelo Executivo saiu do Congresso aprovada com características ainda mais restritivas, num sinal de harmonia entre poderes e de enorme responsabilidade institucional do nosso Congresso e do nosso Executivo.

Para encerrar esse tópico ainda meio árido, que também não vou me alongar muito, o déficit fiscal nominal brasileiro do ano que vem será menor do que o americano em relação ao PIB, muito provavelmente. Em que pese esta ser uma conta variável, nós provavelmente teremos um déficit menor sendo que, se prosseguirmos nesse esforço, em 2025 ele certamente será menor que o americano. Ou seja, também estamos caminhando nessa questão e devemos continuar caminhando. Não vamos acreditar no falso dilema de que gasto é vida pois o bom gasto, sim, ajuda muito a vida. O mau gasto ou excesso de gasto que está associado à morte. Conforme já referido pela ministra Simone, nós precisamos fazer bem.

Ademais, o Brasil gasta em educação. Comparativamente à Coreia do Sul, em relação ao PIB, ambos os países possuem os mesmos investimentos na área. Portanto, não se falta gasto em educação, se falta produtividade. Espero, portanto, que a reforma tributária seja o início de uma reforma mais ampla, uma reforma associada à produtividade, sem falsos dogmas ou falsos dilemas. Nós falamos muito do investimento o qual, sim, é importante, podendo e devendo ser feito por todo governo, colocando suas políticas, suas crenças, seus compromissos numa campanha eleitoral. Porém, ratifica-se que o investimento no Brasil é correspondente a mais ou menos 18% do PIB. É um nível que não é muito alto, mas também não é baixo. Agora, menos de 1% é o investimento público.

No maior momento da história foi 1,5%. Ademais, quando atingimos 1,5%, talvez tenhamos exagerado e retirado as condições do investimento privado continuar crescendo, momento em que o investimento caiu para 14% do PIB. Ou seja, não podemos fazer a má troca aumentar mais meio e então perder quatro do outro lado pois uma função primordial do Estado deve ser criar as condições para o investimento privado fluir. Seja ele nacional, seja ele estrangeiro, o investimento é muito bem-vindo. O Brasil tem o privilégio de se dar bem com todo mundo, possuindo relações comerciais amplas, extensas e harmônicas com os Estados Unidos, com a Europa, com a China, com o Oriente Médio, com nossos vizinhos na América Latina. Nós achamos que isso aconteceu por acaso, ou muitas vezes referimos isso enquanto parte de uma dádiva divina, mas não é. No mundo que está cada vez mais separatista do ponto de vista geopolítico, isso é um enorme privilégio e que deve ser usado para criar as condições para traçar o máximo possível de investimentos para o Brasil, que serão regulados pelo estado brasileiro, monitorados, irão pagar impostos aqui, contratarão brasileiros e irão gerar produtividade, emprego e renda para nossa nação.

Dessa forma, concluo com uma palavra aqui para os nossos jovens. Nós temos esse enorme privilégio das nossas terras férteis no Mato Grosso, Goiás, Mato Grosso Sul, São Paulo, Paraná, Matopiba. Assim como nosso pré-sal, uma riqueza que apareceu aqui ao longo das últimas duas décadas, sendo muito bem explorada pela Petrobrás, possuímos uma nova fronteira norte, os ventos e uma insolação quase única no mundo. Temos riquezas que são quase incomparáveis. Agora não vamos nos iludir, essas riquezas não garantem o sucesso do Brasil. Se olharmos aqui pertinho da gente, um pouquinho ao sul, veremos a Argentina, que tem os mesmos solos férteis que a gente e ainda mais riquezas de combustível energético do que a gente.

A Argentina, assentada na terceira maior reserva de gás do mundo, no grande poço de Vaca Muerta, está importando energia térmica do Brasil ao longo desse ano praticamente inteiro, então as nossas riquezas naturais não garantem o nosso futuro, nosso sucesso ou uma sociedade mais justa. Precisamos mais do que isto. Se observarmos mais a leste, veremos o exemplo de Singapura, que em 50 anos tornou-se a maior renda per capita do mundo, mesmo sendo um país sem riquezas naturais – em que pese o fato de ser uma cidade-estado e, portanto, mais fácil de administrar. Indo ainda mais ao leste, chegamos na Coreia do Sul, que há 50 anos atrás tinha uma renda per capita que era menor do que a brasileira e, hoje, é um país que, sob todas as métricas de desenvolvimento da OCDE, é considerado desenvolvido. Veja-se que é um país que não possui riquezas naturais, nem nossas terras férteis, petróleo, óleo, vento ou sequer sol, mas ainda assim se tornou um país rico. Então, a transformação que esses países fizeram a fim de evitar os erros que aqueles que têm as riquezas cometeram, isso nos levará um passo à frente, a caminho de uma sociedade mais justa que tanto almejamos e merecemos.

Agora, para os que estão aqui, a boa notícia é que não existe dúvida que os próximos 30 anos serão melhores que os últimos 30 anos e que a base, a fertilidade do terreno de hoje, que vocês vão ter a capacidade de arar, plantar, colher, é muito mais do que

foi há 30 anos atrás. Então, para vocês que estão aqui é um enorme prazer dizer essa mensagem de otimismo, que o Brasil está muito melhor do que sugere as manchetes de jornais. Ainda melhor, que vocês podem construir um Brasil ainda melhor do que esse que a gente está vendo aqui.

PROF CARLOS IVAN

PRESIDENTE FGV

Inicialmente, em relação ao tema proposto, coloco que, de fato, o Brasil não sabe fazer planejamento. Inclusive, após 1986, com o fim do regime militar, colocamo-nos em uma posição de apenas sermos guiados sob a crença de que o mercado resolveria tudo, significando que não é necessário agir, confiando que o governo também não precisaria fazer nada e tudo se resolveria. Por óbvio, atingiu-se o crescimento de 1% ao ano.

No Brasil, uma das situações que se verifica é que focamos o planejamento no esforço, porém, de boas intenções o inferno está cheio, ou seja, devemos buscar o resultado. Para tanto, é necessária também a análise do contexto mundial, no qual a Ásia ascendeu com finanças públicas menos sobrecarregadas por direitos sociais e com taxa de empresas. Como consequência disso, pode-se apontar que no mundo há inovação e há recurso natural. Aumentando o volume de inovação, aumentou também o preço relativo dos recursos naturais em relação à inovação. Porém, o preço da inovação está caindo, prejudicando os Estados Unidos, a Europa, um pouco o Brasil e, por resultado, as democracias europeias estão perdendo um tanto de sua estabilidade. Em Paris, por exemplo, já se vê que diversas lojas estão fechadas e, sem emprego, sem classe média, não há democracia. Com isso, certos grupos radicais começam a se insurgir, começam discussões acerca de quais medidas o governo pode tomar e, nesse contexto, se o gasto é injustificado, se é correto ou não, não interessa. O que interessa é que logo surge outra discussão, já sobre a possível quebra das contas públicas, especialmente por saber que se está preso dentro do orçamento europeu, no qual há regras bem estabelecidas a serem seguidas, dando início a um processo extremamente nocivo.

Todavia, questiona-se por qual razão nos Estados Unidos não têm a mesma coisa? Isso se deve especialmente ao fato de que eles possuem uma marinha que controla as vias navais do mundo todo, ou seja, controlam o petróleo. Este, por sua vez, é a verdadeira moeda, o grande recurso natural do mundo. Vê-se que, por exemplo, que a confusão que está ocorrendo no mar do sul da China é devido ao fato de que o americano não vai deixar o chinês dominar o mar do sul da China, o que seria o natural, porque afinal de contas eles dominam o Golfo Pérsico, o Golfo do México mas, se isso acontecer, aqueles países todos vão convergir para a China e o papel do dólar como moeda de reserva internacional acaba. Dessa forma, a alavancagem americana cai, porque o saldo e o déficit em conta corrente americano, 800 bilhões de dólares, é exatamente o seu gasto militar.

Afirma-se, portanto, que o mundo está complicado. Junte a esse cenário uma onda de digitalização que vai desempregar muita gente, ou melhor, vai tornar a massa do emprego no serviço muito mais próxima de entregador de pizza do que qualquer outra atividade. Todavia, os engenheiros qualificados em ciência dos dados, matemática, TI, ainda terão emprego durante um tempo. Profissionais especializados em processo,

organização de processo, também terão. Nisso você possui um desafio brutal, em que alguns países já estão tentando reagir, vez que estão surgindo situações de conflitos potenciais. Nesse cenário, conforme já referido, possuímos uma oportunidade ímpar de dar muito certo ou muito errado. Muito certo caso for feito o que a ministra Simone Tebet referiu, mas se deve aprender a planejar, e muito errado se pensar que se está aprendendo a planejar e no fim apenas focar no esforço e não no resultado.

Dentre algumas situações que restam ocultas em nossa história, tem-se o exemplo da Reforma Capanema. O povo brasileiro é o resultado de diversas influências, muito parecidas com as influências da França. Nós temos uma certa semelhança no funcionamento político de longo prazo com a França em uma série de questões das quais, inclusive, decorrem duas dificuldades. Uma que é aparente, uma vez que, primeiro, temos que saber gastar melhor, temos o déficit público, que deve ser reduzido, temos que reduzir a carga sobre o setor privado, aplicar melhor o dinheiro. O segundo é uma questão de confiabilidade e de equilíbrio de longo prazo, tema que tem a ver com a nossa alavancagem. Não aquela em que se vende uma operação financeira para fazer uma coisa, mas uma alavancagem de longo prazo. Por exemplo, eu construo um negócio, tomo o dinheiro emprestado, vou investir naquilo, vou aperfeiçoar, vou ficar investindo, vou ter uma taxa de retorno estúpida porque é um investimento mais longo. Como é que eu faço isso? Eu tenho que ter previsibilidade na economia.

Adentro, então, um ponto que, na minha opinião, ainda temos que evoluir, sendo um problema que não é característico deste ou de outro governo, mas sim uma questão cultural que vem há muito tempo. O nosso processo orçamentário não é bom. Como exemplo, verifica-se que o processo orçamentário é um negócio que começa, não enquanto orçamento, não enquanto número, e sim com um plano de negócio de políticas públicas. Depois disso, é realizado seu orçamento. Aquilo tudo é agregado, vai para o executivo, após para o legislativo, o qual vota, negocia com o executivo, aprova para depois, em tese, haver a execução. Ao final tem alguém que carimba, provou-se tudo, tudo foi feito certo e acabou.

No Congresso, há 16 ou 17 anos atrás, eu fiz uma pesquisa perguntando aos congressistas da época, mais ou menos metade, em que 250, 270 responderam, questionando se eram a favor ou contra tal tipo de orçamento, outro tipo de orçamento, aquele tipo. Dentre os questionados, o orçamento impositivo ganhava violentamente. Questionei, então, se sabiam o que era o orçamento impositivo e, nas respostas, demonstravam saber um conceito errôneo, não compreendendo que, em verdade, a impositividade está no resultado da política pública.

Na Itália existe uma regra que diz que até se libera o dinheiro para poder fazer outra coisa, como um estímulo ao administrador, e por isso que eu estou esperançoso, em especial por duas razões, o que acredito que consigamos caso trabalhemos muito. Primeiro, na Alemanha, existe uma cláusula que é a Lei do Equilíbrio Macroeconômico Fiscal de Longo Prazo. Aqui, o congresso optou pelo orçamento impositivo – em face do que o Prof. Fernando Haddad reagiu, o que foi a reação lógica.

O que se discute agora é o processo orçamentário, não é o orçamento. A reação lógica é o quê? Déficit nominal zero, não importando, neste momento, qual o valor ali colocado, mas sim o fato de haver uma meta, pois é parte do processo que deve ser construído, se coloca enquanto a Cláusula de Equilíbrio Macroeconômico Fiscal de longo prazo. Em especial porque ela entrega uma moeda – dá o real estável, com inflação baixa, que é fundamental para ter previsibilidade. Porém, esse processo orçamentário entrega mais. Entrega também uma estrutura de dívida, onde o tesouro nacional não tem de interferir no mercado secundário com frequência.

Qual o resultado prático disso? Vou simplificar. Digamos que eu queira construir uma fábrica. Quero tomar o dinheiro emprestado para construir a fábrica, o que leva cinco anos. Não quero pegar aos poucos, porque é muito arriscado. Se o BTG souber, pode me salgar no empréstimo, no último empréstimo, eu quero fazer o negócio com segurança, quero ter um lugar para estacionar onde eu vou pagar um pequeno custo. Eu tomei a dívida há cinco, vou receber quatro e meio estacionando ali, de forma que o meio por cento ao ano está bom para mim. Dessa forma, por haver esse risco, eu não tenho esse benchmark. Qual a consequência disso? Muito simples, eu não vou ter um investimento para a fábrica.

Alguém aqui, eu olhando para as pessoas de cabeça branca, mas os jovens, possivelmente, muitos vão ter que os pais ajudar a comprar a primeira casa, sendo que muitos dos de cabeça branca estão ajudando os filhos ou foram ajudados pelos seus pais na sua época. Por quê? Porque não tem mercado de hipoteca, vez que a poupança privada não pivota para o investimento privado. Por qual razão isso acontece? Porque você precisa ter um chão. Esse chão tem essa insegurança. Por que que você tem baixo investimento? Ontem eu estava estudando algo interessante sobre ciência de dados no qual você pega uma doença, vê os remédios que servem para essa doença e vê, usando um processo de genética bastante complicado, quais são as doenças próximas dela, para testar se aquele remédio funciona nas doenças. Daria uma economia gigantesca ao SUS.

Porém, por existir uma pesquisa, deve haver investimento a ser feito, mas acaba sendo muito difícil achar quem esteja disposto a investir. Qual a razão disto? É o fato de não haver mercado, também pelo fato de nosso mercado de joint ventures ser muito menor do que poderia ser, vez que a poupança privada não pivota para o investimento privado da maneira que poderia pivotar. Dessa forma, a falta de planejamento, de instrumentos, de base para fazer o planejamento e essas coisas que foram aqui mencionadas faz com que voemos baixo.

Somos um país potencialmente riquíssimo que opta por ser pobre, em uma situação em que todos se disputam por coisas menos nobres, enquanto há riquezas que ninguém olha. Portanto, temos de realocar nosso olhar. Como se faz isso? Neste ponto existe uma questão delicada. Muitos colocam que o Brasil é uma democracia e, de fato, há muita liberdade aqui dentro, construída especialmente após 1986, sendo algo que todos devemos nos orgulhar. Porém, isso deve ser complementado, de forma que

o meu representante, aquele em que votei, considere que também foi um voto dado em função de uma gasto público, de uma arrecadação – não querendo afirmar que este representante vá conseguir tudo que afirmou, pois isso é resultado de um voto, de um processo, de um equilíbrio do executivo, do legislativo.

Existe esse processo atual de contingenciamento, que foi inventado pela nossa incapacidade de fazer planejamento, que resultou em uma “contabilidade do saco de dinheiro”, na qual as discussões sobre políticas públicas restaram extremamente reduzidas no Congresso Nacional. Portanto, se realizarmos essa transição, ainda que não seja de imediato, vez que é necessário uma mudança cultural, podemos obter resultados incríveis. Após, passamos para as avaliações das políticas públicas, o que vem a ser uma das tarefas mais difíceis do mundo, mas nesse caminho existirá, naturalmente, acertos, erros, até as coisas serem ordenadas, vez que tudo são processos. No Brasil, confundimos liberalismo econômico com não ter planejamento, o que é errado.

Por fim, trago a reflexão de um ministro alemão que, em uma conversa, referiu que estavam passando pelo mesmo processo na Alemanha – aqui no Brasil estávamos votando a autorização para o executivo aumentar a margem de gastos, e o ministro disse que estavam realizando o mesmo movimento em virtude da pandemia. Porém, ele questionou-me onde estaria a previsão de como essa dívida seria paga. Vi, então, que no Brasil não discutimos isso. Resta demonstrado, portanto, que devemos ampliar nosso raciocínio, complexificá-lo.

Ainda, resta tratar de uma outra oportunidade que possuímos, que é a digitalização. Até hoje nós perdemos na competição no setor serviço, porque a nossa média educacional, os números de anos são menores do que os de fora. Mas isso é uma distribuição bimodal. Com a digitalização, você vai competir só com a parte de cima, de forma que a competição zera. Se formos espertos nesse ponto também, ainda que tenhamos de desenvolver políticas públicas para segurar as pessoas menos preparadas, teremos, ainda assim, uma vantagem fenomenal.

RODRIGO MUDROVITSCH

JUÍZ DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Inicialmente, acerca do tema da independência judicial, gostaria de destacar que um dos seus principais pontos surge quando se retira a independência judicial da perspectiva subjetiva e se redimensiona a perspectiva da independência judicial a partir da perspectiva coletiva. Existe, portanto, um terreno muito fértil não só para desenvolvimentos, mas também para aplicações, inclusive em dilemas em que seguem vivos no nosso país.

Então, falar que há um consenso, uma convicção democrática presente, isso é, obviamente que há essa convicção, pois a independência judicial está presente nos discursos, mas deve também estar presente na prática. Estes, por sua vez – consensos sobre independência social ou sobre louvor à democracia – são consensos enganosos e abrigam perigos. Um deles é precisamente o perigo da indiferença conceitual, porque é muito comum quando se trata de democracia que pessoas ataquem a democracia utilizando o pretexto de melhora da democracia como fundamento para fazer esse ataque, ou seja, a democracia em nome de uma suposta verdadeira democracia. Há, também, aqueles que muitas vezes buscam golpear não só a democracia, mas a independência institucional que é necessária para que a democracia exista, sob o argumento de que se busca algum tipo de aperfeiçoamento institucional – acredito que por meio de um discurso um pouco mais sutil, mas igualmente presente. Justamente nesse contexto, a partir da perspectiva interamericana, percebe-se que isso não é só uma faceta regional deste local e por esta razão que se teve uma discussão em três sistemas regionais, vez hoje não faltam tribunais, magistrados e fiscais que seguem sendo objeto das mais ilusitadas tentativas de imputação ou de amputação, para colocar da melhor forma, de competência.

Isso, por sua vez, ocorre à luz das mais olímpicas justificativas. Eu tinha trazido aqui alguns exemplos, sem pretender nominar país, tratando justamente de reformas que pretendem, a pretexto de melhorar o devido processo legal, imunizar determinados temas de serem apreciados monocraticamente por magistrados de cortes superiores ou que impõe um prazo mínimo de duração do processo para que se possa tomar medida cautelar ou, ainda, que coloca algum tipo de quórum muito elevado para que se possa reconhecer a inconstitucionalidade de determinado ato do executivo ou do legislativo. Ocorre, ainda, mudanças em critérios, em idades ou em lógicas de composição, que muitas vezes são feitas precisamente para se alterar uma determinada corte a partir de uma perspectiva de curto prazo, que muitas vezes é exatamente a perspectiva de concentração de poder.

Nesse sentido, isso se configura, mais do que uma violação à independência oficial, se caracteriza sim uma humilhação à magistratura. Porque se tenta fazer com que,

de alguma forma, alguém que deva ser independente se fique circunscrito ao poder político ou dominado pelo poder político, sendo isso o que, muitas vezes, verifica-se nesse tipo de situação. Os tribunais internacionais têm tido cuidado, sendo este um dos temas que me impressionou muito na minha, até agora curta, mas muito intensa experiência com a corte interamericana, a quantidade de temas que envolvem essa discussão que chegam até a Corte. O professor Diego mencionou um país que está sob a nossa competência, não vou tecer juízos mais profundos, mas o caso da Guatemala e outros, e de fato, quero dizer que não há um período de sessão da Corte que não tenha uma discussão envolvendo algum tipo de direito violado na perspectiva da independência judicial, o que depois se estendeu também para os fiscais. Ainda, acredito que merece uma reflexão, no sentido de reconhecimento de valor essencial, em relação ao papel da advocacia e que, muitas vezes, quando atingida, também relva consequências que são relevantes para os direitos humanos.

Em curta síntese, o que eu queria dizer é que ,além de frequente perante esses tribunais, quando se olha para a jurisprudência da corte interamericana, e acho que isso é extremamente importante, ao lado da garantia da liberdade de expressão e ao lado de garantias subjetivas dos magistrados, e é curioso que recentemente pela primeira vez a corte interamericana, em um caso esse ano, que envolvia um magistrado de alta corte de um país, reconheceu também a afetação do seu direito ao trabalho, o que também é interessante, ou seja, se percebe que os diferentes direitos, eles se conectam e com a sua autonomia própria geram diferentes violações.

Porém, o que eu tenho percebido, e não só percebido, mas tenho fomentado sempre que tenho espaço pra isso, que não se trata aqui meramente de uma discussão de direitos subjetivos de magistrados ou de fiscais ou de advogados e sim justamente a dimensão coletiva desse tipo de violação. Ou seja, a dimensão coletiva que gera a partir do momento em que algum tipo de ataque à independência da magistratura, seja a partir de pretextos de aperfeiçoamento institucional, seja a partir de perseguições sem muita desculpa, ou a pretexto, talvez, de se melhorar a democracia, porque determinados foros teriam mais legitimidade para fazer algum tipo de controle de atos, são discursos que nós vemos a todo momento. O interessante é que, então, essa violação passou a ser vinculada, então, não mais a partir do direito subjetivo violado, e sim a partir de um enfoque institucional que tem como mote e como norte a funcionalidade do Estado de Direito.

Acredito que aqui a questão ganha um contorno extremamente relevante. Passa-se, então, a criar não mais somente standards protetivos em matéria de direitos humanos para a pessoa envolvida, o que é extremamente importante. Recordo que, recentemente, nós escutávamos na corte o magistrado de uma alta corte que tinha sido destituído das suas funções há mais de 15 anos e, evidentemente, isso deixa uma marca na pessoa, que deve ser também valorada e reconhecida, e, na medida do possível, se fazer a recomposição. Mas o que é interessante é que eu percebo uma linha evolutiva no sentido de fazer com que a jurisprudência da proteção à independência judicial também seja lida como uma história do reconhecimento de que as relações aos direitos de

magistrados possuem também essa dimensão que é transindividual.

Justamente por isso merecem uma atenção cada vez mais forte, cada vez mais presente e com standards também que tenham isso em consideração, sendo curioso notar, na perspectiva da corte, como isso significou uma mudança dramática de jurisprudência quando se toma como base os primeiros casos em que isso foi discutido, a partir do início dos anos 2000, em um caso famoso da corte, do Tribunal Constitucional x Peru, quando se discutia o direito das vítimas de terem um julgamento justo a partir da presença de uma justiça independente e, portanto, então a impossibilidade de mudança de quórum de um dado tribunal. Veja que interessante a discussão. A discussão não é acerca do direito subjetivo das pessoas de manutenção na posição que estão, mas o direito dos afetados pela decisão, que naquele momento não se reconheceu essa violação, mas também a jurisprudência caminha, de alguma forma, a passos não muitas vezes visíveis mas a posteriori bem identificados, gerando uma sensação de era necessário ampliar essa proteção, por uma questão que hoje é muito frequente. Quero dizer que justamente a compreensão dela foi o que me fez de alguma forma compreender por que é tão importante que esse tema hoje esteja tão presente na perspectiva da corte interamericana. A ideia não é abandonar de forma alguma qualquer ancoragem subjetiva, mas justamente reforçar a partir da perspectiva institucional. Nesse sentido, já ouvi críticas de que as carreiras estariam de alguma forma absorvendo a agenda de uma corte que é precisamente voltada aos direitos humanos, mas hoje eu estou convicto que de fato a situação é outra.

É justamente a importância da independência judicial para a manutenção dos regimes democráticos que faz com que esse tipo de questão precise cada vez mais ser enfrentada com a seriedade que merece. Eu acho que nesse ponto o tribunal tem dado importantes contribuições para a manutenção desses pilares, não só em países que tem vivido de fato momentos mais críticos, mas em geral, muitas vezes até quando julga casos muito antigos. E não quero me alongar, eu ia falar algumas outras coisas, mas queria dizer também que, justamente em consonância, ministro, com a sua fala, que tem sido uma experiência que nós temos vivenciado cada vez mais no tribunal, a consciência de que esse diálogo está cada vez mais frutífero entre a Corte e os Tribunais locais dos países. Acho, ainda, que é um tema que nós precisamos enfrentar aqui no Brasil com mais detalhamento, porque de fato eu percebo que ainda há algum tipo de resistência, o que é natural, mas que de fato, com o tempo eu acho que a própria magistratura vai percebendo que a adoção do bloco e a incorporação de standards mais protetivos, independentemente de se cogitar de hierarquia, pode levar a uma solução mais protetiva aos envolvidos.

Em síntese, o que eu gostaria de trazer é justamente essa preocupação institucional, a qual acredito que deve estar presente em todos os momentos, especialmente naqueles em que se coloque em discussão a tentativa de reforma dos tribunais brasi-

leiros. Não estou fazendo juízo de valor, e sim tentando trazer ferramentas para que se possa fazer uma análise, que não seja análise a partir daqueles potencialmente envolvidos com a mudança, mas através da consequência institucional que isso pode acarretar para todos aqueles que são usuários do sistema de justiça. Essa, para mim, é a perspectiva mais relevante e a perspectiva que muitas vezes fica em segundo plano nesse tipo de análise. Se for para examinar a partir da perspectiva subjetiva, que então seja sob a consciência de que a perspectiva subjetiva também se encontra no outro lado, ou seja, uma tentativa de mudança muitas vezes tem como interesse, precisamente, de se tentar gerar algum tipo de mudança no equilíbrio político e acredito também ser esta a razão pela qual não se indicam modificações tanto as normais de estruturação do poder judiciário quando está funcionando. Acredito que é esse tipo de discussão que justamente inspira uma análise mais detalhada da independência judicial. Muito obrigado.

Dr. Cristiano Zanin

MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Atualmente, podemos afirmar sem dúvida alguma que a independência judicial é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, tal como a soberania das decisões judiciais. A Constituição Federal, ao normatizar o sistema de justiça, atribuiu aos magistrados uma série de prerrogativas e garantias para que possam desempenhar sua atividade de forma livre e sem pressões ou influências que busquem alterar o processo decisório. Obviamente, os juízes devem dialogar com a sociedade, ouvir as partes e observar, sempre que necessário, a participação popular. É o que faz, por exemplo, quando se realizam audiências públicas ou se permite o ingresso de *amicus curiae* no processo.

Tem-se, portanto, a abertura da interpretação constitucional para a própria sociedade, como nos ensina Peter Häberle. A Constituição Federal já apresenta em seu artigo 2º a afirmação de que são poderes da União independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Neste dispositivo se encontra a base normativa que impõe a todo e qualquer juiz o dever de independência. Ao mesmo tempo em que a independência é um dever, é também um direito, já que o único compromisso do magistrado deve ser com a própria Constituição.

Existe, portanto, o dever de agir com independência. Olhando-se sob outro ângulo, a independência judicial pode ser vista como garantia de todo e qualquer cidadão. Quando alguém vai ao Poder Judiciário, espera encontrar o Estado Juiz independente, a fim de que possa receber um julgamento justo e imparcial com base em provas produzidas de forma lícita e devidamente contraditadas. Notem, portanto, que a independência judicial irradia sua força e importância em diversas direções. Além disso, ela está diretamente atrelada ao princípio dos freios e contrapesos, já que o mesmo dispositivo que trata a independência fala igualmente da harmonia entre os poderes. Essas características são marcantes na nossa democracia, no nosso regime democrático.

É importante que se diga que eventuais tensões entre os poderes não são exclusividade do modelo brasileiro. Em outros modelos constitucionais também são observadas dificuldades, podendo citar Estados Unidos e Alemanha. É justamente sobre essa tensão que se constrói a nossa democracia constitucional. Assim o constitucionalismo e a democracia caminham juntos, garantindo-se que os poderes da República atuem de forma independente e harmônica, respeitando os direitos fundamentais. Atualmente, precisamos lembrar a ordem constitucional do Estado, abrindo-se a evolução do conceito de direitos humanos no plano internacional. Nessa linha, precisamos estar atentos aos tratados internacionais e aos sistemas de proteção dos direitos fundamentais, seja no âmbito regional, seja em horizontes mais amplos.

Destaco sobre o tema que o artigo 5º, § 3º da Constituição Federal, onde se estabelece que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que foram

aprovados em cada casa do Congresso Nacional em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes a emendas constitucionais. Além disso, tratados que versem sobre outros temas e sejam incorporados ao nosso ordenamento jurídico têm força de lei e, como tal, devem ser aplicados. Tem sido cada vez mais comum que, ao julgar casos submetidos ao Supremo Tribunal Federal, busque-se fundamento também nos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Aqui temos o Dr. Rodrigo Mudrovitsch, juiz da Corte Interamericana, algo que seria impensável pouco tempo atrás. Esse diálogo tem fortalecido o papel interamericano de proteção dos direitos humanos. Então, podemos concluir que essa abertura cosmopolita, essa perspectiva internacional, vem do próprio texto constitucional.

Quando o STF faz essa abertura cognitiva para colher precedentes do sistema internacional, está em verdade dando concretude a mandamentos constitucionais. Também não posso deixar de registrar a importância do sistema ONU na perspectiva ora analisada. Tive a alegria e o privilégio, ainda na condição de advogado, de ser um dos autores do primeiro comunicado individual apresentado por um cidadão brasileiro ao Comitê de Direitos Humanos da ONU, em 2016, caso que foi julgado em abril do ano passado e que tratava, dentre outras coisas, da necessidade de se viabilizar um processo justo, imparcial e independente. Ainda, um diploma da ONU que considero muito importante, e também já foi citado aqui pelo Dr. Diego, é o que trata dos princípios básicos sobre a independência do poder judiciário, aprovado no VII Congresso das Nações Unidas, realizado em Milão, de 26 de agosto a 6 de setembro de 1985.

Tais princípios editados pela ONU também constituem um importante norte para a apreciação da observância do devido processo legal perante a jurisdição pátria. De fato, os ordenamentos jurídicos acabam por se entrelaçar com a finalidade de melhor salvarguardar os direitos fundamentais. Não temos dúvida de que os conflitos vivenciados hoje, seja no âmbito mundial, ou regional, ou nacional, não são os mesmos do passado. Embora o pano de fundo possa ser o mesmo, a sociedade complexa em que vivemos agrega outras dificuldades como o uso crescente das redes sociais. Ataques terroristas, poder destrutivo de armas nucleares, crise climática, tráfico de pessoas, conflitos étnicos e religiosos, políticas antimigração e problemas sociais que demandam a concessão de refúgio, apenas para exemplificar, essa nova realidade exige que as Cortes Constitucionais lancem igualmente novos olhares.

O Supremo Tribunal Federal está atento à necessidade de atuar numa perspectiva internacional, alinhado a outros países democráticos e que tem como valor fundamental o respeito aos direitos humanos. Gostaria de lembrar, já me encaminhando para o final, que o STF, no julgamento da ADPF 708, equiparou os tratados ambientais aos tratados de direitos humanos, consolidando a orientação jurisprudencial de diálogo com a jurisprudência recente da corte interamericana de direitos humanos em matéria ambiental e atribuindo a esses tratados a hierarquia supralegal. Assim como precisamos estar atentos ao cenário internacional para uma melhor aplicação do direito, o mesmo pode ser entendido no âmbito da formulação das leis, já que a sociedade é diversa, plu-

ral e marcada por diversas ideologias. Essa é uma premissa fundamental para o fortalecimento da democracia.

A verdade é que o ambiente hermético não mais se sustenta, seja pelo intenso trânsito de pessoas, seja pela mudança no padrão de comunicação, sobretudo com a massificação das redes sociais, conforme mencionei anteriormente. A dicotomia interno e externo não resolve todos os problemas, ganhando força a noção de um constitucionalismo mais aberto e permeado por diferentes ordenamentos jurídicos. Novos tempos com novos desafios. Para exemplificar esse novo momento, cito o transconstitucionalismo entre as ordens jurídicas do professor Marcelo Neves e o cosmopolitismo constitucional tratado por Cass Sunstein, já que ambos abordam questões além de fronteiras. Os problemas internos, no entanto, continuarão a demandar soluções caseiras, sem contudo perder-se de vista o necessário diálogo internacional. Para que essas questões possam ser resolvidas no âmbito interno, é imprescindível que tenhamos instituições fortalecidas, independentes e harmônicas.

É preciso, também, que os operadores do direito estejam atentos ao que acontece no ambiente internacional. Somente assim será possível prevenir ataques à democracia e fortalecer o papel das instituições do âmbito interno.

Dr. Diego Garcia Sayan

EX-MINISTRO DAS RELAÇÕES EXTERIORES DO PERU

Os temas que decidiram tratar neste encontro têm a ver com a democracia. Desafios contemporâneos, juízes de garantia, o que falamos recentemente sobre algo que aparentemente é muito técnico, mas que tem a ver com as funções do Estado e o uso dos recursos públicos. Tudo é uma perspectiva democrática fundamental. Em um contexto em que o mundo está passando, muitas coisas vão em uma corrente diferente, não só em áreas distantes, mas também na América Latina.

Portanto, ter a oportunidade de compartilhar com vocês é particularmente valioso, em um encontro no qual estou muito emocionado, pela consistência, pela presença de magistrados e magistradas de altos tribunais, que expressam uma convicção democrática profunda que é essencial para ser juiz ou juíza hoje em dia no mundo, que é um valor que não necessariamente é compartilhado em todos os países.

Nesse sentido, falar de independência judicial pode soar como óbvio, porque isso tem que existir em uma democracia, mas a realidade contemporânea diz que não necessariamente é assim, que a independência judicial hoje em dia tem problemas em diferentes partes do mundo. Durante os últimos anos tenho sido o relator das Nações Unidas sobre independência judicial, que não é uma função que seja de um juiz ou de uma juíza porque não tem a faculdade de dar decisões que sejam vinculantes, mas tem duas coisas que são muito importantes. Primeiro, receber informações valiosas sobre o que está acontecendo em todo o planeta e a faculdade de poder fazer comunicações aos governos envolvidos quando se vêem ameaças sérias à independência judicial ou à função dos advogados ou procuradoria. Todas essas atividades, por sua vez, não se constroem a partir de percepções subjetivas do relator ou da relatora, mas de ferramentas jurídicas adotadas nas Nações Unidas nos últimos anos, que são relevantes e fundamentais para todos os países.

Irei, então, lembrar cinco principais ferramentas. Primeiro, os princípios básicos sobre a independência da judicatura adotados nas Nações Unidas, ainda em 1985. Segundo, as diretrizes sobre a função dos fiscais de 1990, que é semelhante no sentido de buscar independência para os fiscais em sua função. Terceiro, os princípios de Bangalore, que são os princípios que estabelecem os valores, como integridade, que devem ter os juízes e as juízas, não somente a independência. Quarto, os princípios básicos sobre a função dos advogados. E, por último, algo que aparentemente não tem relação direta, mas que eu insisto em considerar um tratado de direitos humanos, e vou explicar depois porque, que é a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Cinco ferramentas que são absolutamente fundamentais para falar de independência judicial e da função da advocacia.

Nesses anos, eu aprendi muito. Eu aprendi muito da realidade. Eu encontrei situa-

ções em que se chamava ao relator para encontrar um processo de reforma que avance na democracia. Aconteceu, por exemplo, no Uzbequistão, um país que herdava os padrões de funcionamento do Estado do esquema soviético, onde a única coisa que o juiz fazia era repetir o que diziam os fiscais e os fiscais repetirem os informes que enviavam os serviços de segurança. Esse assunto, depois dos diálogos, depois da visita, o presidente se comprometeu que iria mudar e está fazendo essas mudanças, para que exista, ao fim, uma justiça que comece a agir de forma independente.

Ademais, em paralelo a isso, há vários processos que vêm gerando preocupação, os quais não incluem o Brasil, porque estou aqui podendo falar e falando com uma quantidade de informações disponíveis.

Primeiro, destaco uma ameaça severa que hoje há no mundo, que é a do crescente autoritarismo. Este, eu disse em uma conferência, que aqui nos nossos países da América Latina, nas décadas passadas do século XX, começou pelos quartéis, com golpes militares e ditaduras militares que atravessamos em todos os nossos países. Hoje em dia, se corre o mundo e vê Filipinas, Turquia – vou falar da América Latina depois – ou países da Europa, como Polônia, que começam a se liberar disso com as eleições que acabam de ter, há dois dias. Nesse contexto, os propósitos autoritários, todos apontam centralmente à justiça, ao desejo de controle do aparato judicial, a controlar o Ministério Público, os seus fiscais e procuradores. Recordo, por exemplo, que na Polônia havia uma presidenta da Corte Suprema que era independente. E, com isso, o que decidiu o poder político? Recordo que essa pessoa tinha uma idade determinada e, portanto, decidiram por reduzir a idade mínima para justo um ano a menos do que a idade que esta magistrada tinha, para que tivesse de ver-se obrigada a sair.

Claro, a lei tinha um artigo generoso que dizia que o magistrado ou magistrada que o solicite ao presidente poderá ficar mais tempo porém, por óbvio, isso não funcionaria. Na América Latina também podemos citar algumas lacunas democráticas, como a Guatemala, em que temos a esperança de que novos ventos soprem para que as ameaças se dissipem, pois mais de 60 juízes e fiscais que julgaram casos de corrupção estão exilados nos Estados Unidos, sendo ameaçados de morte, assim como mais ataques que estão acontecendo hoje, isso sem golpes militares e sem ditaduras formais.

Então, dentre estas situações, a primeira que apresento, a partir da minha experiência, são as crescentes tentações e práticas autoritárias que hoje em dia são normais. Mais de 300 comunicações enviei como relator a diferentes países sobre casos e situações concretas, não necessariamente fenômenos generalizados, porque havia que responder em vários aspectos importantes. Um segundo assunto fundamental, que concerne a todos, é o tema da corrupção, o crime organizado e o sistema de justiça. Como tema geral, todos sabemos que a corrupção significa o uso de recursos que deveriam ter sido utilizados para a máquina pública, para o bem-estar do cidadão, que se levam a bolsos particulares, obras desnecessárias, sendo um tema que afeta finalmente os recursos disponíveis.

Qual a resposta que tem a cidadania frente aos casos de corrupção e de crime organizado? Ao fim, acaba sendo a justiça onde o estado investiga, processa, e depois do

decorrer deste feito sentença pelas suas devidas razões e se chega a uma sanção. Isto que é mais ou menos óbvio, não estou aqui descobrindo, inventando a roda, e o conecto com a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Não o faço para mencionar um tecnicismo, mas porque isto tem relação direta, fundamental, com a independência judicial. Poderia recordar alguns casos que têm acontecido, na América Latina, entre o Brasil e o Peru, em que investigações sobre casos grandes de corrupção requerem a participação da justiça de vários países de forma simultânea.

Conforme maior a corrupção, ou com envolvimento de crime organizado, essa interação da justiça é fundamental. A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção é um dos tratados mais precisos e completos em estabelecer procedimentos para coisas importantes como o intercâmbio de informação, as extradições e todo tipo de mecanismo de cooperação judicial internacional. Um dos questionamentos que eu levantava para esses casos em que a independência judicial estava afetada é como, por exemplo, havendo uma solicitação de extradição no país B e eu, que estou no país A, quero saber se pode ser concedida pois nesse país há uma justiça independente. Porém, se não há uma justiça eficiente, isso acaba sendo freado - e impede a cooperação judicial internacional, que hoje em dia é essencial para enfrentar e prevenir a corrupção.

O terceiro aspecto fundamental, considerando os objetivos do milênio que estabeleceu a ONU como meta para 2030, é um aspecto que tem a ver também com a justiça e diretamente com a sua independência, acerca do qual foi comentado bastante nesse Congresso, e diz respeito ao acesso da justiça para todos. É um dos objetivos explícitos fixados pela ONU, e deve apresentar resultados concretos até o ano de 2030 no mundo inteiro.

Após uma apresentação sobre o tema em 2021 em uma conferência, verifiquei que existem vários aspectos. Alguns se referem a como podem os pobres chegar à justiça, mas envolve também a administração da justiça e as pessoas que ocupam os cargos judiciais. Um dos temas que tratei como relator, trazendo os princípios básicos das Nações Unidas sobre enfoque de gênero, igualdade de gênero e a presença da mulher nos tribunais e, em especial, nos altos tribunais. Existe um objetivo da ONU que coloca que, em 2030, essa situação deve estar solucionada. Esse tema foi discutido com a presença de juízas de todos os países do mundo, da África, da Ásia, da Europa, da América Latina, e resultava que os problemas de debilidade de acesso da mulher às altas cortes eram e são universais. Por suposto, mais agudos em alguns países, a Índia, por exemplo, é um país que, haja vista a influência cultural, tem um percentual baixíssimo de mulheres chegando a esses locais. Na América Latina, embora não estivesse tão ruim, também existia. Portanto, propus enquanto tema central que, para o ano de 2030, 50% dos cargos nas altas cortes devem ser de mulheres. Já recebi um retorno entusiasmado e estou informado que aqui no Conselho da Magistratura têm havido decisões para impulsionar a presença das mulheres nas altas cortes, e é um tema muito importante.

Primeiro porque a igualdade de gênero é um valor democrático contemporâneo fundamental, depois porque, para quem tem o privilégio de ocupar uma função judicial,

a presença de magistradas no tribunal agrega uma perspectiva muito importante, que é diversa da que nós, homens, possuímos. As mulheres, por sua vez, apresentam muito da perspectiva de gênero para o debate, alcançando resultados diferentes e, inclusive, melhores.

Então, esses temas nos remetem ao essencial, que é, primeiro, a independência. Ela, por sua vez, é um valor que poucos governos e estados no mundo não dirão que sim, no seu país há independência. Isso é universal, o que não é universal é o respeito à independência. Porque, para tanto, tem que haver processos adequados de designação, através dos quais as pessoas que se sintam afetadas por uma conduta equivocada possam fazer uma reclamação, mas dentro das garantias do devido processo.

Em relação aos direitos para os que ocupam funções judiciais, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direito Humanos é estupenda, em aspectos tão importantes como a liberdade de expressão dos juízes e juízas e, em um aspecto central, que é a inamovibilidade da função judicial. Este tema, por sua vez, é muito delicado, uma vez que, em processos de modernização, acabam por remover e mandar para casa todos os juízes e fiscais. Porém, no exercício prático da função pública isso não é assim. Um caso recente que houve no meu país, em que pese a CIDH tenha estabelecido que os fiscais também tem inamovibilidade, ocorreu que entrou uma nova fiscal geral que decidiu mover fiscais e, dentre esses, um fiscal que estava investigando a sua irmã por um caso de envolvimento com o narcotráfico. Então, existe a possibilidade legal de realizar esse ato? Sim, mas deve estar de acordo com os princípios legais.

Portanto, algo que todos já conhecem, os standards e princípios internacionais que são parte do nosso direito também, ainda que não estejam escritos em nossa lei interna, são elementos fundamentais que estão sujeitos à observância internacional das nações unidas e do sistema interamericano. Então, para não me estender mais, trago três conclusões que resumem o que quis colocar agora. Primeiro, o essencial para uma evolução e vigência democrática de uma sociedade é que exista uma justiça independente e uma justiça íntegra. Ainda, os sistemas judiciais independentes são a única garantia que têm os cidadãos, os advogados e advogadas, de que o seu caso, seus pedidos, irão resolver-se de acordo ou em desacordo com o resultado desejado, mas só com base na lei, que é um pouco o ABC de uma democracia, mas não sempre é o que o poder político entende que é a função da justiça. Proteger os direitos humanos é uma obrigação dos juízes e juízas, fiscais e procuradores.

Segundo, deve-se observar com extrema atenção a independência judicial, mas também devem ser considerados os elementos de integridade, que são os princípios de Bangalore, que estabelecem elementos de supervisão e de participação cidadã. Ademais, há uma rede de integridade judicial que tem funcionado, sendo que, nos últimos anos, tive o privilégio de participar desta, e, ainda que pareça um paradoxo, o fato do governo do Qatar ter financiado atividades muito importantes para fortalecer esse conceito de integridade e os mecanismos internos da justiça não torna possível a ingerência do poder político para revisão de casos em que esta integridade possa ter sido posta em

questão.

Por fim, o assunto chave da corrupção e da conveniência, cito que todos os juízes e juízas que tenham relação de trabalho com esses temas, com assuntos de investigação nesse terreno, que procurem saber ao detalhe como funciona a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, a fim de que ela seja entendida quase como uma lei interna, pois é uma ferramenta fundamental. Isso ocorre em especial hoje em dia, em que a corrupção virou crime supra nacional e a pessoa pode estar em qualquer país, sendo necessário o uso da cooperação judicial – conforme também visto no caso da Lava Jato, em que fiscais do Peru vieram para acompanhar os trâmites, a fim de saber como proceder no outro país.

Concluo neste momento, agradecendo a atenção e clamando para que estejamos atentos a essas ferramentas, porque foram construídas em nossa sociedade, são ferramentas que existem e podem ser muito bem aplicadas em diversos lugares. Quando chamo a atenção para determinados locais onde houve problemas, não é com o intuito de generalizar, mas para assinalar que esses temas passaram despercebidos por 20 anos, mais ou menos, e hoje em dia chamam a atenção e podem ser levados à Assembleia Geral das Nações Unidas e à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Então, façamos da independência judicial um princípio central da democracia e sigamos o fantástico processo em que magistrados das altas Cortes do Brasil são impulsores de valores democráticos e podem participar com tanta consistência e com tantos aportes como os que ouvimos sobre nesta fantástica conferência.

Ministro Bruno Dantas

PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

De fato, o Brasil possui uma multiplicidade de instâncias decisórias, o que não significa que exista aquela dicotomia que aprendemos no modelo francês da esfera judicial propriamente dita e da jurisdição administrativa. Entretanto, a construção do direito administrativo brasileiro, como fomos treinados a estudar pelo livro de Eli Lopes Meirelles, aprendendo os elementos do ato administrativo, as funções do ato administrativo, desvio de finalidade e todas as demais teorias, as quais servem para explicarmos essa evolução que não é apenas do Brasil, e sim do mundo inteiro, ainda que por aqui, às vezes, chegue com um pouco mais de atraso, mas isso é absolutamente natural. Gostaria, então, partindo dessas premissas, chegar ao estado da arte que nós estamos vivendo hoje no Brasil. Se nós formos olhar o artigo 70 da Constituição, e a minha perspectiva vai ser sempre a do Tribunal de Contas da União porque, no Brasil, analisando a arquitetura institucional que foi desenhada pela Carta Magna, nós temos o desenho dos poderes, a estruturação das funções de cada um, direitos e garantias fundamentais. Então, quando se trata do poder legislativo, o constituinte originário fez constar no artigo 70 que o poder legislativo realizaria a função fiscalizatória e o faria com auxílio do Tribunal de Contas da União. O ministro Ayres Brito, jurista e professor catedrático, diz que essa expressão “com auxílio do Tribunal de Contas da União” não significa que o Tribunal de Contas da União atua de maneira subordinada ao poder legislativo. Na verdade significa que o Tribunal de Contas da União integra o poder legislativo e o controle externo é realizado pelo Congresso, se não com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

Portanto, é verdade que, no artigo 71, nos múltiplos incisos desse dispositivo, consta dentre as competências a de julgar contas dos gestores, na qual não se está a falar de jurisdição administrativa na acepção francesa, conforme abordado pelo Ministro Vinicius mas sim da jurisdição de contas, que também é invenção francesa. A Cour des Comptes francesa foi o primeiro tribunal de contas a ser criado no mundo, com mais de 300 anos e, atualmente, no Brasil, nosso Tribunal de Contas já possui 130 anos. Vejam que no artigo 71 da Constituição diz que o TCU tem competência para julgar contas de gestores públicos que manejam recursos federais, ou seja, não está aqui estabelecendo uma função auxiliar do Congresso Nacional, até mesmo porque o Congresso não tem poder de julgar contas de gestores.

Vejam, então, que são competências distintas, competências autônomas, mas que se complementam na medida em que o Congresso Nacional, como eu diria, expressão máxima do poder legislativo, faz a fiscalização da administração pública. O seu braço operacional, o poder legislativo no Brasil, tem três casas. Duas casas com todas as funções, função legiferante, função fiscalizadora, e uma casa que é o braço operacional do Poder Legislativo, que tem apenas a função fiscalizadora, não tem a fun-

ção legiferante. Portanto, vemos no artigo 70 uma lista de competências fiscalizatórias para o órgão máximo de controle externo no Brasil, que é o Tribunal de Contas da União. Fala-se de competência para fiscalização contábil, financeira e orçamentária. Essas três funções fiscalizatórias constam desde a primeira Constituição Republicana, em 1891. Todas as Constituições desde a Proclamação da República contêm essas três funções, de forma que o que a Constituição de 88 trouxe de novidade foram duas novas funções fiscalizatórias. Primeira, fiscalização patrimonial, e a segunda e mais importante, fiscalização operacional. O que significa fiscalização operacional? Significa verificar de maneira orgânica políticas públicas que são realizadas pelo governo, pelo poder executivo, e constatar se de maneira global aquela política está funcionando, não apenas seguindo aqueles quatro princípios que regem a administração pública, que constavam lá no texto originário de 1988, no capítulo do artigo 37. Todos vocês sabem, legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. A competência de fiscalização operacional dialoga com um último princípio que foi insculpido no artigo 37 da Constituição, na reforma administrativa de 1998, dez anos após a promulgação da Constituição, que é o princípio da eficiência. Quando se fala de fiscalização operacional, deseja-se verificar se o poder executivo atuou com aqueles quatro princípios que já constavam no 37, mas também com o último princípio, que é o princípio da eficiência.

Aprofundando, o artigo 70 refere que a fiscalização, dentre os cinco tipos que eu mencionei, deve se processar sob três perspectivas. Primeira, a perspectiva da legalidade. A segunda, a perspectiva da legitimidade, que é algo ligeiramente diferente de legalidade, pois nem tudo que é legal é legítimo. Por fim, sobre a perspectiva da economicidade, e guardem esta palavra, porque é dela que vai derivar a principal discussão que houve ao longo dos últimos 50 anos no direito administrativo. Então, sabemos que, ao longo dos últimos 40 anos, consolidou-se no Brasil uma teoria muito forte do direito administrativo, a partir de uma lógica de comando-controle, ou seja, supremacia do interesse público, em que o Estado se coloca como superior ao administrado, tanto que se fala do poder de império da administração pública, os poderes exorbitantes da administração pública. Veja, nesse sentido, que a administração, ao celebrar um contrato administrativo, pode rescindir esse contrato, impor multa na parte que tinha contratado e pode, inclusive, declarar inidoneidade da empresa que havia celebrado o contrato por inexecução contratual.

É muito poder para uma relação que, por definição, precisaria ser horizontal. Portanto, o que se verifica com a evolução dos tempos é que essa lógica verticalizada até fazia sentido no momento em que o Estado possuía pouca intervenção sobre o domínio econômico. Porém, o que quero dizer com isso é que até a nossa Constituição de 88, que é um ponto de abertura, o Estado possuía uma atuação muito profunda na economia, com a presença de estatais, a maioria que tinham monopólios de comunicações, de exploração de gás, de exploração de petróleo, monopólio disso, monopólio daquilo. Então, havia uma intervenção muito forte do Estado na economia e o Estado explorava e prestava todos esses serviços diretamente.

Dessa forma, era absolutamente normal que o Estado, ao contratar uma empresa privada, por exemplo, para fornecer navio sonda, para fornecer satélites, celebrasse aquelas cláusulas do contrato administrativo típico, inclusive com os poderes exorbitantes. Acontece que, a partir dos anos 90, existiu uma modificação estrutural da atuação do Estado na economia, na qual ele passa a compartilhar com o setor privado a intervenção sobre o domínio econômico. O que é que isso quer dizer, Bruno? Isso quer dizer que o Estado, se deparando com a contingência de incapacidade de atuar com plenitude em todos os setores da economia que a Constituição havia lhe concedido, começa a promover o que se denomina a desestatização da prestação de serviços públicos e de exploração de determinadas atividades econômicas.

Assim, os anos 90 são marcados no Brasil pela criação das agências reguladoras, as quais são criadas porque quando o Estado presta diretamente um determinado serviço público e eventualmente abusa na exploração, não há nenhum problema porque o Estado somos todos nós. Entretanto, quando o Estado transfere para para o setor privado a exploração de determinado segmento da economia, ou determinado serviço público, é preciso haver agências reguladoras para que aquele abuso que eventualmente venha a ser praticado, não se torne propriedade de uma empresa privada. Portanto, o papel das agências reguladoras, para além de desenho de mercado, para além de todas as sofisticações que a teoria regulatória impõe, serve para evitar que uma empresa privada que explora um serviço público não se beneficie exageradamente em detrimento da população. Essa é a missão maior de uma agência reguladora.

Por essa razão se fala de modicidade tarifária e de necessidade de eficiência na prestação do serviço público, porque se o Estado, ao prestar um serviço público, falha, na verdade todos nós estamos falhando, e nós nos vingamos nas eleições. É assim que acontece numa democracia, onde a população expressa a sua insatisfação com a má prestação de serviços públicos pelo Estado nas eleições. Mas como fazer quando essas funções são transferidas para a iniciativa privada? Não tem uma eleição para manter ou para afastar uma prestadora, por exemplo, uma concessionária de serviços na área de rodovias. Então, vez que não tem como isso ser feito, as agências reguladoras surgem nos anos 90, quando o ministro Gilmar Mendes era, então, subchefe de assuntos jurídicos da casa civil, sendo após Advogado Geral da União e participou dessa concepção, vez que a importação desse modelo de agências reguladoras para o Brasil foi uma das coisas mais modernas que nós pudemos fazer.

Tanto é verdade que ela existe até hoje praticamente da mesma forma como foi concebida nos anos 90. Claro, tivemos um avanço importante, que foi a lei das agências reguladoras de 2018, mas nessa ainda se manteve a estrutura das agências reguladoras conforme havia sido concebida nos anos 90.

Assim, encaminhando para o final, gostaria de colocar que nesse contexto complexo em que o Estado já não mais se relaciona com o administrado de maneira vertical, imperial, tivemos de nos socorrer, em larga medida, ao direito privado para trazer uma nova regulação jurídica, uma nova regulamentação para essas relações. A necessidade

disso está amparada no fato de que, se a relação não é mais vertical e sim horizontal, era necessário buscar institutos do direito privado para inspirar essa nova dinâmica. Essa transação, por sua vez, sempre foi, dentre os institutos do direito privado, um grande instituto, porque dentro daquilo que nós temos sobre o princípio da legalidade para o indivíduo que tudo é permitido, exceto aquilo que a lei proíbe, quando nós transpomos essa transação para o direito público, nós temos uma barreira. Porque a indisponibilidade do interesse público sempre foi um fantasma que paira sobre a cabeça de todos os administradores públicos, como se fosse sinônimo de inegociabilidade, como se significasse a insuscitabilidade de transação. Como se em um acordo não houvesse inúmeras variáveis que precisassem ser consideradas no momento de colocar numa balança e verificar se aquele acordo obedece os requisitos que eu mencionei, que são da própria Constituição. Legalidade, legitimidade e economicidade. O que é um acordo que obedece a economicidade? É um acordo que leva em consideração o risco judiciário e o tempo que o Estado vai levar até obter aquele bem da vida que deveria ter obtido caso o administrado cumprisse espontaneamente a obrigação que tinha. Portanto, existem uma porção de variáveis que precisam ser consideradas.

Portanto, o que nós procuramos fazer depois dessa década perdida, em que a atuação desmedida de alguns agentes de Estado desequilibrou praticamente toda a atuação estatal, em que houve uma criminalização da vida pública nacional, com consequências gravíssimas, porque trouxe consigo um receio generalizado, um pânico por parte dos gestores públicos de tomar decisões, porque amanhã ou depois pode aparecer alguém nunca antes visto, assinar uma delação premiada e dizer que aquele aditivo de reequilíbrio econômico-financeiro que você assinou foi porque você recebeu um benefício indevido. Então, há um professor argentino que fala do código do fracasso da administração pública, o que se pode considerar que foi o aplicado nesses últimos dez anos no Brasil.

Este código diz em seu artigo primeiro que não pode. O artigo segundo é, se é urgente, espere. O artigo terceiro é, se você tem dúvida, não faça. E o artigo quarto é, sempre é mais prudente não tomar decisão alguma, porque, afinal de contas, você sempre poderá ser responsabilizado por uma ação. Raramente alguém é responsabilizado por uma omissão. Um gestor público, estou falando. Na vida cotidiana, claro que todos nós somos o tempo inteiro responsabilizados pelas nossas omissões. Então, o que nós enxergamos a partir dessa década perdida que tivemos foi que era preciso reconstruir o relacionamento Estado-Estado e o relacionamento Estado-sociedade. De que maneira? A partir de uma compreensão de que esse Instituto da Transação, ele traz embutido, primeiro, um pluralismo, na medida em que ele inclui as duas partes que têm interesse numa mesma mesa para um diálogo. Entretanto, esse diálogo, quando nós falamos de acordos administrativos, transação administrativa, deve ser cercado de determinados cuidados porque, diferentemente da vida privada, o Estado não tem, o agente público, o gestor público, não tem liberdade para fazer aquilo que ele bem entende. Como exemplo, ele não pode chegar em uma mesa de negociação e dizer que vai fechar determina-

do acordo por 50 mil reais porque acha que é o melhor. Não, é necessário possuir estudos, análises, fundamentações para essa tomada de decisão. Deve-se, portanto, colocar todas as variáveis sobre a mesa, discuti-las e concluir que, a partir daquela análise, este acordo é melhor do que esperar que cinco anos se passem.

Então, fecho a apresentação com um pouco da experiência no TCU. Eu assumi a presidência do tribunal agora, em janeiro, e uma das principais novidades que nós criamos foi uma secretaria chamada SecexConsenso, que é a Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos, que serve para liderar pelo exemplo, mostrando que é possível a administração pública celebrar acordos obedecendo esses postulados da economicidade, da legalidade e da legitimidade. Tudo isso é feito numa mesa de negociação em que os auditores induzem, seja o gestor público do ministério, seja o dirigente de agência reguladora, seja a própria empresa privada, a apresentar elementos que mostrem todas as variáveis que estão em jogo para que a resultante seja um acordo. Claro, um acordo pressupõe uma manifestação unânime de vontades. Se uma das partes na mesa discordar, não tem acordo, de forma que a partir dessa consideração sobre as variáveis que estão em jogo e a aquilatação sobre a preponderância de cada uma das variáveis, converte-se em cláusulas o que estava posto e que irá compor esse acordo. Eu dizia ontem no plenário do tribunal que a experiência desta SecexConsenso, na verdade, da forma que nós concebemos, é uma maneira de induzir a administração pública a profissionalizar a negociação dos acordos. O que nós queremos, na verdade, mais do que trazer para o TCU todas as grandes discussões nacionais para que nós façamos os acordos, mas também que as pessoas percebam o que é necessário para que um bom acordo seja celebrado.

A partir dali, então, o governo vai fazer, o Poder Executivo vai fazer, a agência reguladora vai fazer. Talvez casos muito complexos, que envolvam muitas variáveis, muito mais do que essas que nós estamos considerando nos acordos que temos hoje. Atualmente, temos 15 processos sobre solução consensual em curso no TCU, e não queremos passar disso, pois se a administração inteira parar de tomar decisões esperando que o TCU homologue acordos, isso passa a ser um efeito negativo de uma boa ideia que nós tivemos. O que queremos, portanto, é que a administração também faça os seus próprios acordos. Obrigado.

Ministro Vinicius de Carvalho

MINISTRO DA CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

O tema da consensualidade e da justiça multiportas pode ser abordado de diversas perspectivas. Primeiro, de uma perspectiva teórica, na qual se pode fazer essa discussão a partir do debate sobre a origem do direito administrativo brasileiro, principalmente, e as discussões sobre as influências do direito administrativo francês e do direito norte-americano. O Brasil é um país que tem uma característica muito interessante, porque na faculdade de direito, quando em relação aos cursos de direito administrativo, a nossa formação é uma formação muito baseada no direito continental, mas também muito no direito francês. A gente estuda regime de serviço público, poderes exorbitantes da administração pública, supremacia do interesse público. Porém, do ponto de vista institucional, esses conceitos materiais não necessariamente se reproduziram da forma como aconteceu na organização do Estado francês. Nós não temos um Conselho de Estado. O conceito de serviço público, como todo mundo sabe, nasceu na França exatamente para delimitar, dentro de um contexto de transição do Estado liberal para um Estado social, ou depois um Estado de bem-estar social, as funções eminentemente estatais sobre as quais incidiria um regime de direito público, que levaria eventuais conflitos relacionados para a justiça administrativa, em relação àquilo que iria para a justiça comum.

Já no Brasil, ficamos com a parte conceitual, com o regime, mas não com a sua repercussão institucional na organização do poder judiciário e assim por diante. Acabamos absorvendo neste contexto um pouco o modelo americano de judicialização plena e de uma justiça única para resolver os problemas entre o Estado e o cidadão e entre os cidadãos. Como é que isso, durante muito tempo, repercutiu na nossa agenda de solução de conflitos?

Repercutiu exatamente do modo em que o próprio judiciário, que em situações concretas, fazia esse balanço entre o interesse público, sempre como também algo que o judiciário tem que defender, os interesses dos cidadãos e das cidadãs, e definir esses conflitos. Em muitas situações de regime quando se discutia, por exemplo, regime de serviço público, nós tínhamos aquele debate ainda sobre uma série de poderes da administração pública, que normalmente em uma relação entre iguais não se tem, os poderes de alterar os contratos, enfim, de rescindir os contratos, de modificar os contratos e assim por diante, de cancelar até, eventualmente, uma licitação. De outro lado, o privado tinha um princípio, que é bem importante, que é o princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

Acabava sendo com base nesse princípio que o setor privado buscava o tempo inteiro questionar a administração pública e os poderes da administração pública. Bom, como nós não partimos para esse caminho de uma jurisdição administrativa, ficamos afastados durante muito tempo também, e por conta desse regime de serviço públi-

co presente, regime exorbitante, das possibilidades de soluções consensuais. Como nós não tínhamos a jurisdição administrativa, por sua vez, acabávamos reproduzindo uma parte do que seria essa possível jurisdição administrativa dentro do próprio poder executivo por meio de processos administrativos nos quais, com o desenho de uma série de políticas, foram sendo construídos e servindo enquanto instrumentos, inseridos dentro da administração pública.

Vejam que, escolhendo um exemplo que me é muito caro por conta da minha trajetória acadêmica e profissional, a política de defesa da concorrência. Se a gente olhar o modelo dos Estados Unidos, dentro dessa lógica de que não existe um regime de direito público separado do regime de direito privado, todas as questões relacionadas a fusões e aquisições de empresas, a condutas anticompetitivas de empresas e coisas desse tipo, são desafiadas perante o poder judiciário. É o poder judiciário que define. No Brasil, como a gente não tem uma justiça administrativa, mas tem um regime de direito público bem organizado, nós tomamos a decisão de transferir para dentro do poder executivo, quase que criando uma justiça administrativa um pouco ad hoc, esse poder, criando um órgão administrativo como o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) que faz a mesma coisa que o Judiciário americano, investiga e julga as condutas anticompetitivas e analisa os atos de concentração econômica. Assim foi sendo feito em outros diversos lugares, sendo este um modelo que se espalhou ao longo do Estado brasileiro.

Quando começamos a receber esse fluxo decorrente desse novo ambiente que tem se construído relacionado aos acordos, à consensualidade, isso entra um pouco em choque pois cria, de certo modo, uma hipertrofia que tem a ver exatamente com essa discussão da justiça multiportas. Então o que se tem? Uma situação em que os órgãos administrativos vão adquirindo aos poucos esses poderes. O CADE é um exemplo talvez importante inaugural desse processo, onde começaram os acordos de leniência no Brasil a partir dos anos 2000. O primeiro acordo foi celebrado em 2003 e depois tem-se uma série de outros modelos acontecendo, inclusive no próprio judiciário.

Nesse sentido, temos a lei anticorrupção e a previsão dos acordos, dos TCCs e coisas desse gênero ocorrendo também no mercado de capitais na CVM. Com o tempo, conforme será abordado pelo ministro Bruno, o próprio Tribunal de Contas também adotou o seu modelo de consensualidade. Então, esses modelos foram se espalhando. Só que dentro da administração pública, exatamente porque não temos uma justiça administrativa e sim um modelo de ministério público aqui organizado, também com as suas tarefas transversais em relação a todas essas outras agendas, foram criando-se algumas disfuncionalidades que na CGU, assim como no TCU e com a equipe técnica tenta-se resolver.

Essas disfuncionalidades decorrem do fato de que como não há essa relação entre esses órgãos, e há esse princípio que foi ganhando força ao longo do tempo de autonomia das instâncias e coisas desse tipo, cada um vai negociando os seus acordos, muitas vezes relacionados a condutas de competência concorrentes com outros órgãos, só que esses acordos muitas vezes não são e podem não ser reconhecidos pelos outros órgãos.

Cria-se, então, uma série de problemas, como bis in idem e, inclusive, para as pessoas físicas, como segue o exemplo.

A Lei Anticorrupção pode incidir sobre cartéis e licitações, independente se houver corrupção ou não. Porém, essa lei apenas incide sobre pessoas jurídicas, enquanto a lei do CADE incide sobre pessoas jurídicas e físicas, possuindo competência sobre cartéis e licitações, como a CGU. Mas cartel e licitação é crime. Então, o Ministério Público também tem a sua competência sobre pessoas físicas. O que acabou acontecendo na Lava Jato? O Ministério Público desenvolveu uma tese de que ele podia aplicar a lei anticorrupção e punir as pessoas jurídicas porque ele pairava supostamente sobre essas outras instituições. Ele podia ter usado o mesmo argumento, e até tentou, para dizer que também tinha competência para aplicar a lei do CADE. Mas, como o CADE já fazia acordo de leniência há 10 anos, 12 anos, quando o Ministério Público começou a lidar com o tema por conta da Lava Jato, ele não teve condições de fazer esse enfrentamento, como conseguiu fazer com a lei anticorrupção e depois perdeu junto ao poder judiciário quando o TRF da quarta região decidiu que a competência seria, de fato, da CGU. Isso, por sua vez, gerou uma série de conflitos que nós estamos tentando resolver, e acho que tem um caminho trilhado para isso. Para terminar minha intervenção aqui, creio que é importante mencionar que nós avançamos bastante nos últimos meses e, inclusive, tivemos hoje a publicação de um relatório da OCDE que reconhece todos esses avanços recentes do Brasil. Tanto os avanços nas políticas de acordo de leniência, na agenda de negociação, reconhecendo os abusos que foram cometidos nos anos recentes no Brasil, por conta exatamente dessa tentativa de, digamos, usurpação de competências de outros órgãos e eventuais confusões entre o que é ser um juiz, o que é ser um promotor, o que é ser um procurador. Tudo isso vem em boa hora, porque nos alimenta com provocações interessantes e sugestões para que nós possamos avançar. Ainda, temos feito um diálogo muito constante com o TCU para tentar ver se a gente consegue alinhar, por exemplo, a nossa avaliação sobre dosimetria de penas e dosimetria de sanções, de uma maneira geral, para que a gente possa, de fato, fazer com que essa justiça multiportas e os acordos celebrados por um dos órgãos possam ter repercussão positiva e serem considerados sobre os outros órgãos, de forma que eventuais multas possam ser compensadas e a gente possa organizar um sistema, não sei se eu estou sendo muito audacioso em falar a palavra, coeso de enfrentamento da corrupção no Brasil, por exemplo.

Prof. Marilda Silveira

PROFESSORA DO IDP

Agradeço a oportunidade de estar aqui para refletir sobre esse tema. Agradecer o convite ao ministro Gilmar e aos organizadores desse evento. Beira a irresponsabilidade a minha presença aqui nessa mesa, participar de um debate com o presidente do TCU, com o ministro Vinícius, com o Vitor e com a professora Caroline, que também tem uma larga experiência sobre esse tema, é mais do que uma honra, é uma responsabilidade. Diante dessa responsabilidade, eu precisava fazer uma escolha que fosse um pouquinho menos irresponsável e então resolvi descer um degrau para a planície. Para qualquer administrado, seria uma grande satisfação ser julgado pelo ministro Vinícius, pelo ministro Bruno ou pelo Vitor, porque o Sistema U é extremamente qualificado. Eles são pós-doutores nesse tema de conciliação, de consensualidade e em direito administrativo. Mas as pessoas, de um modo geral, moram nos municípios e nos estados. Elas não moram na União, possuindo uma relação pontual com esse ente. Já a relação com os estados e com os municípios ativa ainda dois gatilhos mentais fundamentais que foram trazidos aqui, que é a indisponibilidade do interesse público e a supremacia do interesse público. Funciona mais ou menos igual a gente.

Quando eu estava chegando aqui no IDP, eu entrei no estacionamento e vi uma faixa.

Eu sempre penso na área da saúde em primeiro lugar, mas a faixa dizia café da manhã, almoço e pão com carne. Era oito e meia da manhã, minha vontade de comer aquele pão com carne era uma coisa incontrolável. Oito e meia da manhã, não tem condição. É mais ou menos o gestor, quando pega um processo administrativo e alguém fala para que ele faça um acordo. E a indisponibilidade do interesse público? E a supremacia do interesse público? Como é que a gente faz com isso? Nós tentamos, todos os administrativistas unidos, com muita devoção, alguns mais do que os outros, que vieram para o Congresso Nacional, e depois de muito trabalho ajudaram a aprovar em muito debate a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro com algumas modificações que tentam uniformizar isso. Talvez a LINDB faça um pouco menos de sentido no âmbito do Sistema U, porque é muito regulado e há uma certa resistência com respeito a alguns órgãos de controle, sobretudo nas agências reguladoras. No início, a gente passava meio que doutrinando as pessoas e fazendo cursos e em todo local que íamos sempre se ouvia que a LINDB não se aplica aqui, que aqui há uma regulação específica, uma especialidade.

De fato, ela é muito grande e dentre uma série de questões, há duas que escolhi, que dizem respeito ao artigo 26 e ao artigo 23, mas eu vou falar especificamente de três questões. A primeira é a transação sobre regras de transição. A segunda, a transação sobre sanções que são potencialmente inegociáveis, que é um problema que nós esta-

mos vivendo hoje, porque a nossa lei de inelegibilidade, e aqui eu não consigo falar de qualquer coisa e não trazer um pouco de direito eleitoral, ela atinge a todos os aspectos da vida e quando eu transaciono sobre processo administrativo, eu quase sempre estou afetando a elegibilidade. Devo então dizer que deve ser acrescentado mais um item a sua lista de sanções, porque se esses ilícitos concorrenciais, sobretudo ligados à licitação, forem abuso do poder econômico, também será cabível uma ação ou uma representação que sancionará o agente em multa ou, eventualmente, se ele tiver mandado, em cassação.

Não são poucas as esferas de responsabilidade e em terceiro lugar, então, tem-se aqui um problema do pacto federativo. Quando pensamos em uma lei que traga uma linha mestre, uma coluna vertebral para dizer para o gestor tenha conforto e se concilie, a lei de introdução às normas do direito brasileiro tem essa perspectiva. É muito reconfortante sentar numa mesa em que tem tantos agentes importantes da administração pública que falem da consensualidade com tanta naturalidade, mas isso é assim há pouquíssimo tempo. Para quem é mais jovem e não acompanha essa história, para quem não é do direito administrativo, talvez ouvir a administração pública, sobretudo dos órgãos de cúpula do governo federal falando de consensualidade, faz parecer que é um tema super tranquilo. Eu defendi o meu doutorado há pouco mais de 10 anos, e a minha tese era sobre a necessidade da administração estabelecer regras de transição e poder transacionar sobre essa transição.

Parece que tem 50 anos que a gente estava debatendo isso. O que hoje parece arcaico para a administração pública municipal e estadual, muitas vezes ainda é, mas o objetivo do artigo 26 é dizer para o gestor que a consensualidade não faz parte só do sistema sancionatório, o que é mais comum pra gente. Isso, por sua vez, é tratado de formas diferentes nos órgãos da administração pública até nos órgãos da União. O que isso quer dizer? Que a gente tem três fases dentro do ato administrativo, sendo elas tão importantes umas quanto as outras e que, se cuidarmos dessas três fases, pode ser que a gente não chegue no sistema de sanção. Em alguns lugares essas fases têm regulamentação própria, em outras elas não existem e o agente trata isso como se ele estivesse fazendo advocacia administrativa.

Como é que é isso então? Lá no artigo 26 a LINDB afirma que pode ser feito um acordo ou usar o sistema de consenso, inclusive antes de ter o problema, para poder sanar dúvidas quanto a interpretação do ato administrativo. Então quando a lei afirma que serão solucionadas incertezas jurídicas com um acordo, o que isso quer dizer? Que é a fase 1. Por exemplo, digamos que eu ganhei a licitação do 5G, mas estou em dúvida se eu posso comprar insumo da empresa X. Eu vou simplesmente comprar esse negócio e depois seja lá como for, ou eu tenho alguém para me perguntar? O que a LINDB diz? Ela coloca que a administração pode responder, isso não é advocacia administrativa, isso não é um conluio, isso não é um mal que você está fazendo à administração pública, pelo contrário, é um bem, regulando que podemos transacionar sobre a interpretação das dúvidas que se tem ao longo da gestão do ato e do contrato, para que não se chegue

no ponto de isso gerar um problema. Isso existe em alguns lugares na administração, nas agências reguladoras, no TSE, e até no poder judiciário e na justiça eleitoral existe um sistema de consultas que está passando por reformulações, mas o problema é que temos uma jurisprudência no Supremo Tribunal Federal de que consultas não são vinculativas.

Em relação a isso, precisou a LINDB apresentar em seu artigo 30 a previsão de que as consultas são vinculativas, mas ainda virão alguns órgãos da administração dizer que, para eles, não será legislativa. Nesse contexto, quem também sofre é aquele que tem de lidar diretamente com a administração pública e se sujeita a essas situações. Pelo menos, a lei tem fundamento que permite ao gestor ter conforto para tomar a decisão, o que antes não existia. Na época da minha tese, se a administração quisesse resolver um problema de um ato administrativo nulo, ela só tinha uma solução binária, ou o ato segue ou o ato é anulado. Hoje não se vive mais nesse mundo, na realidade das soluções binárias, nem no mundo em que o agente não tem um fundamento legal para transacionar enquanto o ato administrativo ainda está sendo executado. Além disso, a gente também tem a possibilidade de transacionar quando o processo administrativo está em curso e o problema surgiu. Eu não tenho mais dúvida, eu já tenho um problema. E como é que eu resolvo esse problema? Aconteceu, por exemplo, a pandemia. Eu sei que eu vou parar o sistema de transporte público. Como eu vou fazer para os concessionários continuarem prestando esse serviço se não vai ter ninguém pagando tarifa e o ônibus vai continuar rodando lá zero pessoas?

Eu já sei que isso vai desequilibrar o contrato, pois ficará insustentável seu equilíbrio econômico-financeiro. Porém, como realizar isso? Posso resolver esse problema vendo que ele vai acontecer ou posso deixar para depois? A LINDB diz que pode-se, também, transacionar para tentar evitar a nulidade do ato administrativo ou dano para a administração, mas que é a segunda etapa. Porém, se eu decidi deixar para o momento em que o problema já se instalou, passou a pandemia, as empresas rodaram, não teve reequilíbrio e chegou lá na fase final, a LINDB também apresenta previsão legal, na qual refere que se pode transacionar em caso de nulidade do ato administrativo, de vício do ato ou de dano para a administração.

Restam, então, duas esferas. A primeira é quando eu não tenho responsabilização, ou seja, não estou na esfera sancionatória na qual existirá uma discussão acerca de até onde eu posso transacionar quando eu tenho uma pena que seria inegociável. Quando eu não estou na esfera sancionatória, que é do equilíbrio econômico-financeiro, sendo uma boa parte desses casos que estão no TCU, para conciliação na Secex Consenso, eu só tenho que discutir a economicidade e os termos do acordo, sem me preocupar com a responsabilidade do agente. Em que pese o direito administrativo tenha misturado isso muitos anos, são coisas muito diferentes. O que eu faço com o ato administrativo ou com o contrato e o que eu faço com a pessoa que levou a essa situação. Às vezes, eu vou ter que manter esse ato administrativo mesmo ilegal, porque esse ato administrativo é o que sustenta uma política pública que afeta, por exemplo, um direito fundamental.

Por exemplo, pode-se suprimir uma atividade de dentro de uma comunidade que fornece água, esgoto, ou que está sustentando um determinado barranco que vai desabar porque não teve licitação. Então, não é viável pedir que aguarde, colocando em risco a vida de pessoas, mas quando a licitação estiver finalizada, ou for realizado o processo de dispensa e inexigibilidade pois o serviço já está lá funcionando, devendo depois ser decidido o que se fará com esta pessoa. Nestes casos em que eu não tenho essa pessoa, eu só tenho o ato ou contrato administrativo, a transação não enfrenta esse primeiro problema que eu trago, que é a possibilidade ou a impossibilidade de transacionar em casos em que a sanção para todos os efeitos ou a consequência seria inegociável. Nós estamos passando por esse processo de discussão por conta das inelegibilidades e as suspensões de direitos políticos que decorrem de certos acordos em processos que levam a essas consequências.

Isso ainda não chegou no TCU porque eles estão nos 15 processos da Secex Consenso e talvez não haja nenhum caso que tenha um convênio da União, que são os casos em que o Tribunal de Contas tem competência para julgar processos que levam à inelegibilidade. O que algumas pessoas dizem? Eu não posso transacionar, isso está sendo discutido lá no CNMP por causa da lei de improbidade, que é o mais visível, nos processos em que a consequência seja uma inelegibilidade, porque eu não posso transacionar sobre direitos políticos. Como é que eu vou fazer aqui no Brasil em que uma lei, que até tem uma discussão sobre a sua convencionalidade, mas por enquanto ela é convencional, impõe inelegibilidade a praticamente todos os tipos de processo. Todos os processos administrativos, tribunais de contas, todos os processos administrativos disciplinares, e todos os processos judiciais que levam a alguma sanção de improbidade administrativa ou quase todas as sanções criminais.

Podemos encerrar aqui e afirmar que acabou a consensualidade no Brasil, que não existe mais essa possibilidade. O que me parece? Que há um equívoco de premissa, o qual foi construído quando se propôs o consenso dentro do processo da justiça eleitoral, e quando se discutiu o CPC para fazer os acordos processuais dentro do processo civil, nas situações em que a gente transaciona sobre o objeto do processo, tendo em vista o bem jurídico protegido. É por isso que o administrador sempre acionou o gatilho mental do interesse público e da supremacia do interesse público e a indisponibilidade do interesse público. Porque a gente imaginava que aquele bem jurídico protegido não poderia ser transacionado, se eu desse 10% de desconto eu estava transacionando o interesse público, até que se percebeu que não era isso.

Se eu transaciono um processo administrativo disciplinar que leva à demissão, que pode levar à inelegibilidade, até no CNMP ou no CNJ, em que o próprio pedido de exoneração antes do processo terminar pode levar à inelegibilidade. Eu não estou transacionando a inelegibilidade. Eu estou transacionando o objeto do processo que tem um bem jurídico protegido que é transacionável. A inelegibilidade é uma consequência. A liberdade também não é transacionável. E ninguém discute que eu não possa fazer uma transação no processo penal, que leve à restrição de liberdade. Houve um desvir-

tuamento, alguém perdeu o rumo aí no meio desse caminho, quando a gente parte de uma premissa equivocada, as soluções das premissas, com todo o respeito a quem sustenta esse ponto de vista, também vão ser equivocadas. Então, nesse primeiro ponto me parece haver um equívoco de premissa aqui. No segundo ponto, a LINDB no artigo 23, teve um parágrafo vetado, um dos maiores inconformismos que eu tenho na minha vida.

O artigo 23 permite que a administração pública dê uma solução de transição para os casos de nulidade, mas o parágrafo único permitia a conciliação na transição. E qual o problema de ter se vetado esse parágrafo é que o caput permite que eu coloque transição quando há quebra de expectativa legítima. Ele diz que se a administração te transmitiu uma expectativa legítima, ou seja, ela tinha uma súmula, ela tinha uma orientação geral sobre um determinado tema e ela vai mudar essa orientação geral, você pode estabelecer uma regra de transição. Então, ela vincula a regra de transição a uma mudança de perspectiva da orientação geral. Em tese, ela então não permite que você faça transação com regra de transição. E como eu estou aqui na planície, eu vou dar um exemplo de um servidor público que tem quatro anos uma determinada gratificação que ele recebe irregular e, portanto, ele vai perder porque não tem nenhum tipo de prescrição ou decadência e ele não pode falar de expectativa legítima, nada o salva.

Olhando assim, você fala, gente, tem que perder. Mas foi esse exemplo que me fez um dia escrever uma tese de doutorado. Uma servidora da UFMG que trabalhava no RH tinha uma gratificação a quatro anos. E era irregular. Não tinha como salvar. Mas essa senhora, ela sozinha, a mãe morreu, o apartamento pegou fogo, ela tinha uma filha, uma sobrinha que ela assumiu deficiente, uma vida desgraçada. Eu olhei para aquilo e falei, não é possível, a administração errou quatro anos, agora ela vai transferir para essa senhora o ônus desse erro, da noite para o dia, sem dizer, eu te dou aqui seis meses para você se reorganizar. Era dessa transação que a gente estava falando. Às vezes a suspensão do ato administrativo não tem a ver com a gente que praticou aquele lícito e a gente nunca pensou no destinatário da solução. A solução sempre foi binária, sem assumir para a administração o ônus que era dela. Eu queria falar sobre o pacto federativo além disso, mas a gente não tem tempo.

Então, vou concluir com algo que me parece fundamental. Ontem eu falava para os meus alunos na pós-graduação sobre a mudança significativa que a forma de ver é o poder que a Hannah Arendt fez. Uma mulher na década de 60, uma pessoa extraordinária, como que essa mulher naquele cenário conseguiu fazer uma reflexão tão pertinente. Ela dizia que achamos que ter poder é fazer os outros fazerem aquilo que a gente quer, é impor às vezes a nossa vontade sobre o outro. Porque era assim que as pessoas associavam o poder à teoria do Max Weber, ela diz, não, não, não é assim. A gente tem poder quando as pessoas fazem o que a gente quer porque a gente convenceu as pessoas daquilo, porque elas aderiram àquilo que a gente pensa. Quando a gente usa uma ferramenta que pode ser uma arma, mas pode ser uma caneta, isso não é poder, isso é violência.

Violência, por sua vez, atinge a mesma finalidade do poder, mas é outra coisa. Nesse sentido, como o Vitor disse, a linha mestra, é que eu queria que a gente saísse daqui com uma mensagem. Quando as pessoas saem de um processo administrativo, e o esforço da LINDB foi isso, talvez a perspectiva do Estado tenha de ser que as pessoas saiam do processo administrativo sentindo que elas integraram uma esfera de poder e que elas sofreram o exercício do poder do Estado, ainda que não seja no Estado tão qualificado como o Sistema U. O que não pode acontecer é que elas saiam do processo administrativo ou de um processo judicial com a perspectiva ou a impressão de que sofreram um ato de violência. Muito obrigada.

Victor Fernandes

CONSELHEIRO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA DO BRASIL,
PROFESSOR DO IDP E DOUTOR EM DIREITO DA CONCORRÊNCIA PELA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Inicialmente, para esta apresentação irei passar por quatro pontos rápidos e também abordar qual a experiência de acordos no CADE, assim como os desafios que estão sendo enfrentados, especialmente na política de combate a cartéis em licitação e no final deixar algumas provocações e, talvez, uma perspectiva maior de integração e de coordenação entre as nossas instituições. O ministro Vinícius havia comentado que no último ciclo que passamos a partir da edição da Lei nº 2.846, a Lei Anticorrupção e todos os acordos de leniência que se construíram a partir dela, talvez a tenhamos passado por um ciclo de independência das esferas e eventualmente estejamos precisando caminhar para um ciclo de coordenação das esferas de responsabilização. Possivelmente esta seja a principal mensagem que eu gostaria de deixar aqui hoje.

Inicialmente, a experiência do CADE é bastante inspiradora para todo esse debate, porque foi o sistema brasileiro de defesa da concorrência que realizou a primeira experiência de um acordo de leniência, o que se deu ainda no começo dos anos 2000. Na semana passada, comemoramos no CADE os 20 anos da celebração do primeiro acordo de leniência, à época assinado pela Secretaria de Direito Econômico.

Nesses acontecimentos, é interessante ressaltar que essa experiência de ter um acordo de leniência foi o que inspirou, anos depois, a lei de colaboração premiada, a própria Lei Anticorrupção sendo, então, a experiência mais inovadora na administração pública brasileira, eu diria, de consensualidade. Esse acordo de leniência, na verdade, é um programa de leniência, como a gente chama, sendo mais do que um simples instrumento de consensualidade. Ele é um mecanismo de detecção de ilícitos. Então, esse é um acordo que, na verdade, assim como a colaboração premiada, que vai aparecer no direito criminal anos depois, ele é um meio de obtenção de prova, principalmente. Este, por sua vez, foi pensado principalmente para causar uma instabilidade nas práticas de cartel pois quando você tem um cartel e os seus participantes estão participando dessa conduta, cria-se uma instabilidade ao trazer a possibilidade de que o primeiro membro desse cartel denuncie, entregue todo mundo e obtenha alguns benefícios, principalmente uma imunidade na esfera administrativa.

O acordo de leniência do CADE, ainda, é também uma experiência muito exitosa em termos de colaboração, porque desde esse primeiro acordo feito nos anos 2000, o Ministério Público passou a assinar o acordo junto com o CADE e junto com a Secretaria de Direito Econômico, gerando para os signatários do acordo imunidade administrativa para a pessoa jurídica, para a pessoa física e imunidade criminal para as pessoas físicas. Então, ele acaba se tornando um acordo extremamente exitoso. Agora, é claro que ao

longo desses últimos anos o CADE trabalhou muito para solidificar esse programa, buscando desenvolver guias orientativos, com diversas práticas consolidadas para assentar alguns dos pilares desse programa, dentre estes clareza, a fim de estabelecer compromisso de ambos os lados, a credibilidade da autarquia que foi se solidificando ao longo dos anos, confidencialidade, contexto e estabelecimento de uma cultura de cooperação que fomenta a leniência.

Ademais, além do programa de leniência no CADE, também possuímos um outro instrumento de justiça negocial, que é o Termo de Compromisso de Cessação, o chamado TCC, o qual é utilizado justamente para aqueles casos em que o CADE já tem conhecimento da ilicitude. Então, já existe uma apuração em andamento dessa conduta, mas as empresas ainda assim podem recorrer ao CADE para fazer um acordo. Assim, esse instrumento pode ser utilizado tanto para ampliar a instrução do processo, caso esse TCC seja negociado durante a instrução do processo, ou ele pode ser utilizado como um simples instrumento de abreviação do processo, como um simples instrumento de transação na hipótese de a investigação já ter sido concluída e o caso já estar prestes a julgamento.

Esses são, em breves linhas, os princípios gerais desses acordos. Em resumo, possuímos um acordo de leniência, que é para o primeiro agente criminoso que delata os demais, entregando os demais membros do cartel, e para todos os seguintes temos um termo de compromisso de cessação que pode ou não envolver uma colaboração probatória a depender do estado do processo em que ele for celebrado. Mas o que eu queria de fato conversar com vocês hoje e compartilhar com o painel é um pouco o espírito do tempo que nós, autoridades de defesa da concorrência, estamos vivendo em matéria de políticas de leniência. Nos últimos anos tem havido um decréscimo muito significativo das aplicações de leniência no mundo, ou seja, a gente tem cada vez menos empresas procurando as autoridades de defesa da concorrência para celebrar acordos de leniência.

Nos países da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), que é um fórum muito importante na área de defesa da concorrência, houve uma redução de 65% das aplicações de leniência, ou seja, dos casos em que um participante de um cartel procura autoridade para entregar o conluio. Isso é um fenômeno mundial, verificado em todos os continentes, existindo uma série de razões que se tentam localizar por trás dessa redução. Uma das possíveis razões talvez seja o tempo de implementação desses programas de leniência na maior parte do mundo. Talvez o fato da maioria dos países ter aderido a esses programas no começo dos anos 2000 tenha gerado em algum momento um certo platô de aplicações de leniência, com uma possível dependência excessiva da leniência por parte de algumas autoridades. Esse é, portanto, um desafio que as autoridades têm que ter, pois caso as autoridades confiem muito num programa de leniência e não implementem outras ferramentas de investigação, isso pode acabar desestimulando a aplicação de novos acordos. Até porque os participantes do cartel se sentem menos expostos a uma investigação, havendo, ainda, risco de san-

ções criminais e riscos de reparação privada. Por vezes, quando esse agente procura a autoridade para entregar um cartel, ele não considera o fato de que pode estar exposto a outras esferas de responsabilização. Dessa forma, este é o primeiro ponto que eu gostaria de aprofundar e trazer de reflexão para o caso brasileiro.

No Brasil, conforme se verifica, vive-se um fenômeno muito parecido. Em 2017, quando iniciamos, o nosso país chegou a assinar 21 acordos de leniência, número este que vem reduzindo significativamente nos últimos anos, de forma que em 2022 foi celebrado apenas um acordo. É evidente que estes números não significam por si só que o programa de leniência seja menos interessante ou menos efetivo. No caso brasileiro, em específico, possuímos uma certa distorção nestes números, pois em 2017 e 2018 houve a assinatura de 18 acordos que já estão públicos no âmbito da Operação Lava Jato, o que de certa forma inflaciona um pouco os números desses dois anos. Mas, por outro lado, entendemos que isso também pode ser reflexo de uma tendência global.

O que nos coloca numa situação muito particular e muito desafiadora é de entender, não apenas os membros do CADE, mas todas as autoridades de defesa concorrência no mundo, incluindo a próprio OCDE, de entender quais são os próximos passos para a gente solidificar ainda mais esses mecanismos de detecção de novos ilícitos que são tão importantes para a gente. Da perspectiva do CADE, acredito que esta seja uma discussão central, dado o fato de que o combate a cartéis e licitação é a principal missão do sistema brasileiro de defesa da concorrência, sendo a infração que gera maiores efeitos negativos para a sociedade, vez que impacta tanto do ponto de vista do comprador público, do órgão público que é alvo daquele cartel em licitação pública, mas também na sociedade como um todo, considerando que existe um repasse de sobrepreço para toda uma cadeia de consumo que é afetada.

Aqui, resta demonstrado o instrumento típico da atuação sancionatória, do papel do CADE aplicando o direito administrativo sancionador, impondo multas e outras penalidades não pecuniárias ao final de um processo administrativo. Mas o que eu queria, e essa é a principal mensagem talvez da minha arguição, é dizer que nós vivemos hoje, e isso já foi até tangenciado pelo ministro Vinícius, um momento de repensar e aprimorar as nossas cooperações institucionais. Porque há uma sobreposição muito clara de esferas e de regimes sancionadores múltiplos em relação aos cartéis. Se pararmos para fazer uma análise de todo o ordenamento jurídico, podemos verificar que possuímos um total de nove atos infracionais relacionados ao mesmo conjunto de fatos de um cartel e licitação.

Porém, deve ser questionado o porquê de possuímos nove atos infracionais? Porque, a sobre a perspectiva da esfera da administração pública, da esfera do direito administrativo sancionador, nós teremos a Lei de Defesa da Concorrência, artigo 36, parágrafo 3º, nós teremos a Lei Anticorrupção, que é aplicada pela CGU, nós teremos a Lei de Licitações Públicas, que pode ser aplicada pelo Ministério Público ou pelo próprio Tribunal de Contas da União. Isso só na esfera administrativa. Porém, tanto a Lei de Defesa da Concorrência quanto a Lei Anticorrupção impõem, além da responsabilidade adminis-

trativa, do direito administrativo do sancionador, a reparação do dano. Então, nós temos a reparação do dano sendo trazida pela Lei de Defesa da Concorrência, que inclusive muito recentemente no final do ano passado foi alterada pela lei 14.407 de 2022, para se dizer que esse dano agora tem que ser reparado em dobro. Há, dessa forma, a reparação em dobro por esta legislação, a reparação integral pelo regime da Lei Anticorrupção e ainda a própria Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União apresentando a ideia de reparação integral do dano ao erário.

Portanto, esse agente econômico necessariamente estará sujeito a uma reparação, pelo menos a duas ações judiciais, uma do CADE ou do Ministério Público, que é legitimado para a propositura dessa ação, outra da Advocacia Geral da União ou mesmo das Procuradorias Estaduais e ainda a reparação perante o TCU, havendo, ainda, a responsabilização criminal das pessoas naturais envolvidas. Do ponto de vista das pessoas naturais, a gente ainda vai ter o próprio crime de cartel, conforme a Lei 8.137 de 1990.

Em relação à esfera criminal, o Código Penal tem uma disposição específica sobre fraude em concorrência, assim como a própria Lei de Licitações, na parte que não está revogada, tem um crime específico, que é o crime de fraude em licitações públicas. Tudo isso sem falar da Lei de Improbidade Administrativa. Então, se colocássemos aqui a Lei de Improbidade Administrativa, que não é bem responsabilidade administrativa, nem bem judicial, enfim, é uma natureza jurídica singular, a gente teria um décimo ato infracional. Dessa forma, parece muito claro que, diante dessa situação, é preciso que os órgãos de controle, o Ministério Público, o Tribunal de Contas da União, estabeleçam cada vez mais uma cooperação institucional para agirem conjuntamente e até mesmo preservar os incentivos da aplicação dos próprios programas de leniência, que trazem o conhecimento dessas ilicitudes aos órgãos públicos.

Para finalizar, um bom exemplo de uma iniciativa muito exitosa que se construiu nesse sentido é justamente o Acordo de Cooperação Técnica que foi celebrado em 2021 entre o Supremo Tribunal Federal, o Tribunal de Contas da União, a Controladoria Geral da União e a Advocacia Geral da União. Essa talvez seja uma primeira grande experiência no Brasil daquilo que a gente chama de um balcão único ou um balcão coordenado para acordos de leniência. Por uma infelicidade, esse acordo de cooperação técnica não foi assinado pelo CADE nem pelo Ministério Público. Especificamente, a segunda ação operacional desse acordo estabelece que o acordo de leniência agora ele vai começar na CGU e a AGU faz uma estimativa do valor do dano, sendo então encaminhado para o Tribunal de Contas da União, o qual, em 90 dias, vai se manifestar se adere ou se não adere àquela estimativa do dano. Se o Tribunal de Contas estiver de acordo, ele inclusive já encerra as investigações em curso no Tribunal de Contas da União sobre aquelas empresas. Devolve o acordo, é efetivamente assinado e já gera efeitos na esfera CGU, AGU, TCU. Esse mesmo acordo de cooperação técnica ainda veio regulamentar uma outra medida que é super importante, que é o compartilhamento de documentos. Porque o que muitas das vezes acontecia é que se você apresentasse um determinado documento perante um acordo de aliança em uma determinada esfera, você poderia estar sujeito

a que essas provas fossem utilizadas em outra. Para coordenar isso, o acordo também dispõe que, após a celebração do acordo, a CGU-AGU compartilha os documentos com o TCU, sempre mediante o compromisso de não utilizar esses documentos contra a empresa colaboradora. Ou seja, tentar fazer uma lógica de não tornar aquilo um caminho sem volta e uma retaliação para a empresa colaboradora.

Finalizando, e aqui eu acho que a gente ainda tem muito a aprender com os penalistas, pois eles possuem uma discussão teórica muito mais profunda sobre essa questão, mas o acordo de cooperação técnica estabelece também o princípio do não bis in idem. Acredito que nesse ponto há uma discussão teórica profunda, especificando o que é bis in idem objetivo, subjetivo e, ratifico, há muito disso a ser aprendido com os penalistas. Porém, o Acordo de Cooperação Técnica coloca que a celebração do acordo de leniência extingue a pretensão punitiva, bem como admite-se a possibilidade de compensação entre valores e rubricas da mesma natureza jurídica relacionadas aos mesmos ilícitos sancionados nas diversas esferas de responsabilização.

Essa é uma disposição principiológica, claro que implementar isso não é fácil, considerando que esses processos são muito complexos e que a própria atuação de cada uma dessas esferas é multivalorada. Então, na CGU temos casos que são fraudes à licitação, mas ao mesmo tempo existe um ilícito de corrupção, que pode ter algum outro tipo de fraude envolvida. Então, é muito difícil implementar isso na prática, mas é uma sinalização importante que foi trazida nesse acordo. Então, feitas essas observações, acredito que a principal mensagem que eu queria deixar e eu acho que essa mesa exerce um papel fundamental nesse diálogo acadêmico institucional, é que talvez nós precisamos sair da era ou do ciclo da independência das esferas para caminhar para um ciclo da coordenação das esferas de responsabilização. Acho que essa é a mensagem que a gente queria deixar. Muito obrigado.

Ministro Jorge Messias

MINISTRO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

Inicialmente, acerca do tema, gostaria de colocar que a questão da degeneração constitucional na América Latina também precisa ser observada a partir de outras lentes. Nós, aqui no Brasil, como a Advocacia Geral da União, estamos comprometidos em fazer o nosso papel para a garantia da estabilidade institucional e a prevalência da nossa Constituição. Eu gostaria, antes, de fazer uma reflexão do ponto de vista histórico, para tentar explicar essa perspectiva que trarei. Vivenciamos no último quarto do século passado, um processo de democratização localizado aqui na América Latina muito forte com fenômenos de redemocratização, participação popular, de construção ou de resgate de constituições, como aconteceu aqui no Brasil com a Constituição de 88, que acaba de completar 35 anos.

Infelizmente, nos últimos anos, nós temos visto um processo de regressão desse avanço democrático, e aqui é o que está colocado para a nossa discussão. Eu queria trazer duas causas para refletirmos em conjunto, que para mim, acredito que devam ser aprofundadas como debate, que podem estar aqui levando a este processo de degeneração constitucional na América Latina, e eu preciso dizer que não só na América Latina, mas todo o globo hoje, o mundo ocidental, vive, de certa forma, um processo de discussão a partir do aumento do extremismo, e vou colocar aqui para não ficar limitado a um campo político.

Eu, antes de mais nada, preciso dizer que uma das questões que me chama a atenção nessa discussão é a questão econômica, da qual esse fenômeno não pode ficar dissociado. Nesse sentido, por que eu coloco a questão econômica? Bom, nós vivemos a crise de 2008, que pra mim foi o ponto mais agudo do fenômeno da desregulamentação, do fenômeno do neoliberalismo que o mundo viveu nos últimos anos, que essencialmente trouxe um processo de redução do estado do bem-estar social. Esse estado do bem-estar social, que foi em grande medida propulsor, no último século, dos avanços constitucionais na direção do avanço dos direitos sociais, do avanço das garantias constitucionais, que em grande medida foram, aqui no Brasil, incorporadas na nossa Constituição de 1988. O que acontece após 2008, e é um fenômeno que se dá em toda a América Latina, não é só no Brasil, deve ser visto enquanto um processo de precarização das relações de trabalho e de acesso aos direitos sociais.

Isso, por sua vez, leva a que as pessoas passem a não se olhar mais na constituição. Bom, eu tenho uma constituição que ela é para quem está com guarda-chuva na mão e uma outra constituição para quem está com a enxada nas costas. Essa é a grande realidade. Nesse cenário, como pedir para um jovem trabalhador de 18 anos que está em cima de uma bicicleta alugada de um banco, com uma caixa de isopor, com sol na moleira - como diz na minha terra -, sem acesso a qualquer direito social, à seguridade social, à

previdência, a nenhum seguro, trabalhando 18 horas com o sol a pino, que deveria estar na faculdade, em uma universidade, estudando, que ele se enxergue na Constituição.

Então há uma desconexão entre as promessas que o constituinte de 88 fez da realidade do povo. Essa alienação constitucional tem uma razão e a gente precisa discutir a fundo a razão que levou a tudo isso. Há uma mãe preta periférica que vai dormir sem saber se vai acordar porque pode ser alvejada por uma bala perdida, vinda muitas vezes das forças de segurança pública que deveriam defender essa família e que não sabe se vai ter emprego no outro dia, e como essa senhora se enxerga na nossa constituição? Essas questões precisam ser discutidas. Então, na minha perspectiva, há um descolamento das promessas da constituição em relação àquilo que o povo vive e sente no seu dia a dia. Esse desalento, ele não passa despercebido. Então quero chegar num ponto que colabora para o processo de degeneração constitucional, que é o fenômeno do populismo, porque os líderes populistas capturam esse sentimento de desalento das pessoas da pior forma possível.

Como isso se sucede? A mobilização do extremismo a partir da ação populista canaliza todo este sentimento de alheamento, de representatividade daqueles direitos sociais que a constituição prometeu para toda uma sociedade e mobiliza como um atrativo para essas pessoas para a causa extremista, para o populismo. O “supremo é o povo”. Então, a animação das massas a partir de uma ausência de identificação com aquilo que a Constituição originalmente prometeu entregar, na minha perspectiva, salvo melhor juízo, é uma razão que deve ser muito aprofundada. O que eu gostaria de trazer, que o ministro Salomão apresentou na sua fala inaugural, que é o fenômeno da desinformação. Vivemos, também, nos últimos anos, principalmente nas últimas duas décadas, um processo de transformação radical na forma de comunicação, de informação e de seu fluxo ao redor do globo. O custo de transação da desinformação é muito menor. O cuidado que se tinha antes do ponto de vista comunicacional a partir dos grandes e sérios veículos de comunicação hoje virou pó, porque o fenômeno de comunicação a partir da utilização das grandes plataformas digitais, transformou pessoas então desconhecidas e sem grande acesso ao público, em comunicadores.

Porém, o que isso significa na prática? Isso representa que o custo da desinformação também diminuiu. Antigamente havia as crônicas, os artigos científicos que existia um grande cuidado editorial para levar ao público um debate de qualidade acerca dos mais variados temas. Hoje em dia, qualquer pessoa pode se tornar um palpiteiro em relação a qualquer tema. Na pandemia, por exemplo, vimos pessoas alheias tornarem-se experts em Covid, e esse fenômeno persiste. Em 24h achamos especialistas sobre qualquer coisa e qualquer tema. Em que pese haver um aspecto positivo, o que não se pode negar, esse processo de difusão de comunicação e de desinformação age também enquanto um catalisador para o extremismo, para o populismo, e solapa as bases constitucionais. Agora, reparem que a revolução da comunicação, que possui um aspecto positivo, veio no bojo de um amplo processo de desregulamentação, pois a nossa legislação não deu conta de acompanhar a evolução desse fenômeno. Surge então, a partir da minha pers-

pectiva, a necessidade do Congresso Nacional discutir um novo marco legal, a fim de que a legislação possa acompanhar e apresentar à sociedade as respostas de uma forma eficiente a esse recente fenômeno. Isso se faz especialmente necessário pela razão de que a desinformação tem animado as bases extremistas e populistas em toda a América Latina, atuando enquanto um ímã do processo de degradação constitucional. O cenário que acompanhamos no processo eleitoral do ano passado, em que o próprio sistema eleitoral, a partir desse método, passou a ser questionado, ocorre exatamente nessa ausência de regulamentação. Nós hoje estamos aqui com a democracia hígida e inabalada graças, primeiro, eu preciso dizer, à atuação do Tribunal Superior Eleitoral, que garantiu um processo constitucional e que enfrentou, teve a coragem de enfrentar o fenômeno da desinformação sistemática que aconteceu no ano passado, devendo também reconhecer que o Tribunal Superior Eleitoral teve a coragem de fazer, mas não sem questionamento, porque efetivamente nós precisamos de uma legislação que dê conta do processo eleitoral. A resolução foi um passo importante, mas não é suficiente.

Está no Congresso hoje uma legislação, que no meu entendimento é uma legislação importante e que deve ser apreciada por esta Casa, que dá efetivamente ao Estado, ao poder executivo, ao judiciário, à sociedade, instrumentos para combater o processo das fake news. A realidade é que tudo isso, explorando um pouco o que o próprio professor Abbud colocou, o processo de corrosão da confiança da sociedade nas instituições leva a degeneração constitucional. Porque a sociedade passa a não se reconhecer mais nas instituições. Mas em razão do que isto passa a acontecer? Vamos entender. Primeiro, nós temos que compreender a questão econômica e segundo, a questão comunicacional. Nós vivemos nos últimos anos uma política de cercadinhos, que fez muito mal ao país, de forma que todos os dias se tinha uma crise institucional. Conforme descrito na Constituição, os poderes devem ser harmônicos entre si, e é dever de todo titular de poder trabalhar para a harmonia entre os poderes.

Nós não podemos achar normal que a geração de crises periódicas e sistemáticas entre poderes vai levar o país a um bom lugar. Nos últimos nove meses, nós temos trabalhado incansavelmente de forma harmônica entre os poderes, respeitando os espaços institucionais de cada poder, dentro de um diálogo institucional de alto nível, o que já traz frutos importantes para o país. Nós tivemos, a partir dessa nova perspectiva, a condição de aprovar no primeiro semestre um novo marco fiscal, a primeira fase da reforma tributária, que trará estabilidade econômica para o país. Estamos confiantes que vamos aprovar a reforma tributária no Senado e, se voltar a Câmara, também a Câmara ainda este ano. Isto abre para toda a sociedade uma condição extraordinária de desenvolvimento econômico. Estamos, a partir desse novo momento, e para tanto trago um dado que é muito significativo, o senhor colocou, ministro Salomão, nos últimos anos a Suprema Corte foi extremamente tensionada, porque ela foi chamada a falar sobre tudo praticamente. Hoje, nós tivemos uma redução da ordem de mais de 50% do número de ações constitucionais apresentadas perante a Suprema Corte questionando políticas públicas e normas federais.

Vê-se, portanto, que há claramente um distensionamento e isso permitirá que a Suprema Corte se debruce sobre questões importantíssimas para que possamos trazer segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade para a sociedade, para os agentes econômicos e que isso seja aproveitado por todo mundo, toda a sociedade. Então, deve-se pensar em um modelo econômico que inclua o povo, um desenvolvimento econômico que inclua o povo, que o povo possa se reconhecer na Constituição, que as promessas do constituinte sejam cumpridas em relação aos direitos sociais, habitação, saúde, educação, saneamento, transporte. Precisamos de uma legislação que avance no processo de regulamentação das Big Techs, que se utilizam do fenômeno da desinformação. Acerca deste, devo dizer que, enquanto modelo de negócio, a desinformação passou a ser um modelo altamente rentável frente ao qual a sociedade não encontra mais formas de reagir de forma efetiva. Porém, para isso, precisamos de governos, precisamos de titulares de poder comprometidos em cumprir a Constituição, principalmente na perspectiva de trabalhar em harmonia, respeitando os limites de cada poder, entendendo esse sentimento, que é algo que não é tão simples às vezes, mas o diálogo institucional ajuda a refinar esse olhar, essa oitiva, de que determinadas matérias precisam ser melhor discutidas e debatidas dentro de um contexto da sociedade.

Em relação a estes devo dizer que isso tudo, hoje, acaba sendo muito mais complexo por vivermos em uma sociedade de risco global, na qual contamos com riscos sanitários, climáticos e políticos. Há 15 dias estamos diante de uma das maiores crises no Oriente Médio que o mundo já viveu. Estamos há quase dois anos numa guerra rústica, no leste europeu, que afeta a todos nós. Afeta a forma como produzimos alimentos, afeta o fornecimento de fertilizantes, encarece o preço da nossa alimentação, e com as quais temos de lidar. Temos que enfrentar riscos climáticos que antigamente nós não tínhamos e que hoje se tornam cada vez mais desafiadores de serem previstos, inclusive pela nossa tecnologia. Seca no norte, chuva no sul. Como dar conta de tudo isso? Riscos sanitários. Vivemos há pouco uma pandemia. Então, eu quero dizer que mesmo que nós façamos a nossa parte, nós ainda sim estaremos correndo risco. E esse risco, ele pode ser apropriado de uma forma muito maliciosa pelo extremismo, por líderes populistas, para mobilizar afetos da população, para levar temor à população, que pode ser capturado da pior forma possível, que é colocando o povo contra a constituição. Vê-se que o que vivemos há pouco tempo foi exatamente isso. Sem mais delongas, agradeço por oportunizar este momento tão rico de discutir dentro do sistema de justiça com atores empresariais, com setores importantíssimos para a sociedade, para a economia do nosso país. Esses processos tão difíceis de serem discutidos, mas não poderiam ser discutidos de forma melhor como nós estamos discutindo aqui no ambiente acadêmico, que é o ambiente próprio, que é o ambiente da liberdade das ideias, que é o ambiente do pluralismo. Então eu deixo aqui a toda organização do evento, aqui na pessoa do professor Carlos Ivan, da Fundação Getúlio Vargas e ao ministro Gilmar Mendes do Instituto Direito Público de Brasília, o IDP, o meu agradecimento pelo acerto da iniciativa, já está na sua 26ª edição.

Prof. Georges Abboud

PROFESSOR DO IDP

Quando fui convidado para compor essa mesa e trouxeram o tema da democracia e degeneração, fiquei muito contente, pois gosto muito do tema, mas minha fala será bastante objetiva, haja vista o adiantado da hora. Neste tema, muito se fala da palavra degeneração, sendo uma tradução muito utilizada pela dogmática alemã, havendo, ainda, um duplo sentido sobre isso. Escrevi parte da minha livre docência sobre isso, e é um tema que, inclusive, produzi um texto sobre.

Inicialmente, qual é o duplo sentido que possui a palavra degeneração? A degeneração, ela vem desde o debate, na época do nacional-socialismo e do nazismo, porque aquilo que era contra os ideais do nazismo, os nazistas rotulavam como degenerado. Então, havia a chamada arte degenerada, a literatura degenerada, conceitos de artes e de literatura como degenerados e, posteriormente, a história analisando aquele período, reportando como um período de degeneração. Há, inclusive, um livro clássico denominado O Direito Degenerado, de um dos maiores juristas que analisaram aquele período, Bernd Rüthers, que trata muito bem disso.

Prosseguindo, verificamos que essa palavra degeneração é uma forma, uma palavra metodologicamente utilizada para compreendermos os ataques que o constitucionalismo vai sofrendo, pois a função histórica desse ramo é controlar, racionalizar o poder, ou seja, é como se ele fosse um histórico antagonista de uma ideia de absolutismo. Quanto mais constitucionalismo se tem, menor é o espaço para o desenvolvimento do absolutismo, assim como dos demais poderes que encontram menos limites, como a autocracia. Este, portanto, é um conflito bastante frequente que, a depender do pesquisador, ainda vai falar de constitucionalismo abusivo, democracias fragilizadas.

Esse fenômeno vem sendo estudado no mundo inteiro, em que depois de uma segunda metade do século XX, onde democracias condicionais foram se consolidando no período pós-bélico, ganhando força, também foram sofrendo ataques em modalidades bastante distintas em diversos lugares do mundo. O Brasil, por óbvio, enquanto uma democracia mais recente, se comparada às democracias tradicionais europeias, é uma democracia mais frágil nesse aspecto. E o que a metodologia da degeneração fala? Ela é bastante interessante.

Ela coloca que, normalmente, quando ocorrem os mecanismos de degeneração, ou quando se começa a haver determinadas tentativas de apodrecimento institucionais, eles passam imperceptíveis para boa parte de quem os observa, o que pode ser comparado àquela metáfora que diz que se enxerga a árvore, mas não a floresta. O que quero dizer com isso é que, na minha visão, vivemos hoje uma tentativa de degeneração de alguns aspectos das nossas instituições. Muitas pessoas já estão atentas a isso e tentarei explicar qual é esta degeneração que temos que tomar cuidado.

A Constituição Federal Brasileira completou 35 anos. A minha editora pediu um texto, estou produzindo um texto aos 35 anos. Quando ela completou 25, ela também pediu um texto, e eu fiz um texto para a RT. Eu falei da Ópera dos 3 Vinténs, naquela ideia de que quando ela nos beneficia, é a salvadora e depois a atiramos pedra nela. Porém, de um tempo pra cá, o que tem havido, na minha visão, de uma certa degeneração? Acredito que as críticas institucionais, que são sadias em qualquer instituição de qualquer um dos três poderes, passaram a ser paulatinamente degeneradas na transformação de uma instituição em um inimigo ficcional por uma parcela da sociedade. Nisso, me refiro ao Supremo Tribunal Federal.

Nisso, refiro-me a uma frase, que é um slogan muito repetido hoje, e que eu acredito que boa parte das pessoas que o repetem não saiba de onde ele vem, que é “Supremo é o povo”. Essa frase, por sua vez, possui origem histórica, vindo lá do período da degeneração, sendo uma frase adotada pelo nacional-socialismo, que na época se dizia que suprema era a comunidade do povo alemão. Ou seja, essa é uma frase bem complicada.

Inicialmente, sempre que ela é usada é para referir algo negativo do Supremo, nunca para exaltar alguma decisão. Nas últimas ocorrências, sempre que se usou “Supremo é o povo”, foi possível verificar que estavam querendo dizer que o STF extrapolou sua pauta ou fez algo que não deveria ter feito. E por que ela é uma frase daquele período? Porque ela possui um apelo contundente, obviamente um apelo popular, com algo que o constitucionalismo estuda há muito tempo, que é o uso estratégico da palavra povo, ou o uso estratégico da retórica povo. Tanto que existe até um livro traduzido de um grande constitucionalista alemão, Friedrich Müller, que é uma pergunta “Quem é o povo?”. Isso pois a crítica em relação ao Supremo, com o slogan de que Supremo é o povo, nos faz a grande pergunta de quem é o povo?

Na época do nacional-socialismo todos sabemos qual o “povo” a que se refere, mas quem é o povo quando eu uso essa frase para dar uma enquadrada no Supremo? Porque essa frase ela voltou a voga agora quando o Supremo decidiu a questão do marco temporal e a pergunta é, portanto, comunidades indígenas quilombolas são ou não são povo? Porque a crítica ao Supremo veio nesse slogan, de que o Supremo julgou mal, julgou contra o povo, de que Supremo seria o povo. Ainda, outra decisão recente que gerou o mesmo slogan em tribunas parlamentares e no debate da esfera pública brasileira foi em relação ao julgamento do Supremo da política de drogas no Brasil.

Com isso, a população preta e pobre que é encarcerada por uma política de combate às drogas é que no final acaba tendo uma atuação baseada num agir racista. Não era a intenção, mas é assim que se faz na comprovação de vários votos de ministro com dados empíricos. Esse povo pobre que é atingido por uma política claramente de cariz, de viés racista, é povo ou não é povo? Porque é a comunidade que foi protegida pelo Supremo. Com isso, o que eu quero dizer? A figura, a retórica de quem é o povo ou a expressão de invocar o povo contra as instituições não é novo, mas ganhou muita força recentemente no Brasil e é praticada até hoje. Esse slogan, Supremo é o povo, justamente

é a retórica política que busca retaliar o Supremo por reformas via emenda constitucional. Não que eu não ache que o Supremo possa ser reformado num momento adequado, mas não num momento que está sendo feito, porque claramente é uma retaliação em relação ao agir do Supremo.

Então, neste ponto devemos ter atenção, pois retaliar poder por exercer a sua função, isso é elemento de degeneração. Obviamente, eu não estou trazendo pelo ideário do nazismo, mas o que houve naquele período, que é uma ideologia, essa frase, o uso popular para atacar uma instituição, o que ele tem em comum hoje com o que teve no nacional-socialismo? Esse slogan, ou esse pensamento, é extremamente antiliberal. Essa frase “Supremo é o povo” é uma frase que usa retórica popular contra instituições. O constitucionalismo é liberal, porque ele é institucional. O constitucionalismo não adere a uma ideia só de legitimidade popular, pura e simplesmente. O constitucionalismo trabalha com retórica legal, retórica normativa e atuação institucional. Isso é fundamental.

Dessa forma, invocar a figura abstrata de um suposto povo é um ataque antiliberal a uma instituição. E por que ele é antiliberal? O que ele tem em comum com o passado? Ele é antiliberal e essencialmente moralista. O ataque é salvífico, ou é um ataque no sentido de proteger os bons, combater o mal, ou livrar o país até do comunismo. Isso não é uma piada, isso é uma retórica que existe no Brasil, na esfera pública. Tenho sérias dúvidas se alguém efetivamente acredita nela ou se realmente só a usa enquanto retórica. Então, evitar esse discurso antiliberal é uma questão bastante relevante, porque não se está a dizer que o Supremo não erra, pois obviamente erra, agora, a questão é, será que se existe legitimidade para que o Supremo seja questionado se errou ou não em determinada decisão judicial, sendo competente para julgar no volume em que ele julga, a partir de uma retaliação promovida por determinados grupos estratégicos que não foram efetivamente atendidos por uma determinada decisão? Veja, na minha visão, os dois exemplos que eu dei aqui, que são talvez dois dos grandes exemplos que são utilizados hoje como um backlash legislativo para ir para cima do Supremo, são os que eu considero, do ponto de vista constitucional, corretos. Como também na questão da união homoafetiva, que também é uma tentativa de dizer que o Supremo se meteu numa pauta que não poderia ter se metido.

Portanto, verifica-se que boa parte do discurso liberal brasileiro é antiliberal, porque a história assim se colocou. Finalizo dizendo que, para o Supremo ser supremo e o povo ser o povo, é crucial que o Supremo não seja o povo. Democracias constitucionais só existem e sobrevivem fazendo um equilíbrio constante entre majoritarismo e contramajoritarismo, entre a legitimidade popular, majoritária, a Então, o contramajoritarismo do Supremo, para o Brasil ser uma democracia constitucional, uma democracia constitucional de cariz liberal, protetiva de direitos individuais, é crucial que o Supremo não seja o povo e o povo não seja o Supremo. Porque eu preciso de uma instância majoritária e de uma instância contramajoritária agindo bem, de forma independente, para fazer esse balanço que é muito sensível em democracias constitucionais cada vez mais conflituosas, heterogêneas, como é a brasileira. Muito obrigado.

Desembargador Elton Leme

Desembargador do TJRJ

Inicialmente, relato que em 1992, a Convenção de Combate à Desertificação, a Convenção Quadro sobre a Mudança do Clima e trouxe a ideia de que o desenvolvimento sustentável é apenas o acréscimo de uma palavra, que é o sustentável, a uma ideia que é a mesma, de desenvolvimento, que perdeu a razão de ser ao longo do tempo, que o desenvolvimento há de ser harmonioso, integrado, há de contemplar todas as tarefas, todos os meios e todos os segmentos que são necessários ao bem-estar humano, à felicidade humana, e isso se perdeu do tempo.

Em termos conceituais, desenvolvimento ficou equivalente a crescimento, que é setorial, muitas vezes em detrimento de outro setor, a exemplo do econômico, que ocorre em detrimento do meio ambiente. Então, acrescentou-se a ideia de sustentabilidade, como um pacto intergeracional, de modo a permitir que nós aqui presentes utilizássemos o meio ambiente do nosso entorno sem comprometer a capacidade das gerações futuras de se valer dos benefícios desse meio ambiente. Nesse contexto, por que me referi ao ano de 1992? Porque essa foi a data em que ingressei na magistratura, ano em que, enquanto juiz recém empossado, eu ia para o interior com meu Fiat Uno e passava pela Serra, região de Mata Atlântica, e ingressava na parte mais interiorana das montanhas. Um dia em que eu estava indo, olhei para um lado da estrada, para o outro lado, o que eu vi era simplesmente tudo queimado, era pasto queimado, era praticamente terra com aquela fuligem a perder de vista de um lado e do outro.

Então, fiquei me questionando o que teria ocorrido ali. Por óbvio, tratava-se de pasto de criar gado, mas onde estava o gado? Ah, o gado não está aqui, porque o capim que plantaram pegou fogo. Mas por que que pegou fogo? Pegou fogo porque faltou água. Por que que faltou água? Faltou água porque cortaram a floresta para plantar o capim para o gado. Mas cadê o gado? Não tem, porque não tem comida. Por quê? Porque pegou fogo, porque secou, porque falta água porque cortaram a floresta. Ou seja, isso é interminável, é uma espiral ambiental. Isso em 1992, ali, e essa é uma constatação, porque isso me marcou, fiquei pensando assim no estado de guerra que eu me encontrava. E passados 30 anos, o que aconteceu? Aconteceu que a situação piorou muito, que esse estado de guerra, esse estado de catástrofe ambiental se agravou muitíssimo, não só no mundo, mas especialmente no Brasil. E o direito com tudo isso? E as conquistas da Constituição de 88? As conquistas, os instrumentos jurídicos extremamente afiados, extremamente importantes no que diz respeito ao direito ambiental. Então, o que ocorreu com tudo isso? Não ocorreu muita coisa, pois os instrumentos só são importantes na mão de quem sabe ou de quem quer utilizá-los, restando que nossos bens jurídicos ficaram sem a devida tutela ao longo desses 30 anos.

O que aconteceu? Chegou a uma realidade atual, uma realidade de uma mudan-

ça brutal das condições do clima do planeta, que não aconteceu ao caso, não aconteceu de um dia para o outro. As evidências científicas, os estudos de décadas indicavam que esse seria o caminho, tudo precedido da extinção de ecossistemas, e aqui não digo a extinção de espécies, mas sim de tudo que abriga as espécies, dos ecossistemas. A Mata Atlântica como ecossistema em extinção, a Restinga, o Cerrado, que já sofre uma brutal redução da sua área original, a perda de recursos hídricos, a poluição em todas as suas formas, e chegamos ao ponto de não retorno. O discurso que fazíamos no passado quando cogitávamos possibilidades, acabou, o tempo passou. Esses 30 anos de inércia foram suficientes para que chegássemos ao ponto de não retorno, ultrapassando o chamado tipping point, ou seja, a curva, chegamos no topo e começamos a descer. Vamos imaginar um navio de centenas de toneladas, com o seu motor ligado à força total. Se desligarmos o motor desse navio e aguardarmos que ele fique totalmente parado, ele vai se arrastar por quilômetros, até que as forças da natureza encontrem um equilíbrio pelas forças, pelas leis da física e ele paralise.

Vamos projetar isso, então, para o planeta Terra. Aquela espiral de destruição ambiental que eu mencionei aqui é apenas uma figura muito pálida da complexidade do problema. Vamos imaginar, então, o tempo que o planeta precisaria para romper essa inércia de destruição, para neutralizá-la, o que ainda é possível, pois ele nunca esteve em perigo - o que difere da situação das espécies que vivem nele, deve-se ressaltar, já que seu tempo é diferente do tempo geológico do planeta. No cenário atual, ainda que interrompêssemos hoje todos os tipos de agressão ao meio ambiente, tudo que contribui para a mudança global do clima, mesmo assim, nós viveremos ainda um século, dois séculos, até que tudo se equilibre, ou não.

Talvez uma nova realidade, já que vivemos o chamado antropoceno, ou seja, a interferência humana de tal monta que chegou a ser comparada com o período geológico, como o Pleistoceno, um período de clima mais ou menos equilibrado. Hoje pela manhã, ouvi uma expressão muito interessante, a qual falava de transição climática, de que estaríamos vivendo uma. Ainda não tinha ouvido essa expressão, porque não temos como transitar no âmbito do clima, pois estamos aprisionados na biosfera do planeta. Todavia, essa expressão da transição climática, muito realista e dura, impõe uma nova forma de vida nossa, uma nova forma de abordagem das relações sociais, assim como das que se estabelecem entre os países e, enfim, entre tudo aquilo que hoje entendemos por vida. Acredito que, em todo este processo, o ser humano, todos nós aqui presentes - dentre os quais me incluo - podemos ser considerados como semi-imputáveis do ponto de vista ambiental. Isso pois entendemos a gravidade do problema, temos uma certa consciência, inclusive uma consciência muito refinada, de tudo que está se passando. Porém, não nos comportamos de acordo com isto, o que vem a ser, portanto, o conceito do semi-imputável, que entende, mas não se comporta de acordo com essa consciência e acaba ingressando na esfera da ilicitude. Eu diria que, se transpusséssemos a reparabilidade da perda de uma chance, em voga nas relações de direito civil, do direito privado, para a questão da responsabilidade do agente público, da administração pública, nós teríamos um grande problema pois teríamos que, então, responsabilizar o

agente por uma omissão específica, já que as regras constitucionais impõem um determinado tipo de conduta aos administradores, aos magistrados, a todos aqueles que estão em postos de decisão.

Dessa forma, quando nos omitimos de uma forma específica, acabamos gerando um direito à indenização, que denominamos de perda de uma chance - a partir da abordagem da responsabilidade civil. E o direito? Volta ao direito. O direito é lento. Hoje, o ministro Haddad aqui estava dizendo que decisões no âmbito do direito tributário, que demoraram 10 anos até a definição, geraram impactos de bilhões de reais nos cofres públicos. Porque esse é o tempo da justiça. Porém, ele é incompatível com a realidade que nós hoje estamos vivenciando. Então, todo o caráter preventivo dos instrumentos ambientais, a precaução própria do direito ambiental, ela não foi empregada ao longo desse tempo como deveria ser, como estava à disposição de todos nós que somos operadores do direito. Isso porque nós temos um preconceito. O homem é um ser biodiversamente intolerante. Nós, seres humanos, por uma questão até da sua formação ao longo desse um milhão de anos das espécies hominídeas, nós somos intolerantes a tudo aquilo que é diferente da gente, quer culturalmente, quer da cor da pele, da religião, da aparência, em relação às formas de vida, todas aquelas formas de vida que espelham a grande biodiversidade do planeta, elas nos assustam e, devido a isso, acabamos por mantendo-as distantes. Essa intolerância, por sua vez, gera um preconceito que acaba dificultando a aplicação das normas protetivas do meio ambiente. Vejam, por exemplo, em relação ao caro princípio da proporcionalidade, que empregamos, especialmente em relação ao excesso, pois se deve ser proporcional para equilibrar a ação, a reação e a medida que vai ser empregada, proibindo o excesso. Todavia, outro aspecto extremamente relevante do princípio da proporcionalidade é o de que ele proíbe a proteção insuficiente ou a proteção deficiente. Isso acaba sendo muito comum, especialmente nas novas leis que, a pretexto de aprimorar o sistema jurídico protetivo do meio ambiente, restam por reduzir o nível de proteção e gerar uma figura de retrocesso, que é proibida por esse mesmo viés da proporcionalidade.

O que nós verificamos nos últimos quatro anos foi um absoluto esgarçamento da proteção ambiental e do sistema de proteção ambiental do Brasil, com uma proteção insuficiente e um absoluto retrocesso ambiental em todos os setores. Ainda, diria que tudo isso que temos aqui, onde vejo jovens e pessoas que têm uma outra visão de mundo, contrasta com o que encontramos nos postos de decisão, nos tribunais, onde encontramos indivíduos ainda arraigados à ideia tradicional, onde todos esses avanços legislativos ou instrumentais ainda são objeto de tabu. Possuímos a tecnologia, possuímos toda informação do mundo, mas não é por tê-la que podemos fazer tudo que quisermos. não se justifica, por exemplo, querer prospectar Petróleo na foz do Rio Amazonas, especialmente numa área sensível do ponto de vista ambiental, para privilegiar uma matriz energética que está fadada à extinção, porque o mundo depende da troca, do shift da matriz energética para que nós possamos avançar como sociedade. Aqui se falou também, mais cedo, que a questão ambiental traz muitas oportunidades e, de fato, a desgraça traz oportunidades para uns e menos para outros. As guerras trazem grandes

oportunidades, pessoas enriquecem nas guerras, da mesma forma que irão enriquecer com a questão climática. Mas a pergunta é se iremos querer pagar esse preço de continuar com a nossa forma de consumo, com a nossa forma de matriz energética, de modo a gerar oportunidades que não ocorreriam se nós tivéssemos feito nos últimos 30 anos o nosso trabalho de casa, do qual temos plena capacidade hoje, com conhecimentos, com informação e, diria até que com um esboço de vontade, pois a inércia também fala muito e, hoje em dia, todos nós, seres humanos, temos as condições para mudar a chave. Ainda, diria que poderemos sofrer um longo tempo com as agruras dessa transição climática. Isso é certo pois estamos, inclusive, vivendo hoje. Foram bois que morreram de frio no centro-oeste, peixe que morre sem água no Amazonas, incêndios, secas, mudanças de corrente, enfim, todas as mudanças que contribuirão de forma muito grave para que a nossa vida seja mais difícil dos dias que seguirão. Esse fato já foi intuído, não só a ciência apresentou instrumentalmente essas informações, mas Carlos Drummond de Andrade já dizia, e aqui já para encerrar, ele, na sua intuição, na sapiência de quem percebe o que está acontecendo ao seu redor, e diante de uma fotografia de uma mata atlântica totalmente queimada e cortada, uma fotografia de Luiz Cláudio Marigo, ele escreveu exatamente um poema, um verso para retratar isso. E ele disse “não, não haverá para os ecossistemas aniquilados dia seguinte. O broto da esperança não brota no dia seguinte. O vazio

Conselheira Maria Teresa Uille

CONSELHEIRA DO CNJ E PROFESSORA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (PPGD) DA UNIVERSIDADE POSITIVO.

Acerca do tema, acredito que, em especial, as futuras gerações possuem um grande compromisso com ele. A minha fala é numa perspectiva de um recorte histórico. Eu fui conselheira do Conselho Nacional de Justiça por quatro anos e, nesse período, tive um compromisso grande de introduzir no âmbito do CNJ e do Poder Judiciário a ideia da importância da Agenda 2030 da ONU, que é uma agenda global, é uma agenda que se preocupa com 17 objetivos de desenvolvimento sustentável e dentre esses 17 nós temos um deles que trata da mudança climática, que é o ODS 13.

Então vou fazer um recorte de apresentação meio rápido, é mais um flash mesmo de apresentações aqui, falando um pouco sobre essa questão da sustentabilidade, na ótica do Poder Judiciário, seja na gestão interna, como os tribunais se comportam em relação a essa questão da gestão de sustentabilidade, depois em relação à gestão de processos no Poder Judiciário em relação a essa temática, e por último, algo um pouco mais recente que é esse projeto que tramita hoje sobre regulamentação do crédito de carbono, que recentemente saiu do Senado, foi para a Câmara dos Deputados, e acho que a gente tem um papel importante de fazer uma interseção, vendo a questão do carbono não apenas sob a ótica do Poder Executivo, e óbvio, pelo viés legislativo que hoje discute esse projeto, mas vendo a necessidade também de aproximação e integração de dados com o Poder Judiciário. Então, mais ou menos, essa é a minha fala.

Vou passar uns flashes rápidos aqui, tentar cumprir o tempo. Vamos falar, então, sobre ESG, mudança climática e sustentabilidade na perspectiva do Poder Judiciário. Iniciando, a questão da Agenda 2030, acho que foi algo muito importante para o Poder Judiciário, em que todos os tribunais trabalharam com essa agenda, cada qual escolhendo um objetivo e verificando de que forma poderia contribuir com isso. Faço, portanto, um recorte em três níveis. O primeiro deles falando um pouco sobre a Agenda 2030 e Política Judiciária e Sustentabilidade, Gestão Interna, que é a gestão dos tribunais em relação à sustentabilidade, e a gestão de processos judicializados. Quantos processos o judiciário tem na área ambiental? Segundo, em relação ao Sistema SireneJud, que é um sistema sobre o qual eu quero também destacar porque chegamos nesse sistema e o que ele traz de novo e de inovação um pouco mais disruptiva. Estou levando e construindo uma ideia junto com várias pessoas e vendo a necessidade de ter uma certidão de nascimento do carbono vindo do poder judiciário. É algo absolutamente diferente do que tem sido dito por aí, mas talvez seja uma resposta para vários desafios que o desembargador Elton trouxe aqui. Nesse período que fiquei no CNJ, de 2017 a 2021, o ministro Toffoli acabou criando o Comitê Interinstitucional da Agenda 2030 no Judiciário e o Observatório Nacional Conjunto CNJ-CNMP.

Por conta desse comitê, várias pessoas de fora do Poder Judiciário pela primeira vez vieram ao Judiciário para participar do comitê, como representantes do Poder Legislativo, do Poder Executivo, de organismos internacionais, de ministérios, oportunidade na qual se foi trabalhando essa falta da Agenda 2030. O primeiro trabalho que fizemos foi o mapeamento dos processos. Nessa base de dados que o CNJ reúne, que são 70 milhões de processos vindo de 91 tribunais, fizemos um trabalho muito inovador, que foi de classificar esses processos de acordo com a Agenda de 2030. Então, os processos de assistência social foram direcionados para a categoria da pobreza, os de medicamentos na saúde, os de falta de vagas em escola, na educação, e assim foi feita essa classificação e, pela primeira vez, é feito esse trabalho no âmbito do poder judiciário inovador no mundo.

Com isso, começa-se a enxergar onde está concentrada a judicialização. Não pelo número de apelações de recursos especiais, recursos extraordinários, por agravos de instrumento, mas pela temática de fundo, pela política pública que precisa ser atacada por essa política judiciária. Nesse sentido, também foram observados os tribunais sob a ótica da gestão interna, em relação àquilo que poderiam fazer de redução de gasto com papel, água, combustível, etc. A Resolução que trata disso, nº 347 de 2020, a Carta de Brasília, foi resultado de um seminário realizado no TJDF, onde a ideia era ouvir as pessoas de fora do judiciário para que ajudassem a construir uma política judiciária de sustentabilidade dentro deste poder. Essa resolução, que é uma resolução plenária do CNJ, abriu o caminho, portanto, para a construção de uma política de governança em contratações do Poder Judiciário brasileiro. Com isso, na hora de contratar, de repente, vários tribunais podem pensar em uma mesma contratação, pode-se reduzir, otimizar, havendo diversas possibilidades. Aqui, os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, ODS, cujos desafios passaram a fazer parte dos esforços empreendidos pelos tribunais desde a integração do Judiciário à Agenda 2030 a ações práticas. No momento em que nasce a resolução acima referida, a qual foi resultado de uma proposta que fizemos, nela consta o Plano de Logística Sustentável, o PLS, o qual todos os tribunais têm, que é direcionado a forma com que é feito o controle interno da sustentabilidade, assim como um plano anual de contratações e também os planos orientativos do plano diretor de tecnologia.

A junção desses planos e o início dessa política judiciária de sustentabilidade interna para os tribunais acaba depois abrindo espaço para outra resolução, que é a Resolução 400, na qual fiz uma proposta muito pontual, que eu acho que ela ainda vai surtir efeito. Acerca desta, relato que consegui introduzir um artigo no qual se relata que os tribunais teriam que fazer até o ano de 2030, o inventário de emissões de gases de efeito estufa para saber quanto os tribunais emitem destes e como podem fazer um plano de compensação das suas emissões. Se questionarmos aos tribunais como se faz esse inventário, por onde se começa, qual o desafio, o que é medido nele - que, no caso, é o combustível, a eletricidade - verificamos que existe, na verdade, uma confusão em relação a esse preenchimento. Todavia, já há uma mobilização para que essas dúvidas sejam sanadas e reste concluído como é feito esse inventário, por onde se vai, quem está

a frente, quem fez, como fez.

Portanto, esse é o movimento, que vai medir quantas toneladas de CO2 e seus equivalentes cada tribunal emite, o que ele precisa fazer para reduzir as suas emissões e como ele pode compensar. Todos os tribunais possuem um painel de logística sustentável, o que pode ser pesquisado na internet, de forma que quem desejar mais informações sobre o tema pode buscar esses dados online. Esse desafio de como fazer o inventário de emissões de gás de efeito estufa para fins de compensação ambiental é o que ocorreu, em que se coloca algo em um artigo de resolução que ninguém sabe o que é, mas sabe que deve ser feito até 2030, e então esse movimento começa a rodar nos 91 tribunais.

Bom, nesse momento, a preocupação não é só de gestão interna de como os tribunais se comportam, mas é da gestão de processos. Quantos processos os juízes têm para julgar no Poder Judiciário em 91 tribunais? Na medida em que nós fizemos esse recorte pela Agenda 2030 conseguimos verificar se estão mais concentrados na saúde, na execução fiscal, ou em qual área, podendo mapear dados para estudo do excesso de judicialização - cuja redução, por sua vez, é um grande desafio em termos de eficiência de gestão. Agora, quando eu olho para a parte ambiental e começo a ver quantas ações civis públicas eu tenho? Pouquíssimas. E quantos crimes ambientais eu tenho? Ainda menos. É possível verificar, então, que há algo errado, que algum sinal não está chegando. É o juiz desembargador que passa pela estrada, que vê o que está acontecendo e que o que ele está vendo talvez não esteja chegando à jurisdição. Assustador.

Enfim, conseguimos aprovar duas metas nacionais importantes. A meta nacional 9, para que cada tribunal escolhesse um dos ODS para fazer um plano de ação. A 5W2H, o quê, por quê, quem, quando, como, onde, quanto custa. Uma vez por ano, os tribunais apresentam a sua forma o que pensam enquanto possibilidade para reduzir a judicialização, para encontrar mais uma solução. Ainda, aprovamos a meta 12, que coloca enquanto prioridade o julgamento de crimes ambientais. Todavia, quantos existem? Os tribunais têm que procurar e eles vão verificar que tem muito pouco. Muito bem. Gestão de processos judiciais. Então, de um lado eu tenho escassez de judicialização de crimes na área ambiental, a partir do que surgiu, então, a ideia do desenvolvimento de um sistema em conjunto entre CNJ e CNMP e demos início então a esse sistema chamado Sirene Jud com o nome Sirene inspirado no Sirene do Ministério de Ciência e Tecnologia, para ver em camadas a partir da reunião de informações de 91 tribunais quantas ações civis públicas, quantas ações penais, onde que elas estavam distribuídas por comarca, por sessão judiciária, pelo Brasil afora, porque todos os tribunais informam o CNJ.

Então, foi feita essa plataforma que reúne vários níveis de informações, com o IBA-MA, com o Ministério Público, com o judiciário e vou cruzando. Vejo com satélite, vou começando a ter um mapa do que se passa em termos de gestão de processo no Poder Judiciário. Essa resolução conjunta, por sua vez, foi aprovada pelo plenário de dois conselhos. Portanto, o que eu percebi nesse período de CNJ e CNMP? Trabalhei com algumas questões bem importantes, diversas temáticas, que começaram lá pelo desastre Mariana, desastre de Brumadinho. Com Mariana, 70 mil processos de judicialização reunindo as três esferas dos poderes, sendo a primeira vez que esse processo foi consolidado. No

Desastre de Brumadinho, afundamento dos bairros de Maceió, terras indígenas, problemas da ADPF 709 no período da pandemia, dos índios isolados de recente contato, que daí o próprio CNJ acabou apresentando sete relatórios, florestas públicas, Covid, de tudo um pouco.

Quando começamos a olhar florestas, florestas públicas, terras indígenas, nós mapeamos pelo CNJ todas as terras indígenas homologadas e demarcadas no Brasil. De 750 milhões de hectares de terra, 107 milhões de hectares de terras indígenas. Mapeamos todas elas, pegando o decreto presente da república e vendo as coordenadas georreferenciadas e quantos cadastros ambientais rurais tinham sobrepostos a essas terras indígenas. Então, fomos para as florestas públicas e quanto mais a gente mexia, pior ficava. Com isso vem uma pergunta, mas afinal, se o Brasil é riquíssimo em estoque de carbono florestal, por que parte dessa riqueza não é destinada para melhorar as condições de vida das pessoas, das florestas, dos indígenas, dos pequenos agricultores rurais que acabam tendo que proteger essa floresta?

Com isso, começou essa questão do carbono e passei a perguntar e fazer reuniões pensando que algo deveria ser feito, e às vezes as coisas mais simples são as soluções mais necessárias em determinados momentos. Agora temos esse mercado de carbono no Brasil, que figura como aqueles contratos de gaveta que ninguém sabe quem comprou ou quem vendeu, que passou a aposta, que transferiu, as pessoas não têm esse controle de saber se foi comprado em cima de terra indígena, de floresta pública, se foi em área de fronteira, ou se vendeu para 10 pessoas. Essa é a confusão. Então, no momento em que esta confusão está instalada se fala que, bom, isso deveria ir para uma certificadora internacional. Nada contra estas, mas a legislação em questão aqui é a brasileira, e deve ser atendida, cumprida. Ainda, em questão de transparência, por exemplo, como saber se esse crédito de carbono florestal foi vendido ou não?

Dessa forma, surge uma ideia que é simples e, em diversos momentos, são essas ideias singelas que podem surtir efeito. Quando nasce uma criança, a gente faz o que com essa criança lá na maternidade? Você faz um documento que é do Poder Executivo e Declaração de Nascimento Vivo, o CPF, que é do Executivo, e faz um documento que é do Judiciário do Cartório Extrajudicial que é a Certidão de Nascimento. A Certidão de Nascimento, ela é regulamentada pelo CNJ, ela tem um número único no Brasil inteiro com regulamentação em todos os cartórios, em todos os municípios do Brasil e tem padrão para tudo isso fiscalizado pelo CNJ. Com isso, havendo no mesmo documento dois números que se cruzam, que é o número único da certidão de nascimento e o número único do CPF, eu começo a ter mais segurança de dados, transparência de dados. Conseguindo isso em relação ao carbono, a certidão de nascimento do carbono, dizendo foi feito um inventário florestal, e eu vi que nessa propriedade, seja um sítio pequeno, seja uma fazenda grande, seja uma floresta pública, for feita a medição de quanto de carbono há em 50 anos, de que há X toneladas, sendo isso pela primeira vez documentado, há uma certidão de nascimento do carbono com o número que vem do Executivo por Projeto de Lei do Crédito de Carbono associado a um número que vem do Poder Judiciário do Extrajudicial, que vai para o registro de imóveis averbado neste

imóvel para dizer o quanto pode haver de aumento de carbono nele para o futuro. Com isso, há o retroativo, o prospectivo e condições de monetizar esse carbono e afirmar que o carbono tem valor e eu tenho valor a mais, que eu estou prestando esse serviço para equilibrar o sistema climático no país. Então, parece-me que nesse projeto de lei que tramita hoje no Congresso Nacional sobre o crédito de carbono, é essencial que se traga ali a certidão de nascimento do carbono pelo judiciário no registro de imóveis porque a árvore em pé, ela é um bem imóvel, ela está associada ao solo, ela não existe sem o solo então é fundamental que esse documento esteja assim associado. Em países como a Noruega, se peço uma certidão de carbono, em 10 minutos ela informa se ali tem carbono ou não tem carbono, medido, estocado ou aumento desse carbono. Enfim, é uma ideia e gostaria aqui então de saudar o ministro Gilmar, parabenizá-lo ministro e muito pelo brilhantismo do evento e trazer uma singela contribuição de que talvez a certidão de nascimento do carbono pelo poder judiciário seja algo inovador, disruptivo e que num congresso como este de direito constitucional, em que se fala do princípio da precaução de equilíbrio do sistema climático para gerações futuras, possa ser uma semente a prosperar para o futuro. Muito obrigada a todos.

Prof Fabrício Muraro

PROFESSOR DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL

Inicialmente, em relação ao tema do painel “ESG, mudanças climáticas e sustentabilidade”, buscarei realizar a abordagem a partir de três dimensões distintas. A primeira é a de práticas agrícolas sustentáveis, a fim de verificar se o agronegócio brasileiro se enquadra enquanto essa prática. A segunda diz respeito à importância do agronegócio para a segurança alimentar do Brasil e do planeta. Já a terceira e última é acerca dos desafios do agronegócio e o comércio internacional. A professora que me antecedeu dissertou sobre a Agenda de 2030, a qual foi concluída em agosto de 2015 e estabeleceu negociações no âmbito internacional, sendo então definida a Agenda 2030, com 17 objetivos de desenvolvimento sustentável, as chamadas ODSs.

Em relação a estes, o ministro Gilmar, o ministro Barroso, nas falas inaugurais, destacaram o primeiro objetivo, que também é objetivo fundamental na Carta Constitucional, que é a erradicação da pobreza mas destaque, ainda, o objetivo número 2, que é fome zero, agricultura sustentável, os objetivos número 12, consumo e produção responsáveis, e o objetivo 13, ação contra a mudança global do clima. Estes, portanto, vêm ao encontro, obviamente, desses padrões de responsabilidade social, ambiental e de governança, que é o tema da nossa palestra. Nesse sentido, de que maneira o agronegócio brasileiro tem atuado no cumprimento desta Agenda 2030? Obviamente, sou um otimista de razão e um otimista de coração, de modo que a minha fala é colocada neste sentido.

Portanto, no meu modo de ver, nessa primeira dimensão de práticas sustentáveis, eu acho que o cenário brasileiro é positivo, mas o que seriam essas práticas sustentáveis na agricultura? Uma agricultura de conservação, um plantio direto, sem o revolvimento da terra. Uma segunda ideia seria o uso eficiente da água, utilização de uma técnica de gotejamento, de microaspersão. Uma terceira técnica utilizada pelo agronegócio que vem ao encontro ou que realiza essas práticas sustentáveis, é o manejo integrado de pragas, o controle biológico e uso de plantas repelentes de pragas.

Uma quarta técnica utilizada, que é bastante importante e um tema sensível ao Brasil, é a questão da utilização dos agrotóxicos. Porém, temos muitos projetos que envolvem o uso de fertilizantes orgânicos, que chamamos de bioinsumos, defensivos biológicos. O que são os defensivos biológicos? São produtos desenvolvidos à base de substâncias ou organismos naturais, considerados ativos biológicos. Como exemplo, tem-se a situação da cigarrinha do milho, que é um inseto que compromete quase a totalidade da lavoura de milho e, em uma técnica tradicional, usa-se o agrotóxico glifosato para combatê-la. Mas há estudos importantes por meio de defensivos, de inseticidas biológicos. Vejam que interessante, a cigarrinha do milho causa esse estrago, esses danos na planta e, eventualmente, por um inseticida biológico, com inoculação de um fungo, eu posso combater a cigarrinha do milho por meio de um defensivo biológico e não

propriamente um agrotóxico. Interessante notar, onde eu faço os meus estudos na área do direito do agronegócio e desenvolvimento, que o estado de Goiás tem lei própria e incentiva a produção desses bioinsumos, de modo que há um crescimento no país de 37% dessa técnica que se mostra uma prática sustentável nessa primeira dimensão que eu quero demonstrar.

Outra questão bastante interessante é a agricultura de precisão, com a utilização de drones, por exemplo, para pulverizar, assim como a rotação de cultura, na qual especialmente quem vive no interior do Brasil se depara muito com a ideia, onde existe uma safra e uma safrinha. Isso é bastante importante, a chamada rotação de culturas, para que haja um controle de doenças e de pragas, além de melhorar a qualidade do solo. Em relação à conservação da biodiversidade, da preservação das áreas naturais, também cabe destacar a implementação de corredores ecológicos. Eu conversava antes com a professora Suely, existem dados da Embrapa territorial, vejam aí no mapa, são dados obviamente bastante questionáveis, porque envolve a utilização de análises por satélite, mas são dados oficiais do órgão.

Vejam no mapa essa área verde, o bioma amazônico, conforme os dados que constam na terceira tabela, o uso agropecuário compreende só 30,2% do território. Vejam em verde, nesse verde mais escuro, que as áreas destinadas à vegetação protegida e preservada chegam a 66,3%. Isso são dados oficiais da Embrapa, num projeto chamado Embrapa Territorial. Se nós compararmos esse gráfico pizza com a realidade dos Estados Unidos, perceba que o uso agropecuário do solo, em termos de hectares, dos Estados Unidos corresponde a 74,3% do território, sendo que somente 19,9% do território americano são áreas destinadas à proteção e preservação da vegetação nativa.

Além disso, um tema bastante importante é a questão da matriz energética limpa. Nós temos no Brasil fontes de energias renováveis, energia eólica, não sei se viajam para o nordeste e conseguem visualizar aquelas turbinas, aqueles grandes ventiladores, né? Da mesma forma, a energia solar, hoje no interior do Brasil a gente vê aquelas placas fotovoltaicas nos telhados das casas, né? Energia solar e a hidroeletricidade, né? Energia elétrica utilizando a água. De forma que, conforme o slide, cerca de 90% da eletricidade no Brasil são produzidos a partir de fontes renováveis. Há, portanto, grande participação de fontes renováveis na matriz energética global.

Prosseguindo, merece destaque nessa perspectiva, nesse olhar a partir do agronegócio, dos chamados biocombustíveis. Nós temos uma matriz extremamente importante no que diz respeito ao setor de transporte e mobilidade que é o exemplo do etanol, sem contar a tecnologia dos motores flex. Isto é bastante relevante. Para ter uma ideia, o que está destacado em vermelho, o etanol produzido por meio de cana de açúcar emite em média 80% menos gás de efeito estufa na atmosfera do que a gasolina. Nós temos também o biodiesel, produzido a partir de óleos vegetais, a partir da mamona, que é extremamente importante para abastecer tratores, caminhões, máquinas de beneficiamento e outros equipamentos.

Portanto, o Brasil desenvolveu um ativo nessa área bastante relevante, contribuindo, obviamente, com a questão climática global. Para finalizar, nessa primeira dimen-

são das práticas agrícolas sustentáveis, a questão do desmatamento, o governo anterior anunciou a meta de reduzir as emissões de carbono em 50% até 2030 e outras metas que havia estabelecido. Recentemente, no programa atual, a ministra Marina, em Nova Iorque, propôs uma correção dessas metas. O país se comprometeu a reduzir as emissões em 48% até 2025 e 53% até 2030. Na imagem, o destaque em amarelo, com a retomada de ações de fiscalização do IBAMA e ICMBIO, a área de alertas e desmatamentos na Amazônia caiu 48% de janeiro a agosto quando comparados com dados oficiais na comparação com o mesmo período do ano anterior.

Destaquei também em amarelo no slide um programa de Bolsa Verde, que é para ajudar famílias em situação de extrema pobreza, incentivando práticas de proteção à natureza. De modo que esta política do atual governo levou o Brasil a se candidatar para sediar a COP30 em 2025 em Belém. Para finalizar essa primeira dimensão das práticas agrícolas sustentáveis, é preciso fazer uma reflexão importante. Há um paradoxo. A mudança do clima também impacta a agricultura e o agronegócio. O aquecimento global é prejudicial ao agronegócio, à atividade agrícola brasileira e destaquei em vermelho três efeitos bastante importantes. A desertificação, a alteração do regime de chuvas e a redução da biodiversidade.

Então, não há dúvida de que o setor agrícola vem contribuindo para que essa relação seja positiva nessa primeira dimensão. Já em relação à segunda dimensão que eu propus analisar, o tema é a questão da segurança alimentar, que é a questão do aumento da produção e produtividade agrícola com acessibilidade. A população mundial chegou a 8 bilhões de pessoas em 2022 e a projeção é que deve chegar a 9,7 bilhões em 2050. Temas como a insegurança alimentar, se haverá alimento para todos, e a questão da segurança energética são questões que merecem atenção. Portanto, garantir a produção de alimentos e, ao mesmo tempo, mitigar as emissões dos gases de efeito estufa é um desafio para todo o setor. De acordo com o divulgado pela Organização para a Alimentação e Agricultura (FAO), que é um órgão da ONU, o mundo vai precisar de cerca de 60% mais alimentos até 2050. Neste ponto, acredito que o cenário também seja favorável ao Brasil. Nosso país, nas últimas décadas, promoveu um expressivo aumento de produtividade na produção agrícola. Há o problema de ter ocorrido a expansão da fronteira agrícola com desmatamento, mas de maneira geral houve um ganho de produtividade nas áreas disponíveis, o que se deve especialmente à adoção de novas práticas agrícolas baseadas na ciência da agricultura. Para se ter uma dimensão, há uma projeção de que a China, em 2023, continue sendo o maior produtor agrícola, estando a Índia em segundo lugar e o Brasil deverá ser o quarto produtor agrícola em 2023, com uma produção projetada de 573 bilhões de dólares em todo o ciclo do agronegócio.

Porém, o que é o ciclo do agronegócio? O agronegócio é conceituado como uma atividade econômica que envolve três etapas. Antes da porteira, dentro da porteira e após a porteira. Ou seja, antes da porteira, na fazenda e após a fazenda, todas essas etapas correspondem ao ciclo do agronegócio. Verifica-se que o Brasil possui clima e condições de solo diversificados que permitem o cultivo de uma grande variedade de culturas. O Brasil é o principal produtor de soja, café, laranja e cana-de-açúcar, estando no top 5 em

mais de 34 culturas. Ainda nessa segunda dimensão, no tocante à segurança alimentar, o papel desenvolvido pelo agronegócio brasileiro continua sendo positivo, cabendo destaque às inovações que foram trazidas pela Embrapa, essa empresa genuinamente brasileira com grande contribuição ao agronegócio nacional. Ressalto, ainda, a questão do financiamento público para incentivo de ações de sustentabilidade. Como exemplo, há o Renova Agro, dentro dessa proposta em que as empresas podem contar com taxas de juros bem acessíveis, contando com propostas como agro recuperação de pastagens, e demais investimentos.

Por fim, a terceira dimensão que propus analisar é o chamado desafio do agronegócio no comércio internacional. Um dos principais desafios, como está projetado no agronegócio brasileiro, é a garantia de chegada dos alimentos ao mercado doméstico e ao mercado internacional. O agronegócio brasileiro precisa sempre de maior acesso aos mercados externos, não há nenhuma dúvida. Mas o setor agrícola enfrenta muitas barreiras comerciais, porque surgem, obviamente, novidades que inspiram certo grau de preocupação. O comércio internacional tem uma contribuição positiva nesta questão ambiental de segurança alimentar. O que eu quero dizer, é que a garantia de acesso ao comércio internacional não antagoniza com os objetivos de promover sustentabilidade e combater a mudança do clima. Todavia, atualmente temos um cenário perigoso, de risco, com o que se depara para atender algumas exigências recentes estabelecidas pela comunidade europeia. Refiro-me, neste ponto, à Lei do Desmatamento, que prevê que as empresas europeias terão de fiscalizar suas respectivas cadeias de suprimento, a fim de garantir que seus produtos ou insumos não estejam ligados a ações de desmatamento, fornecendo a geolocalização das produções. Em termos jurídicos, esse procedimento é chamado de diligência devida. Ainda não se sabe como isso será certificado, mas é uma exigência, sendo essa lei do meio do ano de 2023. Para a União Europeia, os seguintes produtos estarão sujeitos à medida: soja, madeira, café, cacau, óleo de palma, carne bovina e borracha, além de outros produtos derivados, como couro, chocolate e móveis. Os operadores econômicos e importadores terão de provar que os produtos importados foram produzidos em terras não desmatadas após 31 de dezembro de 2020. Outra questão interessante é a de que os direitos dos povos indígenas e comunidades locais também não foram afetados durante a produção do produto. Como reação, isso é importante, de forma que o Brasil e mais outros 16 países assinaram uma carta e enviaram às instituições europeias, na qual este grupo questiona o aspecto discriminatório da legislação e seu caráter unilateral.

Dessa forma, solicita-se à União Europeia que se estabeleça diálogo efetivo com os países produtores dessas commodities, desses produtos aos quais eu me referi. Como avaliação preliminar, quase 30% do comércio das exportações agrícolas brasileiras para a comunidade europeia estariam abarcadas por essa legislação. É um cenário de risco, é um cenário perigoso. Por fim, houve referência ao mercado de carbono, para o qual existe uma exigência internacional quanto à pegada de carbono. Este termo, que é derivado do inglês “carbon footprint”, que calcula os impactos das atividades humanas no meio ambiente, considerando a quantidade de gases de efeito estufa que são emitidas, sendo

este um dos principais apontados enquanto responsável pelas mudanças climáticas.

Há um estudo da Embrapa acerca das inovações, chamado Carne e Carbono Neutro, que calcula uma interação entre a pastagem e a floresta, gerando uma carne certificada que é a chamada “carne de carbono neutro”. Finalizando, apenas para retomar, as três dimensões das quais me propus falar foram, portanto, as práticas sustentáveis, a segurança alimentar e o papel do agronegócio no comércio internacional. O grande desafio no meu recorte da palestra diz respeito à promoção de práticas agrícolas sustentáveis, que contribuam com o objetivo de mitigação da mudança do clima, que permitam a continuidade do aumento da produção e da produtividade agrícola e que, ao mesmo tempo, estejam livres de restrições discriminatórias e desnecessárias ao comércio. Esta é a síntese que eu proponho das três dimensões. Muito obrigado.

Presidente Rodrigo Pacheco

PRESIDENTE DO CONGRESSO E DO GOVERNO FEDERAL

Vim até aqui dar aqui um testemunho de reconhecimento à importância do Ministro Gilmar Mendes para a justiça do Brasil, para a democracia do Brasil, para o povo brasileiro. As lágrimas do Ministro Gilmar Mendes quando no dia 8 de janeiro, ou no dia subsequente, ao ver as instalações do Supremo Tribunal Federal eram as lágrimas de um patriota, que ao completar 20 anos do Supremo Tribunal Federal, via a sua instituição e a instituição de todo o povo brasileiro, ser destruída por atos antidemocráticos. Foram lágrimas muito sinceras, e foram também as nossas, tanto em relação ao que houve no Supremo e no Planalto, mas em especial o que houve também na sede do Congresso Nacional Brasileiro, que também foi igualmente invadido, aviltado, humilhado, mas as instituições se mostraram muito fortes e unidas nesse propósito de combater a antidemocracia.

A despeito de divergências que são naturais entre membros de poderes diversos, eu quero dizer que há algo que nos une verdadeiramente e que é pano de fundo desse Congresso, que é o apreço pela Constituição e o zelo pela democracia brasileira. Portanto, meu reconhecimento à V. Ex^a e, mais uma vez, um agradecimento para que pudesse tomar parte desse evento. Quero cumprimentar o professor Vitalino Canas pelo seu pronunciamento, pela disposição de estar conosco no Brasil, a emprestar a sua inteligência, sua sabedoria, seu conhecimento jurídico, para enriquecer esse 26º Congresso Internacional de Direito Constitucional. Cumprimento a todos e mais do que nunca, a democracia constitucional precisa ser discutida e reafirmada.

Atualmente, em que presenciamos a legitimidade e a eficácia da democracia sendo contestadas mundo afora, é bom lembrar a sabedoria já popularmente conhecida de Winston Churchill. No seu discurso na Câmara dos Comuns, em 11 de novembro de 1947, dizia ser perfeita ou sem defeito. Tem-se dito que a democracia é a pior forma de governo, salvo todas as demais que têm sido experimentadas de tempos em tempos. Ulysses Guimarães, nessa mesma esteira, dizia que a força da democracia estava em se auto confessar imperfeita e impura, diferentemente dos regimes autoritários, que se apregoam fortes e oniscientes para serem verdadeiramente autoritários e irresponsáveis, de que uma sociedade, para ter desenvolvimento, para ter progresso, para ter evolução, depende irremediavelmente da democracia. Parece forçoso reconhecer que o engenho humano ainda não foi capaz de conceber um regime melhor que a democracia constitucional como regime político.

Não custa, também, rememorar a origem e a motivação da Magna Carta de 1215, o primeiro capítulo de um longo processo que levaria ao constitucionalismo mundo afora. A Magna Carta resultou de desentendimentos entre o rei João, o Papa e os barões ingleses. Seu principal objetivo foi impedir o exercício do poder absoluto. O rei João e

seus sucessores deveriam, a partir dela, renunciar a certos direitos e reconhecer que suas vontades estariam sujeitas à lei, sendo a alternativa aos regimes constitucionais absolutos, autocráticos e sempre vis. O poder tende a corromper, e o poder absoluto corrompe absolutamente, advertia Lord Acton. Cito essas frases consagradas para reafirmar o valor da democracia constitucional. Para se entender o argumento de Churchill, é preciso aceitar que sendo obras de humanos que governam regidos por constituições e leis, a democracia e a sua consolidação trazem em si a falibilidade inerente à espécie. Seus processos também são naturalmente lentos, embora mais consistentes, dado que as regras que deles emanam são amplamente negociadas.

Porém, nos tempos de hoje, em que a rapidez das notícias transformou o mundo em aldeia global, talvez não haja tolerância com a velocidade de funcionamento dos regimes democráticos. Pessoas equivocadas de políticos de ocasião ensejam o aparecimento dos chamados outsiders na política, que se proclamam capazes de resolver magicamente os problemas da sociedade. Uma vez no cargo, eles investem contra as instituições democráticas em busca de poderes absolutos, que permitam algumas soluções rápidas e populistas. No entanto, como advertiu o escritor americano Henry Louis Mencken, para todo problema complexo existe sempre uma solução simples e completamente errada. A solução completamente errada, neste caso, é a concessão de poder absoluto a alguém, ideia que começou a ser completamente desconstruída em 1215. A concessão de poder absoluto a um indivíduo leva a injustiças, a negação de direitos e garantias, e a impossibilidade de alternância de poder.

Conhecemos historicamente os resultados desse equívoco. Ele faz com que uma população inteira fique à mercê de ditadores por tempo ilimitado. Não há meio termo. Ou temos ditaduras que tudo podem, ou temos regimes democráticos amparados em constituições. As propostas de líderes populistas, que estão despontando globalmente, em verdade, pretendem iludir a população ao passar a falsa ideia de que defendem os anseios sociais e de que atuam dentro dos parâmetros democráticos. Eles mentem. Ela ignora direitos, como a liberdade de expressão, e ignora garantias, como o devido processo legal.

Atualmente temos exemplos de ditaduras e autocracias de todos os formatos e matizes pelo mundo que estão a nos alertar para os perigos de soluções como essas. Para as novas ditaduras ou autocracias, o discurso é muito diferente da realidade. É feito para iludir, e da ilusão surge a divisão. A divisão que está apresentada inclusive à sociedade brasileira. Este ano mesmo tivemos, aqui no Brasil, esse grave ataque às instituições. O cenário eleitoral do ano anterior foi extremamente polarizado. Alguns inconformados e insatisfeitos com o resultado das eleições avançaram pela praça dos três poderes e tentaram tomar de assalto a República Brasileira e a nossa democracia. Pretenderam anular a vontade da população expressa em votos, numa eleição limpa e livremente fiscalizada por todos, quebrando as nossas regras constitucionais. A tentativa, felizmente, não deu certo. Muitos dos seus perpetradores foram presos cautelarmente e hoje estão sendo julgados. Estão sendo processados segundo o devido processo legal, com ampla defesa, contraditório e presunção de inocência. Eis a diferença entre um Estado demo-

crático de direito e um regime autoritário. O respeito aos direitos e as garantias.

Volto a Churchill. Ele nos ensinou, também, que se houver problemas com a democracia, mais democracia e não menos é sempre a solução. Isso significa o aumento cada vez maior da participação popular de forma ordenada e respeitosa à representatividade. Quanto mais aberta e transparente a essa participação, mais forte a democracia será. É importante lembrar que a democracia plena não se faz apenas com eleições livres. Ela é um processo sempre em aperfeiçoamento e o controle social é instrumento imprescindível à sua boa prática. Somado a isso, o funcionamento harmônico e restrito às funções próprias dos três poderes é também elemento imprescindível à convivência democrática. A boa e harmônica convivência dos três poderes é pilar da democracia. Nunca é demais lembrar, aliás, que o poder é um só, que emana do povo, e em seu nome deve ser exercido, embora seja funcionalmente tripartido entre os três poderes da república. A sensação de pertencimento experimentada pela sociedade, gerada pela participação nas decisões, faz a população compreender cada dia mais o valor da democracia.

Assim, compreendendo mais, mais atribuirá valor a esse regime, tornando-se mais consciente da necessidade de sua preservação. Lutará por ela e por sua liberdade, se necessário for. No Legislativo, temos uma clara compreensão da importância da participação popular, e a ela estamos sempre abertos. O Congresso Nacional é a casa do povo. Nunca se viu tamanha ebulição nas suas dependências como durante a elaboração da Constituição de 1988. A participação popular intensa, depois de anos de regime militar, deu a ela maior legitimidade, a ponto de ter recebido do saudoso e grande Ulysses Guimarães o epíteto de Constituição Cidadã. Creio, em verdade, que pouco ou nada de novo haja o que dizer sobre a democracia. Ela resiste aos séculos como prova de sua potência, desde o tempo dos gregos, num aperfeiçoamento constante que a história registra sobejamente. Apenas repito argumentos que reputo importantes para sua salvaguarda, que é o de que tratamos aqui. Temos que estar sempre vigilantes defendendo a Constituição e a democracia brasileira, e aqui destaco e reafirmo o compromisso do Congresso Nacional Brasileiro, professor Vitalino Canas, ministro Gilmar Mendes, com a consolidação da democracia. Muito já foi feito até aqui em 35 anos de vigência da nossa Constituição e muito há por fazer. A sociedade constantemente evolui. Há uma obrigação dos poderes de constantemente também evoluir. Reputo absolutamente fundamental aquilo que há alguns anos atrás foi feito no Congresso Nacional no tocante à reforma política.

Nesta, mudamos o sistema político para proibir coligações entre partidos e eleições proporcionais. Estabelecemos uma cláusula de desempenho e de barreira para a existência de partidos políticos e conseqüentemente acesso a fundo partidário, a fundo eleitoral, a tempo de rádio e televisão, a existência parlamentar. Com isso, projetamos, ao longo dessas eleições, uma redução de 35 partidos para menos de 10 partidos políticos no Brasil. Obra do Congresso Nacional, ciente de que é absolutamente necessário para a democracia haver maior representatividade no âmbito das casas legislativas. E quando me refiro ao que está por vir, lanço uma ideia que já venho trabalhando no âmbito do

Congresso Nacional. É uma provocação e um questionamento a esse público qualificado que aqui está. Para a política brasileira, indaga-se, o instituto da reeleição no poder executivo fez bem ou não ao Brasil? Já vejo algumas cabeças dizendo que não, porque de fato, na opinião desse que vos fala, não fez bem ao Brasil. É muito importante que, a partir de um debate rico, maduro, com base no diálogo, no respeito, nós possamos evoluir nessa lógica de que o Brasil não pode ficar à mercê de um Estado permanente de eleição.

A cada dois anos, irmos às urnas e a política entregue a esse pragmatismo das eleições, movendo os atos dos governantes e dos políticos a partir desses objetivos de cunho eleitoral. Portanto, a discussão sobre o fim da reeleição, a coincidência de mandatos, o alongamento de quatro para cinco anos de um mandato do executivo, são temas hoje tratados no âmbito do Senado Federal, para que possamos extrair dessa discussão o melhor proveito para a sociedade brasileira, somando àquilo que foi feito em 2017 para o sistema político.

Em relação ao financiamento da política nacional, é absolutamente fundamental reconhecer a importância do Tribunal Superior Eleitoral e da Justiça Eleitoral como pilares da nossa democracia. Sustentar a democracia custa. Custo alto de fato para poder mantê-la e que envolve inclusive o fomento das campanhas eleitorais a partir de uma opção feita pelo Brasil de um financiamento público de campanhas vedando-se a participação de pessoas jurídicas e de empresas no processo eleitoral. Portanto, é um arranjo que se pretende fazer com coisas que já foram realizadas, com coisas que estão por realizar, que podem fazer com que a nossa democracia, que nunca será perfeita, mas que a nossa democracia seja reconhecida e absolutamente consolidada a partir de um sentimento que é muito importante para ela, que é o sentimento de que o cidadão se vê representado por sua classe política. Das palavras do professor Vitalino Canas, cabe de fato à política e ao legislativo, a concepção das leis e a definição das diretrizes, dos princípios, dos preceitos constitucionais que serão, então, aplicados pelo poder executivo e pelo poder judiciário.

Para finalizar, quero dizer que para além de toda essa discussão que envolve o equilíbrio entre os poderes, que envolve regras constitucionais, que envolva novas legislações em termos de sistema político, de sistema de governo, de partidos políticos, é muito importante que haja por parte da sociedade a assimilação plena da importância da democracia, que os problemas graves e até comezinhos da sociedade brasileira possam ser enfrentados e resolvidos. A democracia restará mais forte quando a política tiver a capacidade de solucionar o problema crônico da fome no Brasil. Dizia o professor Vitalino Canas aqui, que é muito difícil sustentar a democracia de barriga vazia, e de fato é. Vai explicar para um pai de família que não tem como dar comida para seus filhos que o conceito de democracia é um conceito pleno e absolutamente importante. Ele pode até acreditar, mas ele não vai viver isso.

Assim como o problema crônico que nós temos de moradia, um déficit habitacional imenso no Brasil, que é uma expressão também de indignidade que contamina a democracia. Como é a insegurança de nós todos ao vivermos na cidade sem saber qual vai

ser o desfecho de um caminho daqui até a sua casa por conta da violência. Nós estamos perdendo a guerra para o tráfico de drogas, para o tráfico de armas, para o crime organizado, e isso é algo que também enfraquece a democracia. O déficit de educação e as dificuldades que nós temos de dar educação de qualidade para crianças e adolescentes, igualmente é um problema. A compreensão e a crítica a respeito da sociedade e do nosso país, da democracia, depende de uma educação de qualidade. Assim, sucessivamente, em relação a todos os bens e valores, nós vamos associar as deficiências crônicas que nós temos no Brasil a uma contaminação e a um enfraquecimento da democracia. Por isso, por último, dizer algo que é absolutamente importante de enfrentarmos e algo que o Congresso Nacional está em mora com a sociedade brasileira. Nós vivemos tempos de tecnologia, de inovação, de novas formas de relacionamento a partir de redes sociais. E o Congresso Nacional ainda não foi capaz de regular essas relações e essas plataformas digitais que estão no dia a dia de cada um dos brasileiros e brasileiras a fazer coisas positivas e coisas boas em termos profissionais, de relacionamento, de conhecimento e de informação, mas também promovendo desordem, discórdia, intolerância, informação falsa, ódio, dividindo a sociedade.

Embora o Senado tenha votado um projeto, o chamado Projeto das Fake News, ainda há essa dependência da aprovação na Câmara dos Deputados e da consolidação no âmbito do Congresso Nacional e sem aqui atribuir culpa, digo que a culpa é de todos nós parlamentares de ainda não termos feito essa entrega à sociedade brasileira. Pretendemos fazê-lo, como pretendemos fazer também em relação à inteligência artificial de um projeto que foi concebido por uma comissão de juristas no qual participaram diversos juristas e nos entregaram ao Senado Federal o marco legal da inteligência artificial que em breve será votado no âmbito do Senado e que sei que o ministro Gilmar Mendes é um entusiasta.

Portanto, a adequação legislativa a essa nova forma de comunicação e convivência é também muito importante para a consolidação e para a preservação da democracia no Brasil. Quanto ao mais, e para finalizar, ressalto o nosso compromisso no âmbito do Congresso Nacional com novas normas, com novas leis, absolutamente sem açodamento, sem nenhum tipo de confrontação, mas buscando fazer aquilo que interessa à sociedade brasileira. E o que interessa à sociedade brasileira, e que é tema desse nosso encontro, é, de fato, o fortalecimento da jovem democracia do Brasil. Muito obrigado.

Professor Vitalino Canas

ADVOGADO E PROFESSOR

Seria necessário nesta sessão de encerramento olhar para o futuro. Ver quais são as formas de podermos enfrentar os desafios que fomos encontrando aqui ao longo destes dias. Vou começar por recordar aqui, porque me parece que é um bom ponto de partida, uma construção que muitos conhecem, de um senhor chamado Samuel Huntington, que definiu uma teoria através da qual ele procurou explicar o desenvolvimento da democracia. Diz ele que a democracia se devolve através de ondas, ou de vagas. Uma primeira vaga que se iniciou no século XIX e foi até 1922, ano em que Benito Mussolini ascendeu ao poder. Depois houve uma segunda vaga a seguir à Segunda Guerra Mundial e, depois, finalmente uma terceira vaga em que assistimos à democratização ou à redemocratização da América Latina, particularmente desde 1978, período balizado, normalmente, pelas eleições na República Dominicana de 1978 até às eleições em El Salvador em 1994, pela democratização na África do Sul com a quebra do apartheid, democratização dos países que saíram do bloco soviético e de alguns que estavam sob o domínio da União Soviética, países lusófonos, Coreia do Sul, Taiwan, portanto uma terceira vaga robusta que se processou a partir de 1974.

Esta terceira vaga foi responsável por levar a democracia a muitos cantos do mundo. O que nem sempre se nota é que Huntington não apenas falou do progresso, no sentido da instituição de mais democracias, mas também chamou a atenção para que, no meio desse progresso, houve situações em que as democracias retrocederam. Indesignadamente, isso sucedeu entre 1922, até ao final da Segunda Guerra Mundial, e ocorreu durante a década de 60 até 1975. Eu diria que nós, nesta altura, estamos de novo numa fase de retrocesso das democracias. A grande questão está em saber se esta fase de retrocesso das democracias é uma fase similar às anteriores. Essa fase, e vou aqui apostar num momento inicial, embora isso possa ser controverso, essa fase de retrocesso das democracias iniciou-se com a ascensão ao poder de Vladimir Putin no final da década de 90 e mantém-se até hoje.

Nós não temos, nos últimos anos, nas últimas décadas, notícia de grandes transições democráticas, pelo contrário, temos a notícia de que algumas autocracias se fortaleceram e até algumas democracias entraram em alguma dificuldade, como é o caso da democracia indiana, a maior democracia do mundo, que foi instaurada logo a seguir a independência da Índia, que se tem mantido, mas que tem mostrado algumas dificuldades ultimamente. Eu vou utilizar, então, esta ideia das vagas da democratização e das dificuldades da democratização que se expressam através dos tais interregnos. A grande questão, que estava há pouco a colocar, é de saber se este interregno a que indubitavelmente estamos a assistir atualmente é um interregno similar aos anteriores ou se é mais estrutural, mais duradouro e mais ameaçador do que os anteriores foram.

Há, ainda, a questão de saber como enfrentá-lo, a grande questão, na verdade. Como enfrentar este inverno democrático que em alguns casos parece vir aí. Na minha faculdade, na Faculdade de Direito de Lisboa, tenho vários alunos que se entusiasma muito com a ideia da democracia militante ou da democracia combatente. Também já ouvimos aqui algumas intervenções neste congresso que remuneram essas ideias inicialmente lançadas por Karl Loewenstein, um jurista alemão que depois teve de fugir dos nazistas para os Estados Unidos da América, mas na década de 1930, 35, 36, 37 escreveu vários escritos, ou fez vários escritos, em que procurou defender e apresentar o modo em que as democracias deveriam enfrentar aqueles que não querem que as democracias persistam. Então surgiram as ideias da democracia militante, da democracia combatente. Eu devo dizer que me surpreende de alguma forma que Karl Loewenstein, que é um grande jurista, um jurista que eu, aliás, cito com muita frequência nos meus trabalhos, é um grande jurista com construções muito boas, mas não parece que a ideia da democracia militante ou da democracia lutadora seja a melhor ideia de Karl Loewenstein. E, sobretudo, não parece que seja uma ideia capaz de enfrentar os desafios que nós nesta altura temos pela frente a nível global.

Primeiro, isso se deve ao fato de que tal teoria possui problemas de natureza teórica, sendo difícil de enquadrar a teoria da democracia lutadora ou militante na teoria mais global da democracia. É difícil. Há aspectos contraditórios que levam a essa dificuldade. Mas não vou aqui desenvolver esse tópico, visto que nos levaria certamente muito longe. Mas há mais três argumentos que não são argumentos muito favoráveis a insistirmos demasiado nas ideias da democracia militante. Desde logo a questão da eficiência ou da eficácia que essas ideias poderão ter. Se observarem bem, a democracia militante, tal como foi defendida por Karl Loewenstein e depois por alguns seguidores, não conseguiu impedir em lado nenhum o retrocesso da democracia, tal como Huntington expôs. A democracia militante nunca teve eficácia suficiente para enfrentar os riscos das democracias e sobretudo não teve nenhum papel na recuperação da nova fase da democratização pós guerra.

A Segunda Guerra Mundial foi, de fato, o que levou a que se iniciasse uma nova fase de democratização, porque as democracias venceram a Segunda Guerra Mundial. Mostraram que são melhores a mobilizar e são melhores a apresentar motivos para fazer a guerra, quando é para defender a democracia. Nisso, a democracia militante não teve qualquer tipo de papel, tal como também não teve nenhum tipo de papel na terceira vaga da democratização, iniciada, como há pouco disse, em 1974. Depois, além disso, a democracia militante é algo que, do ponto de vista simbólico, é muito difícil de defender.

Dentre os escritos de Karl Loewenstein, se forem ver aquilo que ele escreveu na década de 30, verão a defesa de coisas como a democracia totalitária contra o totalitarismo, as constituições autoritárias para defender a democracia, tudo expressões que acho que hoje seriam muito difíceis de defender do ponto de vista do diálogo e do debate público. Portanto, existem argumentos que levam a crer que talvez não seja à democracia militante que nós tenhamos de pedir ajuda para nos defender dos desafios que estão pela

frente. Depois há também um terceiro aspecto, vez que os desafios que encontramos nesta altura são diferentes dos que existiam na década de 30, onde tínhamos ameaças à democracia que vinham de partidos nazi-fascistas, que tinham uma forma de organização militar, que diziam claramente que queriam derrotar a democracia, queriam substituir a democracia por outra coisa, que entendiam que a democracia era algo de corrupto e que não era adequado para a dignidade nacional, portanto havia ameaças que eram ameaças completamente diferentes daquelas que nós hoje enfrentamos. Hoje os céticos da democracia, aqueles que põem em risco a democracia, em princípio não a contestam enquanto regime.

Em princípio, estas pessoas querem se aproveitar da democracia, mas não dizem, não defendem que a democracia deve ser derrubada ou deve ser substituída e utilizam-na e os meios para atingir os seus objetivos. Portanto, os mecanismos da democracia militante talvez não sejam hoje em dia aqueles que mais longe nos levarão na defesa da democracia. Para não deixar aqui de, pelo menos, definir alguma perspectiva de futuro, porque é isso que se pretende, eu iria aqui procurar sugerir dois ou três aspectos onde me parece que nós temos de mexer nos instrumentos, manusear os instrumentos que dispomos para poder defender a democracia. Em primeiro lugar, eu diria que certamente ninguém dirá que temos de defender e utilizar os mecanismos do passado. Eu já falei aqui do sucesso que a democracia teve na guerra, na derrota das autocracias, na Segunda Guerra Mundial.

Penso que nenhum de nós defenderá que devemos fazer outra vez a guerra das democracias contra as autocracias. Penso que não é esse o caminho. É muito caro e, sobretudo, há um aspecto que, se calhar, hoje é diferente do que era há 70 anos atrás. É que hoje as democracias já não conseguiriam vencer as autocracias, pois não possuem o poder que tinham em 1940, quando se deu a Segunda Guerra Mundial. E, portanto, creio que temos de utilizar instrumentos que são próprios da democracia, pela positiva, não pela negativa, não pela democracia militante, mas pela positiva. E utilizando aquilo que são os instrumentos que a democracia nos oferece. Em primeiro lugar, creio que é muito importante ter em conta também palavras que já aqui foram ditas numa das sessões, citando Norberto Bóbio quando dizia que ninguém consegue ser democrata de barriga vazia, de estômago vazio. É bem verdade isto. A democracia venceu sempre por conseguir sempre mostrar que é a melhor forma de corresponder às aspirações das pessoas. Às aspirações de igualdade, às aspirações de bem-estar, às aspirações de desenvolvimento económico, devendo a democracia mostrar que é melhor nisso do que os regimes alternativos, e temos de apostar nisso.

É certo que hoje o desafio é mais difícil, porque já não é possível defender aquilo que se defendia há algumas décadas atrás, a ideia de que democracia equivalia a desenvolvimento, porquanto hoje existem modelos alternativos que também são performantes, que conseguem satisfazer as suas respectivas populações. Olhamos para a China, olhamos para outros estados como os estados das monarquias do Golfo. Olhamos para semi democracias como Singapura, como a Malásia, todos estes estados que não são plenamente democráticos, alguns até são estados autoritários, que conseguem tam-

bém ter modelos de desenvolvimento que são satisfatórios para as respectivas populações. A democracia tem, portanto, hoje uma tarefa mais complicada do que tinha há algumas décadas atrás.

Há algumas décadas atrás, na década de 50, de 60, de 70 do século passado, a democracia aparecia como o modelo mais eficaz a conseguir desenvolver a economia, a conseguir criar riqueza, a conseguir criar igualdade. Hoje já não é assim e temos, então, de reinventar a democracia no sentido de passar de novo a ser assim e passar a acontecer de novo que a democracia seja atraente também desse ponto de vista. Depois, em segundo lugar, temos de insistir numa ideia que é uma ideia que também não é fácil defender, ou começa a não ser fácil defender, a ideia de que não há democracia a não ser a democracia representativa. Nós vemos muitos modelos alternativos de democracia. Começamos a ouvir falar da democracia eletrônica e começamos a ouvir falar de algumas ideias de substituir a democracia representativa por esta, uma democracia online, uma democracia em que discutimos e deliberamos os assuntos em permanência através de meios online. Penso que isso não é possível, penso que isso é um modelo que não é viável e penso que o modelo da democracia será sempre um modelo de democracia representativa.

É a democracia dos modernos e é aquela que é pode viajar, sendo a democracia também baseada nos partidos políticos. Sei que isto não é totalmente popular em muitos setores da população, que olham para os partidos políticos como instrumentos clientelares, instrumentos que se utilizam dos recursos públicos, instrumentos que servem para, de uma forma egoísta, perseguir interesses próprios. Isto é uma ideia que está muito espalhada por todos nós, entre os cidadãos, e em alguma medida é uma ideia que tem bases certas, de forma que não pode ser ignorada, não podemos menosprezar alguma verdade que está por trás dessa ideia, mas temos de criar condições para que os partidos políticos sejam de novo fortalecidos com capacidade para prosseguir naquilo que são os pilares da democracia representativa.

Em terceiro lugar e último, queria aqui salientar também um aspecto. O constitucionalismo moderno, aquele que surgiu depois da Segunda Guerra Mundial, tem instrumentos poderosos de defesa da Constituição e de defesa da democracia. Esses instrumentos devem ser valorizados, não devem ser vilipendiados. É claro que temos de compreender as constituições mais recentes que temos hoje, as quais designo como habitualmente vítimas do seu próprio sucesso. O sucesso da Constituição e o sucesso do constitucionalismo levaram às constituições que temos hoje, que possuem normas para tudo. São constituições generosas, são constituições generosamente inclusivas.

Atualmente, todas as pretensões que passam pela sociedade mais tarde ou mais cedo têm correspondência na Constituição. Todos os nichos de interesses, todas as perspetivas minoritárias e majoritárias acabam por ter alguma correspondência na Constituição. E isso leva a um fenómeno que é relativamente novo, mas que está a explodir dentro do constitucionalismo, que é o fenómeno do hiperconstitucionalismo e das colisões normativas cada vez mais frequentes dentro da Constituição. Hoje de manhã tivemos aqui uma excelente intervenção do Ministro Jorge Messias, que nos dizia que corremos o

risco de as pessoas se desiludirem com a Constituição, porque vêem que a Constituição tem determinado conjunto de promessas que depois não são cumpridas. É verdade. Por quê? Porque não é possível cumpri-las todas. Muitas delas são contraditórias. Muitas delas são incumpríveis em termos, digamos, idênticos ao mesmo tempo.

As constituições, dessa forma, restam enquanto vítimas do seu sucesso, repito, são vítimas do sucesso de quem viu que a constituição era o local próprio para resolver problemas. E, portanto, temos muitas colisões normativas, as quais devem ser resolvidas com sensatez, com equilíbrio, têm de ser resolvidas com harmonização. O primeiro agente da harmonização das colisões normativas é o legislador democrático. Senador, com certeza, é o legislador democrático que tem a principal responsabilidade de harmonizar aquilo que a Constituição promete, mas que não pode cumprir ao mesmo tempo. Tem de haver harmonização. A nossa sociedade não tem recursos suficientes para cumprir tudo ao mesmo tempo, até porque às vezes as coisas são incumpríveis por natureza, são contraditórias entre si.

Deve-se, portanto, haver a harmonização e compete ao legislador democrático essa primeira visão sobre como harmonizar pretensões colidentes que venham protegidas pela Constituição. Mas não mas não apenas o legislador democrático, também aquilo que é talvez a maior criação do constitucionalismo moderno, a justiça constitucional. Esta que, por sua vez, começou lá atrás em algumas experiências, começou com Hans Kelsen na Constituição de 1920, austríaca, ou mesmo antes disso, na Constituição da Checoslováquia, uns meses antes, vem lá de trás. Mas foi muito aperfeiçoado, tem sido muito aperfeiçoado depois do final da Segunda Guerra Mundial. E eu queria aqui dizer o seguinte, e aqui terminarei, porque estamos num seminário de comemoração dos 35 anos da Constituição de 5 de Outubro de 1988. Deixem-me fazer um parênteses para dizer que gosto muito desta data de 5 de outubro, porque é a data também da Revolução Republicana Portuguesa. Assim, 5 de outubro é uma grande data, também para fazer uma Constituição cidadã, como a Constituição Brasileira.

A Constituição Brasileira tem, e vai ficar no constitucionalismo universal, por várias marcas. Não vou falar de todas elas como é óbvio, mas vou falar desta que tem a ver com o ministro Gilmar Mendes e com o STF. A Constituição Brasileira consagra um sistema de garantia e fiscalização da constitucionalidade que é único no mundo. Ouvimos muitas vezes dizer que se trata de um sistema misto também em relação à Constituição Portuguesa e ao sistema de fiscalização da constitucionalidade nela previsto, que também se diz ser um sistema misto. Eu temo que essa denominação esconda aquilo que verdadeiramente está por trás da Constituição brasileira, quando instituiu o sistema de fiscalização da constitucionalidade que instituiu.

Porém, qual a razão disto? Porque quando se fala de sistema misto parece que estamos a dizer que fomos buscar ali uma peça àquele sistema, trouxemos outra dali, pusemos tudo em conjunto, e aconteceu. Eu acho que a Constituição brasileira, tal como a Constituição portuguesa, mas menos, aquilo que fez foi, no fundo, criar um sistema global de fiscalização da constitucionalidade, que permite que qualquer inconstitucionalidade ou qualquer dúvida de constitucionalidade chegue ao juiz constitucional e em último

recurso ao próprio STF. A Constituição Brasileira é única no mundo nessa visão global da luta contra as inconstitucionalidades. Já ouvi aqui dizer que a Constituição Brasileira talvez tenha exagerado. Não pode ter exagerado. Porque na verdade o que a Constituição Brasileira fez foi, tendo em conta que se trata de uma Constituição generosa, generosa inclusivamente, a Constituição Brasileira tem de ter um sistema robusto de resolver este problema que eu há pouco referi.

Todavia, por ser uma constituição generosa, acaba por suscitar muitas colisões normativas, necessitando de um sistema robusto para resolvê-las. Passa pelo legislador, mas também pelo juiz constitucional e pelo STF. Por isso queria aqui colocar que me parece que, para o futuro, para o constitucionalismo universal, daqui a 100 anos, daqui a 200 anos, tal como hoje falamos de *Marbury versus Madison* de 1813 e até de outras decisões menos conhecidas da justiça constitucional americana. Quando falamos de *Marbury versus Madison* como momento histórico, fundador do constitucionalismo moderno, estou certo que daqui a algum tempo, daqui a décadas, daqui a um século, falaremos também da constituição brasileira como tendo criado um modelo novo de fiscalização da constitucionalidade, um modelo global, integral de fiscalização da constitucionalidade. Muito obrigado.

**TRABALHOS
APRESENTADOS
EM GRUPOS DE
TRABALHO**

O meio de prova no Direito Processual e o Blockchain

The means of proof in Procedural Law and Blockchain

Aline Regina Alves Stangorlini
Diogo Tadeu Dal'Agnol

RESUMO:

O presente artigo tratará a possibilidade de utilização do blockchain como meio de prova no processo brasileiro. Assim traremos a conceituação da tecnologia, por uma análise jurídica da possibilidade de utilização da mesma como meio de prova e, por fim, por um levantamento de como essa matéria vem sendo tratada pelo Poder Judiciário brasileiro. Adota-se também a metodologia quantitativa, fazendo-se uso da busca booleana, para se chegar a uma avaliação preliminar acerca da jurisprudência que envolve a matéria.

PALAVRAS-CHAVE: Blockchain; Meio de prova; Processo Civil

ABSTRACT

This article will address the possibility of using blockchain as a means of evidence in the Brazilian process. Thus, we will bring the conceptualization of technology, through a legal analysis of the possibility of using it as a means of evidence and, finally, through a survey of how this matter has been treated by the Brazilian Judiciary. A quantitative methodology is also adopted, using Boolean search, to reach a preliminary assessment of the jurisprudence surrounding the matter

KEYWORDS: Blockchain; Evidence; Civil Procedure

INTRODUÇÃO

O blockchain vem ganhando espaço em diversas áreas da vida humana. Sua capacidade de resolver determinados problemas e apresentar novas soluções tecnológicas a torna disruptiva, o que tem levado ao aumento de artigos científicos voltados à pesquisa dos possíveis usos dessa tecnologia (CASTAÑEDA-AYARZA et. al., 2019). São incontáveis as possibilidades de aplicação da tecnologia blockchain, as questões

que surgem dessas aplicações, por exemplo, aos smart contracts, (BOTTINO e TELLES, 2018), apresentar soluções para cartórios (SALLES, 2019) e até mesmo para a área da saúde.

Examinaremos juridicamente um dos possíveis usos dessa tecnologia, que consiste em servir como meio de prova na processualística, sob a ótica do devido processo legal. A relevância do presente artigo se justifica pela novidade do tema, ainda pouco explorado em artigos científicos e até mesmo na jurisprudência. O problema fundamental é a tecnologia blockchain é compatível com os meios de prova admitidos no direito processual brasileiro?

O cerne que há compatibilidade, o blockchain pode ser considerado um meio idôneo de prova para o processo e o devido processo legal essa demonstração adota-se a metodologia exploratória, uma vez que se busca investigar a materialização de um fenômeno tecnológico e seus desdobramentos no âmbito do processo civil. Adota-se também a metodologia quantitativa, fazendo-se uso da busca booleana, para se chegar a uma avaliação preliminar do estado da arte da jurisprudência.

Serão abordados aspectos conceituais, principais aspectos técnicos que definem essa tecnologia, delimitar o seu alcance prático na solução de problemas do mundo real. Assim, a explicação como essa tecnologia pode servir para conferir integridade a determinados dados, ser utilizada como meio idôneo de prova no âmbito do direito processual.

Por fim, será abordado os resultados de uma busca booleana com a palavra-chave “blockchain” na seção de jurisprudência do site Jusbrasil. Será realizada a busca completa da plataforma que abrange STJ, STF, TST, TSE, TCU e no sistema “push” .

Os resultados serão quantificados e divididos por órgãos julgadores, será traçado um panorama geral dos julgados encontrados nos dois primeiros resultados e uma análise pormenorizada de alguns dos julgados, com base em uma análise subjetiva de relevância com o tema.

CONCEITUAIS E ORIGEM

O blockchain trata-se uma tecnologia de gerenciamento de dados pautada por uma arquitetura descentralizada e criptografada, o conceito é trazido dessa forma, ficando parecendo se tratar de algo simples é necessário um certo grau de aprofundamento conceitual para entender o que torna essa tecnologia tão disruptiva e especial.

Traduzindo a palavra blockchain temos a transcrição de cadeia de blocos, a tecnologia surgiu em em questão 2008, inaugurada por um manuscrito de Satoshi Nakamoto, denominado “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System”, trata-se de um pseudônimo utilizado por aquele ou aqueles que inauguraram as bases teóricas do blockchain (NAKAMOTO, 2008).

A primeira característica dessa tecnologia, é preciso subdividir as arquiteturas dos softwares em duas categorias: a primeira composta pelos centralizados e a segunda pelos distribuídos, ou descentralizados (TANENBAUM e STEEN, 2007).

Nos softwares centralizados, a arquitetura de validação de dados e trocas de informa-

ções são realizadas por uma espécie de componente central, por exemplo, em um banco ou em um cartório. Imagine uma pessoa transferindo um certo montante em dinheiro para outra pessoa, a transferência do valor passa pela validação da instituição bancária, que se vale de um software centralizado, onde apenas um núcleo detém aquelas informações (DRESCHER, 2017).

O mesmo ocorre com a transferência de um bem imóvel, o cartório caso se valha de algum software onde essa troca de informações é validada, também se valerá de uma arquitetura centralizada.

Os softwares descentralizados, é o caso do blockchain, os componentes se conectam entre eles sem que haja um elemento central responsável pelo gerenciamento dos dados (DRESCHER, 2017).

Tradução, as principais vantagens de um software de arquitetura distribuída: mais capacidade de processamento, redução de custos, mais confiabilidade e capacidade de expandir-se naturalmente (DRESCHER, 2017).

O fato é que em um sistema distribuído a capacidade de processamento se dá através da combinação do rendimento dos vários computadores empenhados na ação de processamento, mesmo um conjunto deles realizando essas tarefas em um ambiente centralizado. A redução de custos está atrelada ao fato de que a manutenção de um supercomputador costuma ser mais cara do que a de diversos computadores convencionais distribuídos em uma rede descentralizada.

Assim, a confiabilidade está em um nível mais elevado que o de sistemas centralizados pode ser explicado pelos muitos pontos de falha espalhados em um sistema distribuído. Isso possibilita que, caso máquinas individuais falhem, o sistema distribuído continuará funcionando, diferentemente de uma falha ocorrida em um sistema centralizado.

Em análise, a capacidade de expandir-se naturalmente se dá pelo fato de que toda vez que um computador novo é agregado ao sistema, aumenta-se a capacidade de processamento, a capacidade de processamento de todo o sistema pode ser expandida de maneira incremental tendo na base de quantos computadores ou dispositivos estejam ligados.

No sistema puramente distribuído, também há desvantagens que são: overhead de coordenação, overhead de comunicação, dependência de redes, mais complexidade nos programas e problemas de segurança (DRESCHER, 2017).

O overhead de coordenação e comunicação, trata-se do desafio de coordenação em um sistema distribuído uma vez que essa tarefa deve ser desempenhada pelos próprios computadores que compõem a rede, necessariamente a comunicação se extrai. O segundo conceito, uma vez que nesses sistemas a comunicação entre os computadores que fazem parte do sistema apresenta-se também como um desafio.

As redes são o meio pelo qual a coordenação e a comunicação acontecem, não poderia haver comunicação entre os computadores empenhados no sistema, a dependência das redes é outro ponto frágil que merece destaque. Porém, um dos maiores problemas em um sistema puro de software distribuído é o problema da segurança, ele surge em

decorrência dos dados críticos que podem ser trocados em uma rede descentralizada, como dados financeiros. Isso cria brecha para que usuários mal-intencionados busquem a interceptação desses dados trocados.

Os conceitos de sistemas centralizados e sistema distribuídos, bem como as vantagens e desvantagens dos sistemas descentralizados. O blockchain é uma ferramenta para prover, justamente, a integridade de sistemas descentralizados de softwares.

Para entender como o blockchain oferece as soluções para os principais problemas apresentados pelos sistemas distribuídos é necessário que adentremos no conceito de arquitetura peer-to-peer -P2P- (ORAM, 2001).

O sistema P2P, tem como objetivo principal fazer com que cada computador distribuído pela rede seja ao mesmo tempo usuário e disponibilizador de recursos, sendo compreendida como uma rede conectada de computadores onde cada peer, denominação dada a esses computadores, pode atuar tanto como cliente quanto como servidor, e seus principais objetivos são aumentar a disponibilidade do recurso e aumentar a largura de banda de upload do sistema (ORAM, 2001).

Para finalizar os conceitos e o entendimento sobre o blockchain, se faz necessário explorar os conceitos de criptografia e, finalmente, o funcionamento e a lógica da chamada cadeia de blocos que seria a natureza de validar a existência ou não da posse de determinados dados, garantindo a integridade e a inviolabilidade dos mesmos.

O sistema distribuído ponto a ponto, todos os computadores são responsáveis pela manutenção e pela ordem dos dados trocados entre os usuários, os dados ficam armazenados, ao mesmo tempo através de uma espécie de livro-razão único (ORAM, 2001).

Traduzindo, todos os nós ou computadores, espalhados pelo sistema possuem um mesmo conjunto de informações inseridas, todos possuem o mesmo livro-razão, com os mesmos dados inseridos e na mesma sequência e que quando acessamos com as chaves corretas os dados viram a informação.

A tecnologia blockchain resolve esse problema diretamente relacionado à integridade do sistema da seguinte forma:

“O Blockchain enquanto ‘banco de dados’ é atualizado de tempos em tempos constituindo-se, portanto, numa crescente conexão de ‘blocos de informação’. Cada bloco é um conjunto contendo diversas informações ocorridas entre os intervalos de atualização da Blockchain. No caso da Blockchain do Bitcoin, estas informações são transações financeiras intersubjetivas. Neste viés, entende-se a significância metafórica do vocábulo blockchain, de origem inglesa, significando ‘corrente de blocos’. Metaforicamente, é como se a Blockchain fosse uma ‘corrente’ – banco de dados atualizável – de quantidade crescente de ‘elos’. Cada ‘elo da corrente’ seria um ‘bloco’ contendo diversas informações ocorridas num certo intervalo de tempo. Quando ocorre uma nova transação de bitcoin, ela é, num certo sentido, ‘carimbada’ com data e hora e analisada contra o atual Blockchain do Bitcoin visando assegurar a eliminação do problema do gasto duplo. Desta forma, uma nova transação de bitcoin será uma, dentre muitas outras, pertencentes a um certo bloco de informações que, após determinado intervalo de tempo, será adicionado

à corrente de blocos. Caso se tente usar um mesmo quantum de bitcoin mais de uma vez, numa duplicidade de transação, tem-se que, devido ao ‘carimbo com data e hora’, a rede global¹⁴ peer-to-peer desconsidera a segunda transação e mantém a primeira, conforme a ‘carimbação de tempo’ respeitando a perfeita ordem de ocorrência cronológica.” (COSTA, 2019).

Assim, não há o problema do gasto duplo, o último desafio do blockchain diz respeito à proteção dos dados contra acessos por pessoas não autorizadas:

“As transações são verificadas, e o gasto duplo é prevenido, por meio de um uso inteligente da criptografia de chave pública. Tal mecanismo exige que a cada usuário sejam atribuídas duas ‘chaves’, uma privada, que é mantida em segredo, como uma senha, e outra pública, que pode ser compartilhada com todos. Quando a Maria decide transferir bitcoins ao João, ela cria uma mensagem, chamada de ‘transação’, que contém a chave pública do João, assinando com sua chave privada. A criptografia de chave pública garante que todos os computadores na rede tenham um registro constantemente atualizado e verificado de todas as transações dentro da rede Bitcoin, o que impede o gasto duplo e qualquer tipo de fraude” (ULRICH, 2014).

A tecnologia blockchain se mostra como capaz de resolver os principais problemas de integridade de um sistema distribuído de ponta a ponta, inaugura-se a análise de como essa tecnologia pode servir como meio de prova no processo brasileiro.

- BLOCKCHAIN, PRODUÇÃO DE PROVA E PROCESSO BRASILEIRO

Atualmente, em todo nosso entorno há uma explosão de conteúdos com termo fake news, conteúdos falsos são facilmente disseminados, principalmente com o advento das redes sociais, como Facebook, Instagram, Whatsapp e etc.

Existe um duplo desafio, o primeiro diz respeito à veracidade das informações divulgadas e, o segundo, da integridade dos dados virtuais. Os dados virtuais são o instrumento através do qual uma informação, seja ela verdadeira ou falsa, é veiculada na internet.

O blockchain pode ser útil quando o assunto é a integridade desses dados. Se uma pessoa é vítima de crime contra a honra em uma rede social e resolve realizar um print, que é uma espécie de captura da imagem de uma tela. Essa prova em formato de imagem não seria, por si só, capaz de comprovar que aquele conteúdo, uma vez que qualquer imagem pode ser modificada em um programa ou app.

A prova documental pode ser conceituada como a representação física que visa corroborar o fato alegado pela parte, o que vamos discutir aqui é à autenticidade da prova documental, seja ela, fotografia, desenho, escritos fiscais, audios ou gravações, considera-se autêntica quando, após apresentada em juízo, não houver impugnação da parte contrária, nos termos do art. 411, inciso III do CPC. (OLIVEIRA e CARDOSO, 2019)

O art. 369 do CPC é bastante flexível com relação ao rol de provas que podem ser utilizados pelas partes no processo ao estabelecer que não há um rol taxativo que limite os meios de provas possíveis de serem empregados no processo.

A garantia fundamental ao devido processo legal, diferentemente do que ocorria nos textos constitucionais anteriores, foi incorporada ao texto da Constituição de 88 em seu inciso LV, do artigo 5º, em face de sua indispensabilidade à proteção dos direitos fundamentais, pois configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção aos direitos civis e políticos, quanto no âmbito formal, ao assegurar a paridade total de condições.

Importante ressaltar que o direito à prova é um desdobramento do contraditório, consectário do devido processo e que, assim, as limitações probatórias devem ser mínimas. No art. 428, I e II, do CPC dispõem que a cessação da fé do documento particular quando for impugnada sua autenticidade e enquanto não se comprovar sua veracidade, ou, assinado em branco, for impugnado seu conteúdo, por preenchimento abusivo.

Percebe-se a fragilidade do meio de prova coletado na forma de print e é nesse contexto que surge o serviço oferecido pela OriginalMy como uma das opções que emprega a tecnologia blockchain para a garantia da integridade dos dados encontrados na internet. De acordo com o site, ao descrever o serviço PACWeb :

“A PACWeb faz uma cópia completa do conteúdo que está sendo visualizado no seu navegador e gera um relatório comprovando a sua existência. A partir do relatório gerado pelo plugin, é criado um hash, código único e exclusivo, que identifica o seu documento em nosso site” (ORIGINAL MY, 2020).

Nesse contexto, é possível provar, de forma segura, que tal informação se fazia presente em um site em certo momento do tempo. Não sendo tecnicamente possível, desta forma, ocultar a prova com a ação de deletá-la da rede e a impugnando posteriormente no âmbito judicial usando como argumento a fragilidade da prova.

Entendidas as possibilidades de aplicação prática do blockchain como meio idôneo de prova, bem como as questões jurídicas que envolvem o tema, passa-se à análise de como a questão vem sendo enfrentada no âmbito do Poder Judiciário.

- JURISPRUDÊNCIA, BLOCKCHAIN E MEIO DE PROVA

Em nossa metodologia quantitativa, os resultados de uma busca booleana realizada com a palavra-chave blockchain na aba de jurisprudência do sites . do STF, STJ, TST, TSE e TCU.

O objetivo não é esgotar os julgados sobre o tema, mas apenas trazer um esboço de como a matéria vem sendo enfrentada pelos órgãos e tribunais. Os resultados foram filtrados por órgãos e tribunais, quantificados e, por fim, através da metodologia exploratória, serão explorados apenas os julgados que mais se aproximam da temática do

O art. 369 do CPC é bastante flexível com relação ao rol de provas que podem ser utilizados pelas partes no processo ao estabelecer que não há um rol taxativo que limite os meios de provas possíveis de serem empregados no processo.

A garantia fundamental ao devido processo legal, diferentemente do que ocorria nos textos constitucionais anteriores, foi incorporada ao texto da Constituição de 88 em seu inciso LV, do artigo 5º, em face de sua indispensabilidade à proteção dos direitos fundamentais, pois configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção aos direitos civis e políticos, quanto no âmbito formal, ao assegurar a paridade total de condições.

Importante ressaltar que o direito à prova é um desdobramento do contraditório, consectário do devido processo e que, assim, as limitações probatórias devem ser mínimas. No art. 428, I e II, do CPC dispõem que a cessação da fé do documento particular quando for impugnada sua autenticidade e enquanto não se comprovar sua veracidade, ou, assinado em branco, for impugnado seu conteúdo, por preenchimento abusivo.

Percebe-se a fragilidade do meio de prova coletado na forma de print e é nesse contexto que surge o serviço oferecido pela OriginalMy como uma das opções que emprega a tecnologia blockchain para a garantia da integridade dos dados encontrados na internet. De acordo com o site, ao descrever o serviço PACWeb :

“A PACWeb faz uma cópia completa do conteúdo que está sendo visualizado no seu navegador e gera um relatório comprovando a sua existência. A partir do relatório gerado pelo plugin, é criado um hash, código único e exclusivo, que identifica o seu documento em nosso site” (ORIGINAL MY, 2020).

Nesse contexto, é possível provar, de forma segura, que tal informação se fazia presente em um site em certo momento do tempo. Não sendo tecnicamente possível, desta forma, ocultar a prova com a ação de deletá-la da rede e a impugnando posteriormente no âmbito judicial usando como argumento a fragilidade da prova.

Entendidas as possibilidades de aplicação prática do blockchain como meio idôneo de prova, bem como as questões jurídicas que envolvem o tema, passa-se à análise de como a questão vem sendo enfrentada no âmbito do Poder Judiciário.

- JURISPRUDÊNCIA, BLOCKCHAIN E MEIO DE PROVA

Em nossa metodologia quantitativa, os resultados de uma busca booleana realizada com a palavra-chave blockchain na aba de jurisprudência do sites . do STF, STJ, TST, TSE e TCU.

O objetivo não é esgotar os julgados sobre o tema, mas apenas trazer um esboço de como a matéria vem sendo enfrentada pelos órgãos e tribunais. Os resultados foram filtrados por órgãos e tribunais, quantificados e, por fim, através da metodologia exploratória, serão explorados apenas os julgados que mais se aproximam da temática do

presente artigo.

Ao separar os resultados por número de julgados contendo a palavra-chave blockchain chegou-se ao seguinte resultado:

- 1) STF – o Órgão possui duas decisões monocráticas, pertencentes ao Ministro Alexandre de Moraes, ambos referentes ao uso da tecnologia .
- 2) STJ – o Órgão possui 1 acórdão que versa sobre a demanda de blockchains e meio de prova .
- 3) TST – o Órgão possui 1 acórdão que versa sobre a demanda de blockchains e meio de prova .
- 4) TSE – o Órgão possui 41 resultados de acordãos que versam sobre a demanda de blockchains e meio de prova .
- 5) TCU – o Órgão possui 38 resultados de acordãos que versam sobre o tema em questão, notório pe o escalonamento da demanda no referido orgão. No ano de 2017, 2018 foram em cada ano uma decisão. Já no ano de 2019 tiveram 09 acordãos, no ano de 2020 o número sobe para 14. Nos anos de 2021 e 2022 respetivamente temos 8 acordãos e 7 acordãos .

Os órgãos jque mais menciona a palavra-chave “blockchain” é o TSE e TCU, temos aqui um orgão judicial e um outro orgão administrativo. Isso se dá uma vez que, em virtude de que cada orgão parte da premissa de checagem e validação das informações.

TSE, peneira jurídica dos processos eleitorais que versão sobre a análises de fakenews nas suas demandas processuais que assonalaram o país nos últimos 5 anos, o Tribunal de Contas da União discutiu o potencial do uso da tecnologia blockchain na prestação de contas públicas. Outro tema recorrente é o uso do blockchain para a criação de uma criptomoeda indígena, o que, segundo o julgado, poderia fomentar o desenvolvimento econômico das regiões habitadas pela população indígena, conforme nossa pesquisa a onde o link direciona para vários julgados.

Outro ponto destacado em alguns dos julgados do TCU é a alteração da Portaria RFB 1.639/2016 pela Portaria RFB 1.788, de 19/11/2018 para permitir uma nova forma de acesso - por meio da tecnologia blockchain - ao protocolo de compartilhamento de dados do CPF.

Ora, na elucidação do trabalho acerca do preciosismo das relações a qual o processo se inicia nos tribunais dos estados brasil a fora, observa-se conflitos que, na maior parte dos casos, se referem à imposição de prazo de liquidação às exchanges, que funcionam como uma espécie de corretora de criptomoedas.

Para ilustrar o gargalo jurídico acerca do tema atentemos ao Agravo de Instrumento nº 2237253- 77.2018.8.26.0000 , que tramitou no Tribunal de Justiça de São Paulo, em que o ex-governador do Goiás, Marconi Perillo, pediu a retirada de conteúdo que considerou falso e ofensivo de redes sociais, como Facebook, Instagram e Twitter.

Ao apreciar esse pedido, a Desembargadora Fernanda Gomes Camacho entendeu que não havia necessidade, pois havia sido utilizada a tecnologia blockchain oferecida pela

plataforma OriginalMy para validação dos dados inseridos nessas redes sociais e, portanto, uma vez inseridos na cadeia de blocos, a prova estaria cristalizada:

“Outrossim, não se justifica a pretensão de abstenção de comunicação de terceiros a respeito dos requerimentos do agravante e dos termos da demanda, inclusive porque o próprio recorrente afirmou que ‘a partir do conhecimento dos fatos, o Autor providenciou a preservação de todo o conteúdo via Blockchain, junto à plataforma OriginalMY, hábil a comprovar a veracidade e existência dos conteúdos’.” (BRASIL, 2018)

Nesse caso a validação das provas via blockchain foi abordada com a ênfase dada da certificação do conjunto probatorio, seja uma especie de ata notarial digital. Porém, é importante verificar que o uso do blockchain como ferramenta para atestar a integridade de dados virtuais começa a ganhar espaço nos embates travados no âmbito do Poder Judiciário.

De forma geral, o Poder Judiciário vem se manifestando, ainda que de forma tímida, no sentido de que o registro de provas em blockchain possui as condições de licitude para que a documentação nela registrada seja considerada como prova em um processo judicial e, ainda, reúne requisitos de autenticidade capazes de se equiparar a uma ata notarial.

Como o assunto ainda é recente, devemos ficar atentos aos próximos passos dos tribunais que certamente lidarão com casos de uso da blockchain, uma alternativa viável, segura e menos custosa para a preservação de provas, desde que asseguradas as garantias do devido processo legal.

A prova registrada na blockchain tem uma características *iuri et iuri* além de ser imutável, ela registra a data e o horário que a prova foi adicionada na rede e inclui uma assinatura digital exclusiva ao arquivo, conhecida como hash, composta por letras e números e que são únicos por registro.

Uma facilidade que se adiciona pelo registro na blockchain é que, como é tudo feito online, a prova pode ser preservada em qualquer dia e horário, por qualquer pessoa, diferentemente da ata notarial, que exige um tabelião e que seja feita durante o expediente do cartório, sem contar o alto custo.

CONCLUSÃO:

À conclusão que podemos chegar é a de que a tecnologia blockchain pode ter um impacto significativo quando o assunto se refere aos meios de prova empregados nos âmbitos administrativo e judicial.

O motivo é o fato dela conferir integridade a dados digitais, o que gera uma prova dotada de idoneidade. Assim, no mundo digital e dinâmico, quando pensamos em um fato onde boa parte das relações entre as pessoas se dá através da internet, que por vezes se encontra repleta de dados falsos, injuriosos e difamatórios que carregam em si um rastro de dados, que podem desaparecer com a simples exclusão de seus conteúdos, a

perspectiva é que essa ferramenta seja cada vez mais utilizada para conferir integridade a esses dados com a finalidade de se formar uma prova processual robusta e válida.

Ao adotar o princípio da liberdade quanto à forma, o ordenamento jurídico brasileiro confirma o valor probatório dos documentos que utilizam a tecnologia Blockchain, porque, quando a lei não condiciona a validade da declaração de vontade das partes contratantes ao cumprimento de uma formalidade específica, que devem ser firmados por escritura pública e dependem de registro - o negócio jurídico pode ser realizado por qualquer forma não contrária à legislação, inclusive mediante utilização de Blockchain. Além disso, o Código Civil quanto o Código de Processo Civil reconhece, expressamente, a validade dos documentos eletrônicos como meio de prova em juízo. Ao tratar das provas produzidas por meios eletrônicos, o art. 441 do Código de Processo Civil é expresso ao prever que “serão admitidos documentos eletrônicos produzidos e conservados com a observância da legislação específica”.

Ademais, assegura-se o princípio da atipicidade da prova, em linha com o modelo constitucional do direito processual civil. De acordo com tal princípio, são admitidos todos os meios legais e moralmente legítimos para provar a veracidade dos fatos, ainda que não especificados em lei.

Com relação ao tema abordado na jurisprudência, pode-se concluir que o tema blockchain ainda é pouco abordado no Poder Judiciário e demais órgãos julgadores, visto que o total de resultados encontrados nas plataformas dos Tribunais citados com a palavra-chave “blockchain” foi uma maneira de ter uma metodologia quantitativa acerca do tema do proposto.

Entretanto, em dois precedentes pode-se observar que o blockchain já foi utilizado como meio de garantir idoneidade a dados digitais utilizados como prova no âmbito do processo civil, processo do trabalho e direito do trabalho, processo eleitoral e direito eleitoral, bem como processos administrativos, o que demonstra que o objeto abordado nesse artigo já está sendo objeto de apreciação pelo Poder Judiciário e de Órgãos Administrativos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOTTINO, Thiago; TELLES, Christiana Mariani da Silva. Lavagem de dinheiro, bitcoin e regulação. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 148, 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2237253-77.2018.8.26.0000. Agravante: Marconi Ferreira Perillo Junior. Agravados: Twitter Brasil Rede de Informação LTDA e Facebook Serviços Online do Brasil LTDA. Relatora: Desem-

bargadora Fernanda Gomes Camacho. São Paulo, 19 de dezembro de 2018.

CASTAÑEDA-AYARZA, Juan Arturo; NEVES, Cíntia; TEIXEIRA, André Frazão. Pesquisa bibliográfica sobre os estudos científicos relacionados com o bitcoin e a blockchain. *Revista Contemporânea de Economia e Gestão*, v. 17, n. 3, p. 79, 2019.

COSTA, Felipe Ramos. Os criptoativos: historicidade, natureza jurídica, conceito e problematizações jurídico-econômicas. Monografia (Monografia em direito) – UFJF. Juiz de Fora, p. 17, 2019.

DRESCHER, Daniel. Blockchain básico: uma introdução não técnica em 25 passos. 1. Ed. São Paulo: Novatec Editora, p. 24 - 17, 2017.

FERREIRA, Diogo de Castro. As criptomoedas e os desafios regulatórios e fiscais. In: CONTRERAS, Edgar Fuentes; FILPO, Klever; LIMA, Monique Falcão. Inovação e produção de direito. Rio de Janeiro. Grupo Multifoco, 2018. p. 297 – 314.

FERREIRA, Juliandson Estanislau; PINTO, Filipe Gutemberg Costa; SANTOS, Simone Cristiane dos. Estudo de mapeamento sistemático sobre as tendências e desafios do blockchain. *Revista Eletrônica de Gestão Organizacional*, v. 15, Edição Especial, p. 112, 2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. Processo de conhecimento e cumprimento de sentença – Comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Método, 2018, p. 235.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. Teoria Geral do Processo – Comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Método, 2017, p. 696.

GALVAO, Maria Cristiane Barbosa; BORGES, Paulo César Rodrigues. Ciência da informação: ciência recursiva no contexto da sociedade da informação. *Ci. Inf.*, Brasília, v. 29, n. 3, p. 40-49, Dec 2000. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.scielo.br/j/ci/a/HZfRbyYj3Cngym3VN9FHPjG/?lang=pt&format=pdf> Acesso em: 01 de outubro 2023.

GANS, Joshua; GANDAL, Neil. More (or less) economic limits of the blockchain. 2020. Disponível em: <https://voxeu.org/article/more-or-less-economic-limits-blockchain>. Acesso em: 01 de outubro de 2023.

LIMA, Gustavo André Mateus Vaz de et al. As operações de pontos de entrega voluntária como solução de gestão de resíduos sólidos pós-consumo para a economia circular. 2018.

LOPES, João Batista. PROVAS ATÍPICAS E EFETIVIDADE DO PROCESSO. *Revista Eletrô-*

nica de Direito Processual, Rio de Janeiro, v. 5, n. 5, p. 389-402, jan. 2010. Semestral. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23097>. Acesso em: 01 de outubro de 2023.

LYRA, João Guilermme. Blockchain e Organizações Descentralizadas. Rio de Janeiro: Brasport, 2019. Livro Digital.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil: volume 2. 2017.

MONTEIL, Cécile. Blockchain and health. In Digital Medicine. Springer, p. 41 – 49, 2019.

MOREIRA, Rodrigo. Investigação preliminar sobre o blockchain e os smart contracts. Revista de Direito e as Novas Tecnologias, v. 3, 2019.

OLIVEIRA, Harlei Rafael; CARDOSO, Ciro Portella. A (I) legalidade das provas obtidas a partir de aplicativos em processo judicial. Plataforma de Submissão de Trabalhos e Anais de Eventos da Unicruz, p. 5, 2019.

ORAM, Andy. Peer-to-Peer: Harnessing the Power of Disruptive Technologies. O'Reilly Media, p. 8, 2001.

ORIGINALMY, 27 de fevereiro de 2020. Disponível em: <<https://originalmy.com/pacweb>>. Acesso em: 27 de fevereiro de 2020.

PRADO, G. L. M. Ainda sobre a “quebra da cadeia de custódia das provas”. Boletim IBC-CRIM, São Paulo, 262, Setembro 2014. 16-17. PRADO, G. L. M. Prova penal e sistema de controles epistêmicos: A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

PRADO, G. L. M. Breves notas sobre o fundamento constitucional da cadeia de custódia da prova digital., 2021. Disponível em: . Acesso em: 01 de outubro de 2023.

SALLES, Marcos Huet Nioac de. A reinvenção do papel do cartório de imóveis na era da tecnologia blockchain: uma investigação exploratória. 2019. Tese de Doutorado.

SILVA, Luan Rodrigues et al. Logística reversa de latas de tinta utilizando Blockchain. 2019.

SOARES, Sílvia Simões. Aspectos jurídicos do compartilhamento de arquivos MP3 P2P via Internet: a experiência do Napster e as novas tendências da legislação de copyright dos Estados Unidos. Direito e Internet: aspectos jurídicos relevantes, v. 2, p. 29, 2008.

STF, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=decisoese&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=blockchain&sort=_score&sortBy=desc. Acessado em 1 de outubro de 2023.

TST, Supremo Tribunal do Trabalho. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#-58327c30fa92d8aa2a3441d6c1540501>. Acesso em 1 de outubro de 2023.

STJ, Supremo Tribunal eleitoral. Disponível em: <https://jurisprudencia.tse.jus.br/#/jurisprudencia/pesquisa?expressaoLivre=blockchain¶ms=s>. Acesso em 1 de outubro de 2023.

TCU- Tribunal de Contas da União. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/resultado/acordao-completo/blockchain>; Acesso em 1 de outubro de 2023

TANENBAUM, Andrew S.; STEEN, Maarten Van. Sistemas distribuídos: princípios e paradigmas. Pearson Education do Brasil, 2007.

ULRICH, Fernando. Bitcoin: a moeda na era digital. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, p. 18 – 19, 2014.

VOSHMIR, S. Economia dos Tokens: Como a web3 está reinventando a internet e a relação entre os agentes econômicos. Berlin: Token Kitchen, 2021.

WAN, C. Beijing sets up special fund as part of plan to become a blockchain hub by 2022. The Block. Disponível em: <https://www.theblockcrypto.com/linked/69981/beijing-fund-blockchain-2022>>. Acessado: em 01 de outubro de 2023.

XU, X.; WEBER, I.; STAPLES, M. Architecture for blockchain Applications. Cham, Switzerland: Springer, 2019.

PERSPECTIVAS PARA A PRIVATIZAÇÃO DA EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PÓS-REFORMAS CONSTITUCIONAIS DE 2023

André Andrade
Izabel Nuñez

RESUMO:

Este trabalho pretende apresentar perspectivas para a atuação do setor privado na execução de políticas públicas, na esteira das reformas constitucionais de 2023. Sendo parte de uma pesquisa em andamento, o texto inicia com um breve resgate histórico das políticas de privatização brasileiras, incluindo as sucessivas mudanças constitucionais que abriram caminho para esse processo. Em seguida, apresenta a discussão doutrinária sobre políticas públicas, seu alcance e seu modo de realização, bem como as formas de atuação do setor privado na execução de políticas públicas. Depois, apresenta o cenário das reformas fiscal e tributária e seus possíveis efeitos sobre as contas e políticas públicas. Por fim, analisa os desafios da execução privada de políticas públicas e a tensão entre redução e o alargamento do Estado nesse contexto, contrastando as políticas de privatização e a possível ampliação da execução de políticas públicas por parte de entes privados.

PALAVRAS-CHAVE: constituição; políticas públicas; privatização; reforma fiscal; reforma tributária

ABSTRACT:

This paper aims to present perspectives for the role of the private sector in implementing public policies, in the wake of the constitutional reforms of 2023. Being part of an ongoing research, the text begins with a brief historical review of Brazilian privatization policies, including the successive constitutional changes that paved the way for this process. It then presents the doctrinal discussion on public policies, their scope, and method of implementation, as well as the ways in which the private sector operates in implementing public policies. Afterwards, it presents the scenario of fiscal and tax reforms and their possible effects on government budget and public policies. Finally, it analyzes the challenges for the execution of public policies by the public sector and the tension between reduction and expansion of the State in this context, contrasting privatization policies and the possible expansion of the execution of public policies by the private sector.

KEYWORDS: constitution, public policies, privatization, tax reform.

1. INTRODUÇÃO

Os limites entre o público e o privado na gestão pública são objeto constante de tentativas de alterações legislativas. A CRFB trouxe a garantia de novos direitos humanos e

sociais, para os quais o Estado não estava preparado. Por isso, desde a promulgação da Constituição de 1988, estas iniciativas vêm criando novos espaços de atuação para o setor privado no ciclo de políticas públicas.

Além da criação e ampliação de direitos, houve uma crescente demanda da sociedade pela implementação de serviços públicos em áreas tão diversas quanto saúde, educação, segurança, meio ambiente e outros. Para Moura (2019), serviços públicos são instrumentos para a realização dos direitos fundamentais, ao garantir, através do oferecimento de bens e utilidades essenciais, as prestações positivas necessárias à sua realização. Estes serviços se apresentam, então, como respostas aos direitos fundamentais garantidos aos cidadãos a partir da nova carta constitucional, cuja efetivação se impõe no âmbito do Estado democrático de direito.

Além disso, as recentes mudanças relacionadas como o novo arcabouço fiscal (LC 200/2023) e a reforma tributária (PEC 45/2019), consideradas as restrições orçamentárias que estes novos documentos legais trazem para as contas públicas, indicam a importância do repasse de certas políticas públicas para os entes privados, não necessariamente nos modelos de privatização que estamos acostumados, mas mediante a execução privada de serviços públicos que podem vir a garantir mais eficiência do gasto público. Este trabalho, uma pesquisa em andamento, parte de pesquisa bibliográfica para pensar as questões acima expostas, especialmente os limites e as possibilidades para a execução privada de políticas públicas.

O fenômeno mais aparente da ampliação da atuação do setor privado na execução de políticas públicas é a privatização. As privatizações ganharam destaque na década de 90, embora sejam um movimento que começou ainda no Governo militar do General Figueiredo (1979-1985), com a venda de empresas como a América Fabril e a Companhia Pernambucana de Borracha Sintética.

No Governo Sarney (1985-1990), o processo de privatizações continuou, com destaque para a Aracruz Celulose e a Computadores Brasileiro (Cobra). Já sob a vigência da nova Constituição, no Governo Collor (1990-1992), foram realizadas privatizações emblemáticas, de importantes empresas siderúrgicas, como a Companhia de Aços Especiais de Itabira (Acesita), a Companhia Siderúrgica de Tubarão (CST) e a Usina Siderúrgica de Minas Gerais (Usiminas). Foi, portanto, o começo do avanço do movimento de privatização de setores antes considerados estratégicos.

No Governo Itamar Franco (1992-1994), o movimento de privatização do setor siderúrgico seguiu com a Companhia Siderúrgica Paulista (Cosipa) e a Companhia Siderúrgica Nacional (CSN). Esta última foi um marco na política de privatizações no Brasil, em razão dos graves conflitos sociais que suscitou. Também foram privatizadas neste período a Embraer e a Petroquímica União.

Contudo, embora o movimento de privatizações viesse se ampliando, ele encontrava, no texto constitucional, limites à execução de políticas públicas por entes privados. Por exemplo, o antigo texto do inciso XI do artigo 21 da CRFB, que trata das competências da União, dispunha que ela deveria explorar os “serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, diretamente ou

mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal”. Essa redação era um reflexo da antiga visão de um Estado executor direto de políticas públicas, em especial nas áreas de interesse estratégico, ficando ressalvado ao ente privado a prestação de serviços ao Estado, como meio para realizá-las.

A nova redação do inciso XI do artigo 21 da CRFB, trazida pela Emenda Constitucional (EC) nº 8 de 1995, admitiu a “autorização, concessão ou permissão dos serviços de telecomunicação a entes privados”. Já a EC nº 9/1995 permitiu a concessão ao setor de energia (petróleo e gás natural). Estes setores, eram antes considerados estratégicos, nos quais a atuação privada na execução das políticas públicas era extremamente limitada. A mudança constitucional embute em seu texto uma nova visão de Estado e, por consequência, dos espaços onde se permite o privado atuar. Nessa nova visão, há uma diluição dos limites entre o público e o privado no ciclo de políticas públicas, com o Estado assumindo diferente papel, de agente de fomento de políticas de interesse do público, por meio de incentivos, bem como de fiscalizador dessas políticas, através da criação das agências reguladoras.

Na esteira das mudanças constitucionais e legislativas, durante o Governo Fernando Henrique (1995-2002), o movimento privatista se diversificou, incluindo a Companhia Vale do Rio Doce, cujo processo de privatização marcou o cenário político e social do país. Em 1995, a Lei nº 8.987 disciplinou o regime de concessão de serviços públicos e foram concedidas à administração de entes privados a Rodovia Presidente Dutra, a Rio-Teresópolis e a Juiz de Fora-Rio. Em 1997, a Lei nº 9.491 estabeleceu as diretrizes do Programa Nacional de Desestatização (PND). Em 1998, foi a leilão o Sistema Telebrás, a partir da promulgação da Lei nº 9472/97, a Lei Geral de Telecomunicações (LGT), responsável pela quebra de paradigma do monopólio estatal nas telecomunicações, com a criação da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). Ainda em 1998, houve a primeira rodada de licitações para exploração e produção de Petróleo, com 27 blocos em 8 bacias sedimentares. O Governo Fernando Henrique também inaugurou as privatizações do setor elétrico, com a venda da Light (responsável pelo fornecimento de energia no estado do Rio de Janeiro) em 1996. Em 2001, a Lei nº 10.233 criou a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, a fim de regulamentar a fiscalização das concessões de rodovias, prevista na Lei nº 9.277 que autoriza a União a delegar rodovias para os Estados, e permite sua concessão.

O primeiro Governo Lula (2003-2010) continuou o processo de transferência da execução de políticas públicas para o setor privado, também no setor elétrico, com a concessão das hidrelétricas de Santo Antônio e Jirau. Santo Antonio e Jirau foram objeto de amplas discussões, não só pelo modelo privado de construção e operação, mas também pelas questões ambientais ligadas ao Rio Madeira. Contudo, na esteira dos apagões de energia e da carência de recursos públicos para realizar as obras, tanto a questão da privatização da geração de energia (que uma década antes era considerada estratégica e portanto de atuação exclusiva do Estado), quanto a questão ambiental foram deixadas de lado.

O Governo Dilma (2011-2016), a partir do Decreto nº 7.624/2011, promoveu as primeiras concessões do setor aeroportuário, com os aeroportos de Viracopos e do Galeão. O Go-

verno Temer (2016-2018) teve destaque nas privatizações do setor elétrico: Boa Vista Energia, Centrais Elétricas de Rondônia, Companhia de Eletricidade do Acre e Companhia de Energia do Piauí.

O Governo Bolsonaro (2019-2022) retomou o caminho das privatizações emblemáticas, incluindo a Eletrobrás (a partir da Lei 14.182/2021), a BR Distribuidora e a Docas do Espírito Santo. Ainda assim, encontramos, durante a campanha eleitoral do ex-presidente, o antigo discurso sobre setores estratégicos para o país, para os quais a privatização passaria ao largo, como Banco do Brasil, Caixa Econômica e a própria Petrobras. Governo este que também ficou marcado pelas privatizações anunciadas, mas que não ocorreram, em especial a dos Correios, a da Casa da Moeda e a do Porto de Santos.

Em quase 40 anos de privatizações, o processo de transferência da execução de políticas públicas para o setor privado nunca foi resultado de um processo político fácil. Ainda hoje, permanecem calorosos os embates entre os lados opostos, pró ou contra a participação do setor privado na execução de políticas públicas, havendo defensores do retorno ao modelo anterior e outros que postulam o afrouxamento do marco regulatório em diversos setores da economia para que a execução de políticas públicas seja transferida à agentes privados. As tentativas de novas privatizações das empresas sob controle acionário estatal, tanto nos setores de comunicações e energia, quanto em outros setores como segurança e meio ambiente, reacendem o debate sobre os já referidos limites dessa relação e questionam o texto constitucional. Ainda assim, se por um lado pode ser dito que a mudança constitucional promoveu mais e melhores serviços aos cidadãos, ampliando o acesso, por outro se levantam questionamentos aos preços de mercado frente a hipotéticos preços estatais pelos mesmos serviços, servindo os preços de mercado como barreira ao acesso.

O novo Governo Lula (2023-2027), logo após a posse, revogou oito planos de privatização, que estavam em andamento durante o Governo Bolsonaro: armazéns e os imóveis de domínio da Companhia Nacional de Abastecimento (Conab); Correios; Empresa Brasil de Comunicação (EBC); Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência (Dataprev); Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. - Pré-Sal Petróleo S.A (PPSA); Nuclebrás Equipamentos Pesados S.A. (Nuclep); Petrobras; e Serviço Federal de Processamento de Dados (Serpro).

Esse processo nos levou a adotar como modelo a transferência para a iniciativa privada, de serviços que eram antes executados por entes públicos. No entanto, há outros modelos de execução de políticas públicas, que podem ser repassadas ao setor privado para a produção de mais eficiência, que é o que se pretende analisar aqui.

2. DESENVOLVIMENTO

Pensar políticas públicas demanda avaliar a questão do espaço que pode ser ocupado tanto pelos governos quanto pelos entes privados na sua formulação, implementação e avaliação. Significa, portanto, perceber que os governos não são agentes isolados neste processo, formando um contexto de autonomia relativa do Estado (Souza, 2006). Essa

autonomia relativa é cercada por elementos externos, entre os quais estão os cenários econômicos, as restrições orçamentárias, o processo político propriamente dito, e a capacidade de organização da sociedade em torno de temas de interesse coletivo, em especial os que dizem respeito aos direitos fundamentais, mas também à articulação de grupos de interesse específicos. De todo modo, a sua conceituação ainda não é clara, podendo ser abordada por diferentes perspectivas.

Segundo Höfling (2001), políticas públicas representam a implantação de “um projeto de governo, através de programas, de ações voltadas para setores específicos da sociedade”. Bitencourt (2012) chama atenção para o fato de que a CRFB nem conceitua o instituto, nem define rol de atividades governamentais que poderiam ser qualificadas como políticas públicas. Comparato (1998), dez anos após a promulgação da Constituição, destacava o fato de que a política pública é uma atividade, ou seja, “um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”, também sem oferecer um rol taxativo das mesmas. Ao mesmo tempo, o autor defendia a reforma da CRFB para prever a possibilidade de um juízo de constitucionalidade centralizado no STF para avaliar a política pública em seu mérito, para além do juízo de constitucionalidade formal das normas que a originam (Comparato, 1998).

Já Grinover (2010) identificou na ação popular, prevista no inciso LXXIII do artigo 5º da CRFB a possibilidade de controle difuso das políticas públicas pelo Judiciário, para além da simples legalidade do ato administrativo que lhe deu origem, por meio do questionamento à moralidade administrativa, a partir do qual seria necessário examinar o mérito da política pública. Para a autora: “O controle da constitucionalidade das políticas públicas pelo Poder Judiciário, portanto, não se faz apenas sob o prisma da infringência frontal à Constituição pelos atos do Poder Público, mas também por intermédio do co-tejo desses atos com os fins do Estado” (Grinover, 2010).

Com o reconhecimento da normatividade da Constituição, elevada a parâmetro de validade formal e material de qualquer ato ou norma, há uma vinculação direta da atividade administrativa à CRFB (Moura, 2019). Daí resulta o controle difuso da constitucionalidade das políticas públicas, que vem acontecendo em decisões sobre o dever do Estado em colocar em prática as políticas públicas necessárias à proteção dos direitos e garantias fundamentais inscritos na CRFB. São exemplos disso os inúmeros casos de ações judiciais que discorrem sobre o tema: educação (ARE 639.337; RE 594.018; REsp 485.969; REsp 587.140; REsp 736.524); moradia social (MC 10.613); proteção ao meio ambiente (REsp 429.570-0; RSTJ 187/219); saúde (RE 271.286; RE 668.722; REsp 212.346; REsp 252.083; REsp 493.811); segurança pública (RE 559.646).

É grande também a literatura sobre a constitucionalidade de políticas públicas concretas: assistência farmacêutica (Carneiro, 2018); cotas raciais (Lima e Leal, 2021); educação (Silva e Leal, 2002); incentivos fiscais (Araripe, 2019); políticas sociais (Pontes, Gomes Neto e Pedroso, 2020); saúde (Bahia, 2008; Duarte, 2011; Freitas Filho e Brum, 2014; Padin e Oliveira, 2018; Freitas Filho, 2019; Maas e Leal, 2019; Oliveira e Costa, 2019); segurança pública (Moura, 2019); trabalho (Pompeu, Cartaxo e Cardoso, 2014), dentre outros. Afinal, como bem colocam Cardoso e Alves (2014), é infindável a lista de temas de políticas públicas:

“São políticas públicas o estímulo à indústria nacional, ao microempreendedor, às cooperativas, ao microcrédito, ao consumo de bens duráveis, à indústria automobilística instalada no país; a proteção às minorias ou grupos historicamente menos favorecidos, como os quilombolas, os indígenas, os negros, os oriundos de escolas públicas, as mulheres, os homoafetivos; a prestação de bens e serviços de saúde, de educação, de estradas, de transportes e de segurança pública; a disciplina de higiene e o controle de produtos alimentícios; a adoção de práticas de transparência e de controle para impedir atos de corrupção; a disciplina ética dos agentes públicos e dos agentes políticos através de códigos de conduta; a preservação do meio ambiente...”

Frey (2000) destaca a importância de que a análise de políticas públicas setoriais escape da armadilha das micro abordagens para considerar os macroprocessos que avaliem as condições de contorno das políticas públicas para maior generalização sobre os resultados. Assim, a análise dos limites entre o público e o privado perpassa os três campos da policy analysis: o arcabouço fornecido pelo sistema jurídico e estrutura institucional (polity); o processo político de definição destes limites (politics); e a dimensão material (policy) que inclui “os conteúdos concretos, isto é, à configuração dos programas políticos, aos problemas técnicos e ao conteúdo material das decisões políticas” (Frey, 2000). É exatamente neste terceiro ponto que é possível identificar, de forma mais clara os limites entre o público e o privado na execução de políticas públicas, na medida em que as regras gerais postas na norma constitucional apresentam soluções apenas em setores sobre os quais o legislador se debruçou.

Para analisar a questão, é preciso entender o significado dado à palavra execução. Execução é substantivo que designa as ações do Estado para a consecução de uma determinada política pública. Não é, portanto, exclusividade do Executivo, posto que Legislativo e Judiciário também podem ser agentes executores de políticas públicas (como, por exemplo, políticas de participação popular no processo legislativo e acesso à Justiça, respectivamente). Assim sendo, há que se pensar também os efeitos da restrição orçamentária sobre os demais poderes, sujeitos à participação no mesmo orçamento do ente federativo a que se ligam.

Outro importante elemento a ser analisado nesse contexto é que a ação do setor privado pode se dar em apoio ou substituição ao Estado. Atividade em apoio ao Estado é aquela que se realiza como acessória a uma atividade do Estado, sem deslocamento da competência nem do processo decisório, atuando o ente privado na consecução de atividades específicas como realização de obras e prestação de serviços sob a direção do ente estatal. Atividade em substituição do Estado é aquela que se realiza em lugar da atividade do Estado ou em complementação à esta, mas de forma autônoma, em que há deslocamento ao menos parcial da competência ou do processo decisório, havendo espaço discricionário para o ente privado da execução da política pública.

Sobre os limites à ação dos entes privados na execução de políticas públicas, vale lembrar a lição de Canotilho (1996), para quem o princípio constitucional da proporcionalidade entre os meios empregados e os fins a serem alcançados é composto por três princípios:

o princípio da conformidade, segundo o qual os meios devem ser adequados ao fim; o princípio da exigibilidade, segundo o qual deve ser adotada a opção menos onerosa possível ao cidadão; e o princípio da proporcionalidade em sentido restrito, dada pela justa medida entre os meios e os fins. A lição de Canotilho toma especial relevo quando pensamos as políticas públicas em um cenário de restrição do gasto público.

Neste cenário, em que se reforça a teoria da reserva do possível, como forma de limitar a ação do Estado na efetivação dos direitos fundamentais, há uma tendência a restringir essa atuação ao provimento do mínimo existencial. O Ministro Celso Mello coloca a questão como uma:

relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.” (ARE 639337/2011)

Contudo, quando pressionado pela restrição de gastos, o Estado se socorre do privado para a execução de políticas públicas, em seu apoio ou substituição, mesmo naquelas voltadas à efetividade dos direitos fundamentais. As mudanças nas regras fiscal e tributárias evidenciam a necessidade de reduzir ainda mais os custos e repassar as políticas públicas aos entes privados. Este, no entanto, não é um fenômeno novo (Oliveira, 2008; Salinas, 2008; Motta, 2010; Bernardo, Rosa e Sela, 2015; Saddy, 2020). Tais teorias se consolidam com a noção de que nem sempre o aumento de gastos e o endividamento do Estado é voltado à efetividade dos direitos fundamentais (Siqueira Santos e Araújo da Costa, 2021). Assim, quando o Estado se volta ao setor privado para a execução de políticas públicas para a efetividade dos direitos fundamentais em seu apoio ou substituição, é preciso identificar os limites constitucionais de atuação dos entes privados e avaliar eventuais conflitos potenciais na transferência da execução de políticas públicas e sociais para entes privados.

É provável que, a partir da aprovação da reforma tributária (PEC 45/2019) e do novo arcabouço fiscal (LC 200/2023), a discussão sobre o gasto público, e sua qualidade, volte a tomar força. A reforma tributária simplificará os impostos sobre consumo, unificando a legislação em todo o país, a partir da premissa de manutenção da atual carga tributária. O novo arcabouço fiscal, ou regime fiscal sustentável, redefiniu as regras para administração das contas públicas, com novos limites ao endividamento público, em substituição ao teto de gastos criado em 2016 (PEC 55/2016).

Possivelmente, a criação do que potencialmente pode vir a ser o maior imposto sobre o valor agregado (IVA) do mundo, fechará por um tempo a janela de oportunidade de

novos aumentos da carga tributária. Há inclusive pressão política para a inclusão de benefícios fiscais especiais e a desoneração da folha de pagamentos, seja via redução direta na carga tributária incidente, seja no seu aproveitamento para créditos no regime de apuração do IVA. Dado o regime acelerado de tramitação da PEC 45/2019 no ano de 2023, ao menos na Câmara dos Deputados, pode se dizer que pouco tempo houve para o debate técnico sobre o tema, preconizado por Afonso, Calado, Viana e Biasoto Júnior (2023).

Já no lado do novo arcabouço fiscal, os gastos públicos ficaram condicionados ao cumprimento de metas de resultado primário, ou seja, o comparativo entre receitas primárias e despesas primárias. Com isso, há uma limitação do endividamento público, que poderia financiar o gasto público para além da receita. Desde o início da vigência do teto de gastos hoje em vigor, em 2016, o volume de despesas obrigatórias vem crescendo e o de despesas discricionárias vem se reduzindo:

Figura 1 – Evolução do Gasto Público

Fonte: Câmara Legislativa

Não se pode relevar que esta mudança legislativa vem sendo impulsionada, também, pelos agentes econômicos, que demandam do governo uma política fiscal capaz de conter a pressão inflacionária, ao mesmo tempo que um regime tributário capaz de promover o crescimento econômico. Contudo, essa combinação de restrições aos gastos públicos tem potencial de limitar ainda mais os gastos discricionários. Os recursos públicos são “insumos (inputs) postos para a geração de produtos (outputs) da ação governamental, que por sua vez gerarão impactos (outcomes) numa dada situação, ou seja, promover o bem-estar” (Santana, 2011). Esta promoção do bem-estar social está intimamente ligada à execução de políticas públicas, quais seja, a garantia da efetividade dos direitos fundamentais e a resposta do Estado às demandas que emergem da sociedade. A limitação ao gasto público costuma levar ao aumento do debate sobre a qualidade do gasto, abarcando questões como eficiência, efetividade e eficácia do gasto. Celina (2006) destaca que a causa do crescimento da importância do campo de conhecimento denominado políticas públicas decorre, por um lado, da adoção de políticas restritivas de gastos públicos, e por outro, de novas visões sobre o papel do Estado na sociedade. Orçamentos com equilíbrio entre receita e despesa levam “à restrições à intervenção do Estado na economia e nas políticas sociais” (Celina, 2006). Assim, estas restrições podem ser consideradas ameaças à efetividade dos direitos fundamentais. Porém, conforme afirmam Afonso e Pinto (2022), em “uma plena democracia e uma república federativa, de direito e de fato, é preciso encontrar novas soluções que conciliem a responsabilidade fiscal com a social”.

O § 16 do artigo 37 da CRFB dispõe sobre a obrigação da administração pública em “realizar avaliação das políticas públicas, inclusive com divulgação do objeto a ser avaliado e dos resultados alcançados”. O inciso III do §3 do artigo 198 da CRFB, incluído pela EC

29/2000, dispõe sobre a necessidade de fiscalização, avaliação e controle de despesas com saúde nas esferas federal, estadual e municipal. Há ampla literatura sobre a eficiência do gasto público considerando políticas públicas concretas: diversidade (Melo, 2020, Teixeira e Sampaio, 2020); educação (Santos e Rover, 2019; Kroth, Geremia e Musio, 2020; Souza, 2021); habitação (Balbim, 2022); políticas sociais (Afonso e Pinto, 2022); resíduos sólidos (Rodrigues e Rodrigues, 2020); saneamento (Lima, 2020); saúde (Santos e Rover, 2019; Afonso e Pinto, 2022); segurança alimentar (Sambuichi et al, 2019); segurança pública (Cerqueira et al, 2020); turismo (Pinheiro, Maracajá e Chim-Miki, 2020), dentre outros. Ou seja, não se trata de mera delegação, mas também de pensar meios e mecanismos para fiscalização da execução de tais políticas.

O PL 3083/22 visa regulamentar esses dispositivos, pelo qual deverá ser avaliado: (i) a adequação, caracterizada pela capacidade de enfrentar o problema que lhe deu origem; (ii) a necessidade, caracterizada quando a solução implementada é, dentre as soluções possíveis, a que menos restringe outros direitos envolvidos; (iii) a efetividade, caracterizada pelo avanço em indicadores de desempenho, bem como o atingimento de metas estabelecidas no momento da implementação; e (iv) os custos de implementação e manutenção da lei. O referido projeto dispõe ainda que uma política pública só poderá ser continuada mediante resultado positivo em avaliações de custo-benefício, custo-custo, custo-risco, risco-risco ou outra metodologia internacionalmente consagrada. Embora o Legislativo seja o titular do controle externo, a proposta prevê que o TCU deverá subsidiar a avaliação por meio de inspeções e auditorias.

3. CONCLUSÃO

Há muito se entende que políticas públicas não se desenvolvem tão somente no âmbito ou por parte do Estado. Segundo Pereira (1994), o termo público se refere à coisa pública e “embora as políticas públicas sejam reguladas e frequentemente providas pelo Estado, elas também englobam preferências, escolhas e decisões privadas”. Portanto, os arranjos institucionais de cooperação entre público e privado, atuando este último em apoio ou em substituição ao primeiro, são alternativas para a execução de políticas públicas, em especial àquelas referentes à efetivação dos direitos fundamentais. Exemplo disto já pode ser encontrado nas transferências de recursos públicos do Sistema Único de Saúde (SUS) para os planos e seguros privados, bem como hospitais também privados, estabelecendo “redes políticas e econômicas localizadas, que conectam as secretarias de saúde, prefeituras e administrações estaduais com empresas privadas e particulares de prestação de serviços e, direta ou indiretamente” (Bahia, 2008).

Em recente julgado, o Supremo Tribunal Federal (STF) reforçou a discricionariedade do Estado em estabelecer a forma de delegação de serviços públicos, quando sua execução não for realizada diretamente, mediante concessão, permissão ou autorização, nos termos do artigo 21 da CRFB, afastando a incidência do artigo 175 da mesma, que impõe prévio procedimento licitatório obrigatório para contratação da Administração com ente privado nos casos de autorização (ADI 5549 e ADI 6270). Em mesmo sentido, deci-

diu pela constitucionalidade da transferência de concessão ou do controle acionário da concessionária de serviços públicos sem necessidade de licitação (ADI 2946).

A tendência de transferência de atividades antes realizadas pelo Estado para o setor privado pode vir a ganhar velocidade no período pós aprovação da reforma tributária e do novo arcabouço fiscal, na medida em que os entes federativos se sintam pressionados por eventuais reduções de receita ou dos limites de endividamento. O inciso XXI do artigo 37 da CRFB, que dispõe sobre a contratação de terceiros para provimento de obras, serviços e bens de interesse da administração pública não traça limites aos objetos a serem contratados. Isso deixa ampla margem de interpretação para a constitucionalidade da participação privada no emprego de recursos públicos para a execução de políticas públicas. Portanto, há espaço, ao menos em teoria, no texto constitucional, para a ampliação desta participação como mecanismo para a concretização dos direitos fundamentais.

A reforma tributária em curso tem como pressuposto a alíquota neutra, ou seja, a criação de um IVA que não represente nem aumento nem queda da arrecadação. Entre a dificuldade administrativa de reduzir os gastos do Estado e a dificuldade política de aumentar a carga tributária, optou-se por “deixar como está”, ao menos no montante total a ser arrecadado. Também se busca manter a atual divisão de receitas entre União, estados e municípios, quanto à divisão vertical das receitas. Nesse sentido, é mais uma vez neutro.

Contudo, a reforma tributária não é neutra na distribuição horizontal de receitas entre as unidades da mesma esfera federativa (Orair e Gobetti, 2019). Ao migrar a arrecadação da origem para o destino, a proposta de reforma tributária desloca o local de arrecadação e o destinatário dos tributos. Por isso, tem especial efeito sobre os estados e municípios. Segundo Gobetti e Monteiro (2023), a reforma beneficia 60% dos estados e 82% dos municípios. Comentando os resultados encontrados, os autores destacam que:

Quando analisamos quem são os ganhadores, constatamos que são, em geral, estados menos desenvolvidos e municípios mais pobres – 98% dos que possuem PIB per capita inferior à média brasileira e 98% das 108 cidades populosas e pobres que compõem o G100 (criado pela Frente Nacional dos Prefeitos – FNP). Entre as grandes cidades, registram-se ganhos para 59% das capitais e 72% das que possuem população superior a 80 mil habitantes (Gobetti e Monteiro, 2023).

Esse olhar sobre os estados e municípios tem especial relevância porque:

Enquanto a União se converteu no grande ente transferidor de renda da economia, de benefícios previdenciários e sociais até a juros, os estados e os municípios passam a responder por parcela crescente e majoritária da demanda efetiva, em proporção tal que poucos outros governos descentralizados no resto do mundo apresentam hoje. Da execução das políticas sociais básicas até muito das outras políticas, como ambientais e até mesmo a tributária, os governos estaduais e municipais são participantes relevantes ou até mesmo dominantes, conforme o caso (Afonso, Castro e Monteiro, 2023).

Os estados e municípios que serão beneficiados pela reforma tributária são justamente aqueles de menor população e orçamento, onde, em geral, os serviços públicos são pouco atrativos ao setor privado, seja pela incapacidade de arrecadar, seja pela ausência de escala suficiente para viabilidade econômica do negócio. Então, não há que se discutir possíveis efeitos restritivos de políticas públicas para esses estados e municípios, posto que sua receita irá crescer, levando a um potencial aumento do gasto público

Contudo, resta a questão dos estados e municípios que irão perder arrecadação com a reforma. Gobetti e Monteiro (2023) destacam que os estados do Amazonas, Espírito Santo, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e São Paulo perdem receita. Os autores não apresentam a lista de 1.030 cidade que perdem receita, nem o percentual de perda das mesmas, mas parece claro que, mesmo com as regras de transição, que estas cidades terão que se preparar para lidar com essa redução, que afeta de forma primária o gasto discricionário, o que por sua vez reduz os recursos disponíveis para a execução de política públicas. Assim, nestes casos, a reforma pode ser um elemento provocador da transferência da execução de políticas públicas para o setor privado, pelo estrangulamento das contas públicas.

Se em teoria a União não será afetada pela reforma tributária, o novo arcabouço fiscal, traz importantes limitantes à União. Ele estabelece limites inferiores e superiores para o crescimento real (descontada a inflação) das despesas do governo entre 0,6% e 2,5%. Esta medida visa impedir gastos excessivos em momentos de maior crescimento econômico, quando as receitas crescem, e de paralisação do setor público quando as receitas caem. O arcabouço garante recursos para o custeio dos serviços públicos, bem como para a ampliação dos investimentos públicos, mantida a responsabilidade fiscal.

O custeio dos serviços públicos está aqui condicionado ao histórico de gastos, o que leva a uma clara restrição ao aumento da despesa com o provimento de serviços públicos. Mais claramente, há um claro limite à ampliação da quantidade e qualidade dos serviços prestados diretamente pela União, o que, na hipótese de ampliação de direitos (qualitativa ou quantitativa), só deixa dois caminhos a serem percorridos: o provimento das políticas públicas que efetivam estes direitos pelo setor privado, sob forma de custeio que não dependa da União, de forma a não aumentar a despesa, ou repassar ao setor privado a execução de políticas já existentes, abrindo espaço fiscal para que as novas políticas possam ser realizadas diretamente pelo Estado.

Embora o processo de privatização brasileiro tenha enfatizado a transferência de serviços públicos para entes privados, cada vez mais se evidencia a possibilidade de deslocar a execução de políticas públicas e sociais para entes privados, não necessariamente alienando as suas estruturas, mas pensando em processos de delegação de poder. A reforma administrativa e tributária evidencia a necessidade de repensar custos e gastos dos entes públicos, que poderiam ser melhor aproveitados se fossem delegados a administração privada que, por meio de regras de gestão que priorizam a eficiência, podem melhor administrar recursos públicos, de modo racionalizado.

Assim, se ainda há inúmeros promessas constitucionais não cumpridas, necessário repensar as formas de implementação de políticas públicas, superando também a ideia

de que “privatizar” é somente sobre transferir os serviços públicos para entes privados. A transferência da execução de políticas públicas pode trazer melhores resultados, mais eficientes e com custos menores, na consecução dos direitos e garantias fundamentais aos brasileiros.

4. REFERÊNCIAS

AFONSO, José Roberto; CALADO, Aurílio; VIANA, Murilo F.; BIASOTO JÚNIOR, Geraldo. Uma proposta de discórdia federativa e empresarial. *Conjuntura Econômica*, v. 77. Rio de Janeiro: 2023.

AFONSO, José Roberto; CASTRO, Kleber; MONTEIRO, Bernardo M. Diálogo e reconstrução federativa. *Conjuntura Econômica*, v. 77. Rio de Janeiro: 2023.

AFONSO, José Roberto; PINTO, Élide G. Consórcio social: gestão compartilhada da responsabilidade social. *Conjuntura Econômica*, v. 76. Rio de Janeiro: 2022.

ARARIPE, Cíntia M. R. A. Desenvolvimento regional brasileiro e incentivos fiscais: os efeitos econômicos de uma política de incentivos como condicionantes de sua constitucionalidade. Uma proposta de governança para a gestão eficiente das políticas públicas de incentivos fiscais. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2019.

BAHIA, Lígia. As contradições entre o SUS universal e as transferências de recursos públicos para os planos e seguros privados de saúde. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 13, n. 5. Rio de Janeiro: 2008

BALBIM, Renato N. Do Casa Verde e Amarela ao Banco Nacional da Habilitação, passando pelo Minha Casa Minha Vida: Uma avaliação da velha nova política de desenvolvimento urbano. IPEA, Texto para Discussão. Rio de Janeiro: 2022.

BERNARDO, Adriana; ROSA, Edilson S.; SELA, Vilma M. As políticas públicas e sua influência na criação e administração de ONGS em Maringá. *Caderno de Administração*, v. 23, n. 1. Maringá, 2015.

CANOTILHO, José J. G. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, Henrique R.; ALVES, Daniela G. Aplicação das normas constitucionais que traçam políticas públicas: da insindicabilidade do mérito à discricionariedade tendente a zero. In: COUTINHO, Ana Luísa C.; CALDAS, Roberto C. S. G.; Knoerr, F. G. *Direito e Administração Pública I*, v.1, 1. ed. Florianópolis: 2014.

CARNEIRO, Débora F. Do ativismo para o extremismo judicial nas políticas públicas de assistência farmacêutica. *Revista de Direito Brasileira*, v. 20, n. 8. Florianópolis: 2018.

CERQUEIRA, Daniel, et al. Uma avaliação de impacto de política de segurança pública: o Programa Estado Presente do Espírito Santo. IPEA, Texto para Discussão. Rio de Janeiro, 2020.

COMPARATO, Fábio K. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, a. 35, n 138, abr./jun. Brasília: 1998.

DUARTE, Luciana G. P. Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde: um contributo para a dogmática do direito à saúde. *Belo Horizonte: Fórum*, 2011.

FREITAS FILHO, Roberto; BRUM, C. J. D. A retórica do direito à saúde no Supremo Tribunal Federal. *Universitas Jus*, v. 25. Brasília: 2014.

FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. *Planejamento e Política Públicas*, n. 21, 2000.

GOBETTI, Sérgio W.; MONTEIRO, Priscila K. Impactos redistributivos da reforma tributária: estimativas atualizadas. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Carta de Conjuntura, n. 60, Nota de Conjuntura n. 18, 3º trimestre de 2023.

GRINOVER, Ada P. O controle das políticas públicas pelo poder judiciário. *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito*, v. 7, n. 7. São Paulo: 2010.

HÖFLING, Eloisa de M. Estado e políticas (públicas) sociais. *Cadernos Cedes*, a. 21, n. 55, nov. Campinas: 2001.

KROTH, Darlan C.; GEREMIA, Daniela S.; MUSSIO, Bruna R. Programa Nacional de Alimentação Escolar: uma política pública saudável. *Ciência & Saúde Coletiva*, n. 25. Rio de Janeiro, 2020.

LIMA, Alexandre Augusto B. Os consórcios públicos como instrumento de execução dos objetivos da política nacional de saneamento básico e de concretização do princípio constitucional da eficiência. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2020.

LIMA, Sabrina S.; LEAL, Mônia C. H. O controle de constitucionalidade e a atuação do Supremo Tribunal Federal na proteção das minorias: análise crítica da ADC nº 41 (cotas

raciais em concursos públicos). Revista de Investigações Constitucionais, v. 8, n. 2, mai./ago. Curitiba: 2021.

MAAS, Rosana H.; LEAL, Mônia C. H. Controle judicial de políticas públicas: “controle judicial forte ou fraco”? Revista Direitos Fundamentais & Democracia, v.24, n. 1. Curitiba: 2019.

MELO, Clarissa R. Avaliação de uma política pública voltada à diversidade: a Licenciatura Intercultural Indígena do Sul da Mata Atlântica/UFSC. Cadernos de Gênero e Diversidade, v. 6, n. 1. Salvador: 2020.

MOTTA, Arthur M. A utilização de recursos públicos pelas Organizações Não- Governamentais. Revista de Informação Legislativa, a. 47, n. 186, abr./jun. Brasília: 2010.

MOURA, Emerson A. C. Do controle jurídico ao controle social das políticas públicas: parâmetros à efetividade dos direitos sociais. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 19, n. 77, out./dez. São Paulo: 2011.

MOURA, Emerson A. C. Direitos fundamentais, dever estatal de segurança pública e cidadania: o controle social das políticas. Revista de Direito Brasileira, v. 22, n. 9. Florianópolis: 2019.

OLIVEIRA, Gustavo J. Transferência de recursos financeiros públicos para entidades do terceiro setor: reflexões sobre a realidade jurídico-normativa brasileira. TCMRJ, v. 25, n. 39, set. Rio de Janeiro: 2008.

OLIVEIRA, Kátia C. S.; COSTA, Jamille C. Direito à saúde: da (in)efetividade das políticas públicas à sua judicialização como forma de garantir o mínimo existencial. Revista de Direito Brasileira, v. 1, n. 1. Florianópolis: 2011.

ORAIR, Rodrigo O.; GOBETTI. Reforma Tributária e Federalismo Fiscal: uma análise das propostas de criação de um novo imposto sobre o valor adicionado para o Brasil. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Texto para Discussão, n. 2530, 2019.

PADIN, Camila F.; OLIVEIRA, José do C. V. Análise do programa mais médicos sob o viés constitucional de política pública. Revista de Direito Brasileira, v. 20, n. 8. Florianópolis: 2018.

PEREIRA, Potyara A. P. Concepções e propostas de políticas sociais em curso: tendências, perspectivas e consequências. Brasília: NEPPPOS/CEAM/UnB, 1994

PINHEIRO, Isabelle F. S; MARACAJÁ, Kettrin F. B; CHIM-MIKI, Adriana F. Política pública

de regionalização do turismo: um estudo sobre a participação social no Polo de Turismo Seridó. *Turismo: Visão e Ação*, v. 22, Vale do Itajaí, 2020.

POMPEU, Gina V. M.; CARTAXO, Marina A.; CARDOSO, Nardejane M. Políticas Públicas, Trabalho e Fronteiras. *Revista de Direito Brasileira*, v. 8, n. 4. Florianópolis: 2014.

PONTES, Juliana; GOMES NETO, Jose; PEDROSO, Vanessa. Políticas públicas sociais e revisão judicial: análise empírica do comportamento autocontido do STF nas reclamações judiciais. *Argumenta Journal Law*, n. 32. Jacarezinho: 2020.

RODRIGUES, Loredany C. C.; RODRIGUES, Cristiana T. Os impactos da política nacional de resíduos sólidos na qualidade de vida: Uma avaliação nos municípios mineiros. *Planejamento e Políticas Públicas*, n. 56. Rio de Janeiro: 2020.

SALINAS, Natasha S. C. S. Legislação e políticas públicas: a lei enquanto instrumento de ação governamental. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, visando à obtenção do título de Doutora em Direito, na área de concentração de Filosofia e Teoria Geral do Direito. São Paulo: 2012.

SAMBUICHI, Regina Helena R., et al. Programa de Aquisição de Alimentos e segurança alimentar: modelo lógico, resultados e desafios de uma política pública voltada ao fortalecimento da agricultura familiar. IPEA, Texto para Discussão. Rio de Janeiro: 2019.

SANTANA, Aldomir R. A proteção dos recursos públicos fundada nos mecanismos de controle e nos instrumentos de fiscalização pública. Artigo apresentado ao Instituto Serzedello Corrêa– ISC/TCU, como requisito parcial à obtenção do grau de Especialista em Auditoria e Controle Governamental. Brasília: 2011.

SANTOS, Rodolfo R.; ROVER, Suliani. Influência da governança pública na eficiência da alocação dos recursos públicos. *Revista de Administração Pública*, v. 53, n 4, jul./ago. Rio de Janeiro: 2019.

SIQUEIRA SANTOS, Cleidijane; ARAÚJO DA COSTA, João Bosco. As emendas constitucionais 95/2016, 106/2020 e 109/2021: inter-relações com o endividamento público e as políticas sociais. *Revista Inter-Legere*, s.1, v. 4, n. 31. Natal: 2021.

SOUZA, Fábio A. Os novos e velhos problemas do “Novo Fundeb”: análise da Emenda Constitucional 108/2020. *Vértices*, v. 23, n. 3. Campos dos Goitacazes: 2021.

TEIXEIRA, Tadeu G.; SAMPAIO, Camila A. M. Análise orçamentária do Programa Brasil Quilombola no Brasil e no Maranhão: o ocaso de uma política pública. *Revista de Administração Pública*, v. 53, n. 2, mar./abr. Rio de Janeiro: 2019.

VIESES COGNITIVOS E RUÍDOS NOS PROCESSOS JUDICIAIS: UMA ABORDAGEM INTER-DISCIPLINAR

(COGNITIVE BIASES AND NOISE IN JUDICIAL PROCESSES: AN INTERDISCIPLINARY APPROACH)

Bruna Ammon Lisboa

RESUMO: O presente trabalho apresenta as teorias importantes que analisam as ilusões cognitivas (vieses e ruídos) para ao fim, expor como elas podem impactar nas decisões judiciais. Nesse sentido, limitando-se às perspectivas da psicologia econômica e da análise econômico-comportamental do direito, o trabalho abordou alguns vieses e ruídos e como eles podem influenciar a decisão judicial, tendo como referencial teórico as pesquisas de Daniel Kahneman no campo da economia comportamental. Assim, por meio de ampla pesquisa doutrinária e documental, o trabalho confirmou a sua hipótese qual seja, por mais inteligente que seja o julgador, ele ainda está sujeito a falhas cognitivas, utilizando vieses e ruídos em suas decisões.

Palavras-chave: Processo Civil. Imparcialidade. Vieses. Ruídos.

ABSTRACT: This paper presents important theories that analyze cognitive illusions (biases and noises) in order to expose how they can impact judicial decisions. In this regard, focusing on the perspectives of economic psychology and behavioral law and economics, the paper addressed some biases and noises and how they can influence judicial decision-making, with theoretical reference to the research of Daniel Kahneman in the field of behavioral economics. Thus, through extensive doctrinal and documentary research, the paper confirmed its hypothesis, namely that no matter how intelligent the judge may be, they are still subject to cognitive failures, using biases and noises in their decisions.

Keywords: Civil Procedure. Impartiality. Biases. Noises

INTRODUÇÃO:

Qualquer tomada de decisão humana, por mais banal que seja, reflete, inevitavelmente, a personalidade da pessoa que a toma. Em verdade, mais do que a personalidade, as decisões diariamente tomadas são dotadas de pensamentos heurísticos. Este nada mais é do que a formulação de uma decisão que acontece de forma instantânea, muitas vezes sem que necessitemos, de fato, pensar para tomá-la.

Daniel Kahneman descreve dois sistemas de pensamento: o Sistema S1, que é rápido e intuitivo, e o Sistema S2, mais lento e lógico. Ambos interagem na tomada de decisão: o S1 fornece informações rápidas e o S2 processa essas informações de forma mais profunda. Problemas surgem quando o S2 aceita informações do S1 sem questionar, criando “atalhos mentais” que podem levar a erros de julgamento.

Juízes, apesar de treinados para serem objetivos, também são suscetíveis a esses atalhos, refletindo fatores conscientes e inconscientes de suas personalidades em suas decisões, levando a possíveis vieses e erros.

A pesquisa busca entender se, à luz das teorias dos vieses cognitivos, as decisões judiciais são realmente imparciais ou influenciadas por esses atalhos mentais. Usando uma abordagem dedutiva e interdisciplinar, o estudo explora o conceito jurídico de imparcialidade, a relação entre psicologia comportamental cognitiva e direito e como diferentes vieses e “ruídos” podem influenciar as decisões judiciais.

Assim, conforme se verá, por meio de ampla pesquisa doutrinária e documental, é possível confirmar a hipótese do trabalho, qual seja, por mais inteligente que seja o julgador, ele ainda está sujeito a falhas cognitivas, utilizando vieses e ruídos em suas decisões. Nesse sentido, mesmo sem perceber, ele pode vir a julgar de forma imparcial, a partir de suas ilusões cognitivas. No entanto, a partir da percepção dos juízes e de técnicas de julgamentos mais objetivas, é possível amenizar vieses e ruídos das decisões judiciais.

A QUEBRA DA IMPARCIALIDADE DECORRENTES DAS FALHAS COGNITIVAS:

O princípio da imparcialidade do juiz está intrinsecamente ligado ao devido processo legal brasileiro, de tal modo que negar sua existência é negar o acesso a um julgamento justo e, por assim dizer, a própria justiça. “Ninguém põe em dúvida que a imparcialidade é condição sine qua non do legítimo exercício da função jurisdicional” (MOREIRA, 2001, p. 19). Cuida-se, de pressuposto do legítimo exercício da jurisdição, isto é, não havendo imparcialidade no ato decisório, não há justiça.

Da mesma forma, Gustavo Badaró afirma que não há como dissociar as noções de juiz imparcial e jurisdição. Em suas palavras, mesmo que a Constituição não garanta explicitamente o direito a um juiz imparcial, é incontestável que a sua imparcialidade é absolutamente necessária para qualquer juiz, tornando-se, portanto, uma garantia constitucional implícita. A palavra de um juiz não tem valor sem o qualificativo de imparcial. Seria correto dizer que um juiz parcial é uma contradição em termos. Ademais, a noção de jurisdição está indissociavelmente ligada à ideia de um juiz imparcial, já que, se o processo é um meio de solução de conflitos entre partes, é crucial que um terceiro, isto é, o juiz, seja imparcial e não esteja inclinado para nenhum dos lados. (BADARÓ, 2014, n.p.). Cuida-se, portanto, de pressuposto para a adequada instauração da relação processual. Nesse sentido, a imparcialidade sempre será componente fundamental de um processo judicial justo.

É na imparcialidade do juiz que a Justiça e a estrutura jurisdicional são construídas. Todavia, seja por razões de ordem objetiva – de forma voluntária, ou por razões de forma subjetiva – ou de forma involuntária, a imparcialidade não raramente é posta à prova e, com isso, o tratamento das partes torna-se desequilibrado, colocando em xeque a Justiça e toda a estrutura jurisdicional.

Firmadas essas premissas, cabe diferenciar a imparcialidade em seus dois aspectos: objetivo e subjetivo. Para tanto, é importante, inicialmente, apresentar o conceito de neutralidade e os elementos que a distinguem da imparcialidade.

Embora não seja tolerável que o julgador profira decisões baseadas em seus valores, impondo suas concepções pessoais em detrimento do Direito, não é simples estabelecer um equilíbrio. Por isso, Costa (2016, p. 143) preconiza que a “imparcialidade do julgador e verdadeiramente um construto árduo e poroso”, sempre inacabado.

Não por acaso, é comum afirmar que o julgador, além de ser imparcial, também deve ser neutro. Contudo, a neutralidade diz respeito à inexistência de convicções e uma própria história de vida. Decerto, o julgador traz consigo traumas, medos, inseguranças, experiências que, de certa forma, contribuem para a formação de pensamento. Nesse contexto, portanto, a neutralidade processual se apresenta como um mito.

Como destaca Didier Jr. (2016, p. 157), o “mito da neutralidade funda-se na possibilidade de o juiz ser desprovido de vontade inconsciente”, ou seja, em um processo no qual apenas os interesses das partes fossem evidenciados e não o interesse geral da administração do juiz. Logo, a figura do julgador não teria nenhuma relação com o resultado da instrução processual.

Nessa toada, preconizar a imparcialidade não significa anular o magistrado enquanto pessoa, ou seja, não afasta o fato de que o julgador possui sentimentos, emoções e convicções (BAPTISTA, 2013). O que não pode ocorrer é a interferência dos valores e convicções pessoais na decisão do processo. A vontade do julgador, portanto, não pode prevalecer em detrimento da aplicação da lei. A despeito disso, Pamplona Filho e Barbosa (2016) explicam que o Poder Judiciário é formado por homens e mulheres, 18 os quais são passíveis de cometer erros que podem macular os julgamentos e decisões de toda a instituição.

Nesse contexto é que se percebe a clara distinção entre neutralidade e imparcialidade, embora o senso comum, não raras vezes, trate as expressões como sinônimas, quando afetas ao processo judicial. A neutralidade é “fruto de uma influência positiva na ciência [...]. [...] é a possibilidade da manutenção da indiferença diante de um quadro que manifesta posições antagônicas” (PAMPLONA FILHO; BARBOSA, 2016, n.p.). Por isso, Pontes (2007, p. 09) enfatiza que a “neutralidade é um mito, pois inalcançável, uma vez que o juiz é ser humano e como tal influenciado em suas escolhas pelos seus valores, pré-conceitos, por sua formação moral e filosófica [...]”.

Exatamente por ser inerente ao homem é que a neutralidade é dispensável em se tratando do exercício da jurisdição, até mesmo porque há uma tendência de que os magistrados se aproximem das questões sociais, por exemplo, quando prolatam suas decisões. E exigir de alguém total neutralidade é, repita-se, impossível.

De outra monta, não há que se falar em jurisdição sem imparcialidade, a qual, conforme abordado outrora, não pode ser confundida com neutralidade. Esta última, de acordo com Casara (2019), é sinônimo de alheabilidade, impondo ao juiz uma análise da lide processual sem qualquer tipo de interesse pessoal, “mais do que isso: todo julgador deve ter contato com o processo em uma situação de não-saber, sem ter convicções ou certezas acerca dos fatos atribuídos ao acusado” (CASARA, 2019, n.p).

Já no que concerne a imparcialidade, em conformidade com as lições de Andolina e Vingnera (1997, p. 40), pode ser conceituada como a indiferença pessoal do magistrado em relação ao resultado da demanda processual “se explica na inexistência de vínculos subjetivos, objetivos e psicológicos suscetíveis de condicionarem o conteúdo de sua decisão”.

Por conseguinte, observa-se que a imparcialidade é um princípio que deve nortear toda

a atuação jurisdicional, de maneira a garantir o respeito aos direitos constitucionais fundamentais, bem como as demais garantias estabelecidas pelas leis infraconstitucionais. Assim, a fim de que o entendimento a despeito da imparcialidade fique mais bem sedimentado, nesta pesquisa, é importante compreender seus aspectos objetivos e subjetivos.

Como destacam Lora e Castro (2021), falar em imparcialidade objetiva consiste em reconhecer que não basta o julgador prestar uma tutela jurisdicional efetiva. Ele precisa mostrar à sociedade que a justiça está sendo prestada de forma imparcial, observando o que determina a legislação processual. Por isso, não se vincula ao processo, mas sim ao mundo exterior, e busca sobretudo dar credibilidade às decisões judiciais.

Nessa perspectiva, a imparcialidade é o estado de isenção do juiz, de estar alheio aos interesses das partes na causa. A necessidade de fazer valer a figura imparcial do julgador constitui muito mais do que uma garantia individual das partes, sendo, outrossim, um pressuposto da legitimação da prestação jurisdicional e até mesmo da validade do processo, uma vez que sem a separação das tarefas, acusar, instruir e julgar, resta inviabilizada a existência de uma verdadeira relação jurídica processual. A despeito disso, Silva Júnior (2005) frisa que a isonomia na relação processual é alcançada com a imparcialidade no tratamento, oportunidades conferidas às partes pelo juiz. Por isso, é necessário que o julgador seja equidistante, desprendido, que não apresente tendências e que não se afete pelos elementos subjetivos.

Por outro lado, a imparcialidade subjetiva, em apertada síntese, está relacionada à pessoa do julgador e pressupõe a inexistência de “pré-juízos”, de preconceitos inautênticos ou adquiridos indevidamente e que possam viciar o julgamento e comprometer os direitos da(s) parte(s) (LORA; CASTRO, 2021). Logo, é compreendida como a inexistência prévia de uma convicção sobre o objeto do julgamento.

Não significa, de forma alguma, a neutralidade. É fato que o julgador possui suas convicções religiosas, morais, políticas etc. O que a imparcialidade subjetiva busca assegurar é que tais convicções não se externem em formas de “pré-juízos” de valor e conduzam a um julgamento anterior ao próprio processo que, ao final, se concretiza em uma sentença, por exemplo.

Nesse sentido, em seu aspecto subjetivo, ela se relaciona com a vedação de privilégios às preferências do mundo intrapsíquico do juiz, sendo, portanto, uma imparcialidade psicológica. É justamente em seu aspecto subjetivo que a imparcialidade se torna algo complexo.

Isso acontece porque é impossível realizar um julgamento partindo de um “ponto zero” de compreensão, uma vez que todo ser humano possui uma gama de valores, preconceitos, estigmas, “pré-juízos” e aspectos subjetivos, que de forma inconsciente estarão presentes no ato de julgar (LOPES JUNIOR, 2015).

É inevitável formação de um juízo de valor durante o curso do processo judicial diante das suas inúmeras variáveis, uma vez que dentro do trâmite processual, existem várias circunstâncias que podem ensejar a sua formação, podendo acarretar uma real influência subjetiva sobre o magistrado e, por conseguinte, o risco igualmente real de que-

bra da imparcialidade. É importante destacar que determinadas decisões são tomadas no decorrer do procedimento investigatório, sem a observância do contraditório e com base exclusivamente em elementos probatórios já coletados pelos membros da acusação. É nesse ponto que a contaminação se torna evidente. Existe o risco de que o juiz se aproxime subjetivamente dos órgãos acusatórios, e aquele que formou sua convicção nessa etapa tem maior inclinação para aceitar as provas que corroboram sua hipótese, negligenciando aquelas que apontam para o contrário. (MAYA, 2020, p. 38).

Assim, é primordial ter sempre na memória que o ser humano é tendencioso, carrega em si a inevitável capacidade de formar uma opinião parcial, marcada pela subjetividade e pela emoção, sobre determinado assunto. Para a busca por uma solução definitiva do problema apresentado, o ser humano parte de um estado inicial 29 e objetivo em que busca um caminho que leve à solução; entretanto, durante esse caminho, somos muito influenciados, tanto pelo problema em si, como pelo que entendemos do problema (COSTA, 2016). Nesse sentido, o magistrado, como todo ser humano, também é incapaz de se despir de suas vivências

Isto porque qualquer tomada de decisão, por mais banal que seja, reflete inevitavelmente a personalidade da pessoa que a toma. Em verdade, mais do que a personalidade, as decisões que diariamente são tomadas são dotadas de vieses e ruídos (KAHNEMAN, 2012, 2021). Como qualquer ser humano, os juízes também tomam decisões que refletem não só a sua personalidade, mas também os seus sentimentos imediatos já que, inevitavelmente, todo ser humano está sujeito a falhas cognitivas.

Assim, em que pese, o ordenamento jurídico prezar por uma imparcialidade, a parcialidade é inseparável da figura do juiz. A quebra da imparcialidade mencionada é estudada pela psicologia, que, ao detalhar com precisão como chegamos a uma decisão, pondera diversas falhas heurísticas, as quais serão estudadas no capítulo seguinte deste trabalho.

PSICOLOGIA COMPORTAMENTAL COGNITIVA – A CONEXÃO ENTRE A PSICOLOGIA E O DIREITO À LUZ DA TEORIA DE DANIEL KAHNEMAN

Definir e explicar o que é a psicologia é tarefa complexa tendo em vista sua constante evolução teórica e suas múltiplas metodologias e objetos. No sentido etimológico significa ciência da alma e, foi a partir deste sentido que os gregos começaram os estudos da psicologia, entendendo naquele momento que a psique e a alma são um ser natural. À época, os “estudos da alma” eram divididos entre a metafísica, a física e a lógica. Neste primeiro momento, então, era a “alma” o objeto do estudo (CANGUILHEM).

A presente pesquisa não objetiva abordar e se aprofundar nisso. Todavia, se faz necessária uma breve explanação acerca da psicologia cognitiva. Isso porque esta é a escola da ciência psicológica que estuda a relação do indivíduo com o meio em que este se encontra, assim, estuda os campos do pensamento, aprendizado e memória, esta última em suas múltiplas formas, isto é, estuda tanto a memória relacionada a eventos concretos, quanto à memória de habilidades motoras (EKMAN, 2017).

Veja-se, então, que a psicologia cognitiva estuda os eventos psicológicos associados à percepção, ao aprendizado, às lembranças e processamento de informações. Nas pala-

vras de Robert Sternberg:

Para sermos mais específicos, a psicologia cognitiva é o estudo de como as pessoas percebem, aprendem, lembram-se de algo e pensam sobre as informações. Um psicólogo cognitivo pode estudar o modo como as pessoas percebem várias formas, por que elas se lembram de alguns fatos, mas se esquecem de outros, ou como aprendem a linguagem (STERNBERG, 2008, p. 19).

Em meio a esse panorama, observamos a emergência de estudos voltados para os preconceitos cognitivos e as heurísticas das decisões, seguidos por investigações sobre ruídos. Neste campo, os trabalhos de Daniel Kahneman e Amos Tversky se destacam por sua importância, revolucionando a maneira como a teoria da decisão é abordada e influenciando profissionais de diversas disciplinas do saber.

Em que pese a comunidade jurídica tenha reconhecido tardiamente a importância e a presença de falhas cognitivas na atividade decisória, a sua importância não deve ser desprezada. As consequências dos vieses cognitivos nas decisões judiciais são reais e podem resultar em efetiva parcialidade.

A demora de se reconhecer que fatores psicológicos e biológicos da mente humana podem influir de maneira direta nas decisões judiciais decorre, principalmente, do seu desconhecimento. Nesse sentido, muito do entendimento prevalente sobre como decisões “justas” podem ser tomadas de forma “isenta” ainda aposta numa visão da racionalidade de séculos atrás, como se a psicologia, a biologia e as neurociências não tivessem avançado a passos largos nas últimas décadas (HORTA, 2019).

Classificando heurísticas, vieses e ruídos à luz dos estudos de Daniel Kahneman Segundo a teoria dos processos duais, há duas formas de pensamento: uma que opera de maneira rápida e intuitiva, sem nenhuma percepção de controle voluntário – Sistema 1 (“S1”); e outra reflexiva e ponderada, que se relaciona às atividades mentais que demandam mais atenção – Sistema 2 (“S2”).

É no S1 que o conhecimento, as impressões e as sensações ficam registradas. Essas memórias originarão as escolhas deliberativas do Sistema 2. O S2, por sua vez, é utilizado diante de situações que impõem a nossa mente um raciocínio mais complexo. Esses sistemas, apesar de possuírem funções diferentes, trabalham juntos nas resoluções dos problemas diários. Assim, mesmo que algumas questões mais complexas passem pelo processo reflexivo do Sistema 2, buscando por conforto cognitivo, o Sistema 1 tentará fornecer informações rápidas e inconscientes ao segundo, de modo que a resposta final pode acabar por desviar de um modelo de racionalidade plena (KAHNEMAN, 2012).

Pois bem, conforme a teoria dos processos duais, as pessoas quando são chamadas para resolver um problema tendem a utilizar o S1 para chegar a uma decisão rápida. E, para chegar a ela, o Sistema 1, não raro, faz uso de heurísticas.

As heurísticas, ou atalhos cognitivos, são juízos intuitivos, baseados em regras de experiência utilizados para simplificar a tomada de decisão e torná-las mais rápidas e, em tese, mais eficientes. Em outras palavras, elas oferecem um procedimento simplificado para a tomada de decisão que ajuda a encontrar respostas adequadas, ainda que incorretas, para questões complexas em um curto período (GIGERENZER, 2012 e KAHNEMAN, 1974).

Esses atalhos cognitivos são mecanismos úteis e, de maneira geral, importantes para o processo decisório, uma vez que facilita a solução de problemas. Ocorre que a utilização do SI pode levar a erros relevantes e sistemáticos a partir da criação de ilusões cognitivas (GIGERENZER, 2012), chamadas de vieses. Conforme explica Baron (2014), o viés é um equívoco sistemático de um modelo normativo de tomada de decisões. Em outros termos, o viés cognitivo está presente quando constantemente a resposta alcançada pelo ser humano não está dentro do modelo de plena racionalidade.

A partir desses conceitos, é importante entender como distinguir os vieses das heurísticas. Nesse sentido, Pohl (2017, 1-8) apresenta alguns critérios que devem ser observados para evidenciar essa distinção e conseguir identificar um viés: (I) Gerar um julgamento que desvia de um modelo normativo de tomada de decisões: um viés cognitivo ocorre quando o processo de tomada de decisão não segue um modelo racional ou normativo, desviando-se de uma abordagem lógica e imparcial; (II) Ser sistemático e constante, ou seja, não se dar de forma aleatória: um viés cognitivo é um padrão consistente e repetitivo de pensamento, que não é resultado de acaso ou aleatoriedade, mas sim de processos mentais enviesados; (III) Ser involuntário e inconsciente: um viés cognitivo é muitas vezes involuntário e inconsciente, ou seja, ocorre sem que o indivíduo perceba que está ocorrendo; e (IV) Ser difícil de lutar contra a sua influência: um viés cognitivo é muitas vezes difícil de ser corrigido, pois sua influência é tão forte que o indivíduo pode não perceber que está sendo afetado por ele ou pode resistir a mudanças em suas crenças e comportamentos.

Esses critérios ajudam a identificar quando um viés cognitivo está presente em um processo de tomada de decisão, permitindo que medidas sejam tomadas para minimizar ou neutralizar sua influência.

Por exemplo, não é fácil perceber a diferença entre a heurística (atalho mental muito útil para a realização de julgamentos probabilísticos) e o viés da representatividade (erro cognitivo). Este último acontece quando, a partir da heurística da representatividade, o agente decisor faz julgamentos acerca de probabilidades, baseando a sua resposta em um evento aparentemente representativo de determinada classe. Assim, quando o evento A parece similar à classe B, os agentes decisores tendem a afirmar que a probabilidade de que A se origine a partir de B é alta. Já quando A não é parecido com B, esses mesmos agentes tendem a afirmar que a probabilidade de que A se origine a partir de B é baixa (GIGERENZER, 2012).

Se por um lado a heurística da representatividade é vantajosa para a tomada de decisão, por outro, ela pode fazer com que as pessoas ignorem informações estatísticas relevantes, levando-as a decisões enviesadas. O viés da representatividade tende a acontecer porque as pessoas normalmente ignoram a “taxa base” . (GIGERENZER, 2012).

Ignorar a taxa base pode fazer com que a probabilidade de cenário, dada uma impressão, seja tratada como a mesma coisa que a probabilidade de uma impressão, dada a um cenário (por exemplo, a probabilidade de que o réu foi negligente, visto que o autor foi prejudicado, acaba sendo tratada como a mesma coisa que a probabilidade de que o autor seria prejudicado se o réu fosse negligente) (GIGERENZER, 2012). Assim, o viés da

representatividade leva a uma resposta que se desvia da racionalidade e dos preceitos estatísticos esperados. Esse desvio, por sua vez, não é aleatório, uma vez que pode ser previsto a partir da análise da própria heurística empregada, conforme se analisará mais profundamente nos tópicos a seguir.

Da mesma forma, a heurística da ancoragem, quando utilizada de forma irracional, pode levar a erros caracterizados decorrentes do viés da ancoragem. O viés da ancoragem se caracteriza pelo erro sistêmico resultante de estimativas realizadas por meio de um valor de referência (a âncora). Ou seja, o valor (normalmente numérico) apresentado leva o decisor a formular a sua resposta a partir de um valor base parcial e, assim, normalmente, o número âncora acaba por atrair o julgamento, transformando-se em uma armadilha para o decisor (GIGERENZER, 2012). Nesse caso, assim como no anterior, o agente decisor não está se deixando influenciar de forma proposital ou deliberada. Assim, também se têm a presença de vieses cognitivos, o viés da ancoragem.

Ressalta-se, porém, conforme explica Guthrie (2017), que as falhas heurísticas podem ser minimizadas ativando o aspecto ponderado de S2. Nesse sentido, embora S1 proponha respostas rápidas e intuitivas, o S2 deve monitorar e monitorá-las, no sentido de aceitá-las ou modificá-las. As formas de monitorar e minimizar a influência de S1 nas decisões de S2 e consequentemente a influência dos vieses cognitivos nas decisões serão analisadas no capítulo três deste trabalho.

A partir desses conceitos iniciais, é possível perceber que heurísticas e vieses sempre estarão presentes no processo de tomada de decisão. No entanto, é necessário ter especial atenção quando as teorias psicológicas sobre a influência dos vieses nas decisões esbarram no processo decisório judicial, pois, conforme ressalta Tobias (2020, p. 11) esbarra-se na própria “defesa da expertise jurídica”, o que se torna um problema quando pensamos na imparcialidade dos julgamentos.

RUÍDOS E VIESES NAS DECISÕES JUDICIAIS

Como evidenciado ao longo desta pesquisa, os vieses e ruídos podem exercer uma forte influência sobre as decisões judiciais. Portanto, neste momento, iremos examinar como essas falhas heurísticas podem afetar a atividade jurisdicional, com base em algumas pesquisas sobre o tema que serão apresentadas ao longo deste capítulo.

Como já foi explanado em capítulos anteriores, o magistrado, assim como qualquer outra pessoa em seu cotidiano, faz uso de heurísticas para realizar escolhas e julgar as questões que lhe são submetidas. Desse modo, ele recorre a atalhos psicológicos que tornam seus processos decisórios mais fáceis e ágeis, uma vez que o pensamento é, em grande parte, automático e intuitivo.

A heurística da disponibilidade, é uma das mais utilizadas pelos juízes, visto que por meio de sua utilização, o magistrado toma decisões com base nas informações já presentes em sua memória, em seu conhecimento jurídico e em sua experiência profissional. Essa heurística é quotidianamente utilizada em casos mais comumente encontrados no judiciário.

Entretanto, o seu uso não é imune a falhas. Utilizar informações prontamente disponíveis na memória para tomar decisões pode ser perigoso em casos com muitas discre-

pâncias, especialmente em razão da vastidão de leis em vigor, mudanças frequentes na legislação e grande quantidade de regulamentações primárias e secundárias a serem observadas. Decidir rapidamente sem investigar, verificar os dados, examinar as regras e comparar as evidências pode levar a erros cognitivos que prejudicam a administração da justiça (ANDRADE, 2019).

A precipitação pode implicar em decisões eficazes, mas sem equidade. O exagero de confiança em dados já adquiridos pode ser a origem de muitas falhas. Apoiado na heurística da disponibilidade, a vivência de um caso anterior e análogo não conduziria a descartar a análise das particularidades de uma nova situação por meio da recuperação ágil de informações utilizando a memória (WOJCIECHOWSKI, 2018).

Nessa perspectiva, Lorenzetti (2010) ressalta a significância de os julgadores estarem conscientes da importância e do impacto de suas decisões. Atuando de maneira consciente, o juiz reduz os perigos de injustiças.

Além da heurística da disponibilidade, a heurística representatividade também é muito utilizada por prolores de decisão. Isso porque, em que pese o Brasil utilizar-se do sistema civil law, as modificações legislativas nos fazem caminhar, cada vez mais, à utilização do sistema de precedentes. Nesse sentido, é comum que magistrados tomem decisões com base em casos análogos ou com bases precedentes vinculantes.

Todavia, conforme já debatido neste trabalho, a utilização automática de precedentes, sem que haja uma análise da razão decisória do caso análogo, apesar de oferecer uma resposta veloz para um processo associado a uma situação análoga, pode não apontar a solução apropriada devido às peculiaridades da demanda, isso porque a semelhança entre as circunstâncias não deve negligenciar a avaliação dos distintos aspectos que podem descartar um caso anterior como referência.

Ademais, as decisões judiciais também são tomadas com base na heurística da confirmação, que pode gerar o viés da confirmação. Essa heurística e viés, ocorrem quando o magistrado decide com base em preconceitos ou convicções pessoais sobre o caso ou problema, mesmo diante de informações ou evidências que os refutam ou negam.

Nesse ponto, retoma-se a ideia apresentada no primeiro capítulo deste trabalho: por óbvio, não se busca nem se espera a neutralidade do magistrado, uma vez que o juiz, como todo ser humano, age alimentado por uma visão de mundo e por preconceitos” (BALTAZAR JUNIOR, 2014). Nesse sentido, cada ser humano traz consigo seus valores, suas pré-compreensões, seus sentimentos, frutos da interação com o mundo em que vive, não se podendo esperar que aja como uma máquina ou ser autômato (BALTAZAR JUNIOR, 2014).

Nesse sentido, conforme explica Andrade (2019), quando a tendência de confirmação permeia o raciocínio do magistrado em questão, transforma-se em um empecilho à sua avaliação objetiva das evidências, podendo levá-lo a desconsiderar com seriedade argumentos que vão de encontro às suas ideias preconcebidas, independentemente das provas ou do poder dos argumentos em direção oposta.

A presença do viés da confirmação: A pesquisa de Ricardo Jacobsen Gloeckne

Após analisar dados estatísticos empíricos do Tribunal de Justiça do Sul do Rio Grande,

Ricardo Jacobsen Gloeckner (2015) verificou que a presença de prisão preventiva poderia ser considerada critério decisivo para a condenação, a ponto de a sentença corroborar a decisão de manter o indivíduo ou acusado detido. De fato, a pesquisa constatou que o magistrado responsável por decretar a prisão preventiva não foi capaz de decidir sobre o mérito da questão de forma imparcial. O referido autor acredita que a situação está relacionada ao viés da confirmação e ressalta que tal questão – isto é, o fato de a prisão preventiva corroborar para a condenação do réu – contraria as normas jurídicas e o processo judicial democrático (GLOECKNER, 2015).

Nesse sentido, os magistrados “engajam-se em uma tentativa de corroborar a denúncia – ancorados nela – ou mesmo guiados por intuições, sensações ou impressões geradas no âmbito do Sistema 1, a partir das quais ajustam-se para exercer uma busca apenas por evidências que corroborem a acusação” (WOJCIECHOWSKI, 2018, p. 50).

Em que pese não ser o foco de debate deste trabalho, é importante ressaltar aqui que muitos autores defendem a utilização do juízo das garantias de modo a combater o viés da confirmação no processo judicial. Maya (2011) acredita que a introdução do juiz de garantias no sistema processual brasileiro, juntamente à aplicação da norma de prevenção como motivo para afastar a competência, são cruciais para reduzir as possibilidades de parcialidade do julgador, ampliando assim o princípio da imparcialidade.

Embora a viabilidade de implementação do juiz das garantias seja relevante, existem juristas que sustentam a opinião de que essa não é a solução mais eficaz. De acordo com Andrade (2015), por exemplo, o Brasil não adota o tribunal de pré-julgamentos, e a principal questão que afeta o sistema judiciário brasileiro é a falta de recursos e a lentidão processual. Nessa perspectiva, é necessário pensar em abordagens que sejam apropriadas às circunstâncias nacionais para mitigar os preconceitos cognitivos, tendo em vista que nem todos eles podem ser eliminados/neutros por meio de intervenções jurídicas (COSTA, 2018).

A presença do viés da ancoragem: A pesquisa de Bernd Schünemann e Guthrie, Rachlinski e Wistrich

Outro estudo empírico, desta vez realizado por Bernd Schünemann (2012), comprovou a presença do viés cognitivo da ancoragem nos processos judiciais. Tal viés, relembra-se, é caracterizado pela propensão de focar em informações iniciais, as quais são desafiadoras de serem desassociadas da percepção inicial (efeito de priming).

O estudo demonstrou que o domínio dos documentos do inquérito policial, que possuíam uma inclinação acusatória, resultou na condenação do acusado por todos os juízes em um grupo, enquanto no grupo que julgou o mesmo caso sem acesso ao registro inquisitório, tal resultado foi observado em um número significativamente inferior de magistrados. Os experimentos realizados por ele revelaram que diversos juízes têm a tendência de se apegar às informações contidas no inquérito policial, demonstrando uma forte influência do efeito de priming e, em alguns casos, ignorando involuntariamente evidências probatórias que contrariam a primeira impressão.

O domínio que um juiz de primeira instância tem sobre o material do inquérito policial não deve levá-lo a desenvolver uma norma jurídica fundamentada na falácia do efeito

âncora, quando a acusação não estiver em consonância com os princípios do direito, devido a uma contradição.

Nesse sentido, o efeito da heurística da ancoragem pode se manifestar em múltiplas maneiras no cenário jurídico, em especial por meio do viés de inadequação no reajuste da referência fixada. Com o intuito de verificar essa suposição, Guthrie, Rachlinski e Wistrich (2001) conduziram um estudo experimental.

Os doutrinadores conduziram a pesquisa com um grupo de 167 magistrados federais dos Estados Unidos, apresentando-lhes um caso jurídico concernente a indenização por prejuízos e danos. Os magistrados foram divididos em dois grupos. Um grupo “sem âncora” e um grupo “com âncora”, ao qual foi apresentado um valor de 75 mil dólares. O resultado obtido na pesquisa foi apresentado pelos autores através da tabela abaixo:

A tabela exibe a média dos dados coletados, divididos em três grupos, facilitando a compreensão dos efeitos induzidos pela ancoragem. Observa-se que a cifra inicial apresentada ao grupo com âncora teve impacto significativo na tomada de decisão dos juízes, quando comparado ao grupo que não recebeu uma âncora. Dessa forma, os pesquisadores inferiram que a heurística da ancoragem exerce influência real na deliberação dos magistrados.

Os resultados de outro experimento conduzido por English, Mussweiler e Strack (2006) revelaram uma situação alarmante. Nesse estudo, a pena definida pelos promotores foi influenciada pelo resultado de um lançamento de dados. Notavelmente, os participantes que viram números mais altos nos dados tendiam a sugerir punições mais severas. Esta constatação sugere que as decisões judiciais não estão isentas da influência de âncoras arbitrárias, mesmo quando a liberdade de um indivíduo está posta em xeque.

A presença do viés da Representatividade: A pesquisa de Guthrie, Rachlinski e Wistrich

Os mesmos autores ainda testaram em seu experimento a influência do viés da representatividade nas decisões judiciais. Relembre-se que o viés da representatividade ocorre quando fazemos julgamentos com base em estereótipos ou modelos mentais, atribuindo alta probabilidade a eventos que são considerados típicos ou representativos de uma situação específica. Isso pode levar a generalizações equivocadas e ignorar a diversidade individual e outros fatores relevantes.

Nesse sentido, a fim de demonstrar a influência do viés da representatividade nas decisões judiciais, Guthrie, Rachlinski e Wistrich (2001), partiram do seguinte pressuposto: existe uma propensão nas pessoas para considerar a probabilidade de uma hipótese com base em uma determinada evidência de forma semelhante à probabilidade da evidência com base na hipótese (inverse fallacy). Assim, apresentaram aos magistrados o seguinte caso concreto:

O autor da ação estava passando por um armazém de propriedade do réu quando foi atingido por um barril, resultando em graves ferimentos. Naquele momento, o barril estava nas fases finais de ser içado do chão e carregado para o armazém. Os funcionários do réu não têm certeza de como o barril se soltou e caiu, mas concordam que ou

o barril foi negligenciado ou a corda estava defeituosa. Inspectores de segurança do governo realizaram uma investigação no armazém e determinaram que neste armazém: (1) quando os barris são negligenciados, há uma chance de 90% de que eles se soltarão; (2) quando os barris são seguramente fixados, eles se soltam apenas 1% das vezes; (3) os trabalhadores negligenciam a segurança dos barris apenas 1 em 1.000 vezes. (GUTHRIE, RACHLINSKI, WISTRICH, 2001, p. 808, tradução livre).

A partir do caso apresentado, indagaram aos magistrados a probabilidade do barril que atingiu o autor tenha caído devido a negligência de um dos trabalhadores. Os autores, então, apresentaram ao magistrado quatro faixas de probabilidade a fim de determinar a probabilidade de um acusado ter sido negligente: 0-25%, 26-50%, 51-75% e 76-100%.

Surpreendentemente, quando confrontadas com esse dilema, a maioria das pessoas tende a acreditar que a probabilidade de o acusado ser negligente é de 90%. No entanto, a realidade é bem diferente, com uma probabilidade de apenas 8,3%. Os resultados da pesquisa revelaram que 40,9% dos juízes escolheram a opção 0-25%, enquanto 8,8% optaram pela faixa de 26-50%. De maneira interessante, a opção de 51-75% foi escolhida por 10,1% dos juízes, enquanto uma parcela maior, 40,3%, optou pela faixa de 76-100%.

O estudo de Guthrie, Rachlinski e Wistrich (2001), revelou que a proporção de magistrados afetados pelo viés da representatividade é bastante similar àqueles imunes a tal viés, sugerindo que a vivência profissional pode ter um papel significativo nos resultados observados. Isso contrasta com a situação envolvendo a heurística de ancoragem, onde a experiência não parece minimizar os impactos dessa orientação cognitiva na tomada de decisão.

Por outro lado, o viés da representatividade se mostra bastante evidente quando testado a partir de outros ângulos, como a raça e o gênero. (GRAYCAR, 2008). Nesse sentido, diversos estudos acadêmicos têm demonstrado, conforme aponta Grezzana (2011), que tanto o gênero do juiz que está presidindo o caso quanto o do indivíduo que está pleiteando na justiça, podem exercer influência significativa sobre o resultado final do processo. Esta influência, contudo, é matizada de acordo com a natureza específica da demanda que está sendo posta em julgamento.

No mesmo sentido, o estudo realizado por Boyd, Epstein e Martin (2007) examinou a influência do gênero dos juízes nas decisões judiciais, particularmente em casos que envolvem a detecção/influência de discriminação.

Os autores descobriram que as juízas - quando estão julgando individualmente, ou seja, em decisões monocráticas - tendem a aceitar (deferir) as reivindicações relacionadas a alegações de discriminação cerca de 10% mais frequentemente do que os seus colegas do sexo masculino. Além disso, o estudo também concluiu que a presença de pelo menos uma juíza quando a decisão é tomada por um grupo de juízes - em decisões colegiadas - aumenta a porcentagem de casos em que a discriminação é reconhecida. Este resultado sugere que a presença de uma juíza na formação do tribunal pode influenciar a perspectiva do grupo e, assim, aumentar a probabilidade de que alegações de discriminação sejam consideradas procedentes.

Veja-se, nesse sentido, que um Tribunal plural é de extrema relevância para mitigação

do viés da representatividade. Exemplificativamente, imagina-se a existência de um Tribunal formado apenas por homens, de acordo com o citado estudo, em razão do viés da representatividade, a chance de haver deferimento de ações relativas às reivindicações relacionadas a alegações de discriminação é consideravelmente menor, em razão da inexistência de uma mulher no colegiado.

Outros variados estudos demonstram a interferência intrínseca do viés da representatividade, quando ligado a questões raciais, nos julgamentos. Talvez seja essa uma das questões mais relevantes e preocupantes no judiciário.

Sobre o tema, a literatura científica social enfatiza que a percepção implícita de negros (e não de brancos) como uma ameaça e hostis é um ponto crucial para entender as disparidades raciais na implementação da pena de morte, um castigo geralmente reservado para os indivíduos mais “ameaçadores” ou crimes hediondos. Além disso, é importante notar que estudos de neuroimagem revelam uma maior ativação na área cerebral relacionada ao medo entre brancos ao visualizar rostos negros. Quando confrontações são observadas, os brancos tendem a interpretar tais interações de maneira mais agressiva e hostil se o agressor for negro (Lordelo, 2020).

No mesmo sentido, de acordo com as estatísticas reveladas pelo Departamento de Correções da Geórgia (Georgia Department of Corrections), percebe-se uma disparidade racial significativa na aplicação de sentenças. Os dados mostram que os réus negros são geralmente sujeitos a sentenças mais duras do que os réus brancos - especificamente, eles recebem sentenças que são, em média, 4,25% mais severas.

Além disso, os dados demonstraram que o viés da representatividade racial pode influenciar ainda mais julgamento em casos que envolvem uma vítima branca. Nesses casos, a probabilidade de um réu ser condenado à pena de morte aumenta se ele apresentar características físicas mais tipicamente associadas a negros. Isso sugere que o preconceito racial e os estereótipos podem desempenhar um papel significativo no sistema de justiça criminal. (LORDELO, 2020).

CONCLUSÃO

O presente estudo examinou o papel das distorções cognitivas, especialmente vieses e ruídos, na imparcialidade das decisões judiciais. O conceito de imparcialidade, garantido pelo devido processo legal, foi contrastado com a neutralidade do juiz, abordando suas dimensões objetivas e subjetivas. Esse entendimento foi enriquecido pela análise de heurísticas, vieses e ruídos à luz das contribuições de Daniel Kahneman, integrando a psicologia comportamental cognitiva ao Direito.

As conclusões evidenciaram que, embora o magistrado atue sem interesses pessoais, seu processo decisório não é imune a influências cognitivas e emocionais. A intuição, apesar de ser uma ferramenta valiosa, apresenta riscos quando se torna a principal guia para o julgamento. A legislação reconhece certos obstáculos à imparcialidade, como impedimento e suspeição, mas as nuances psicológicas que influenciam a decisão são vastas e não expressamente cobertas pela lei.

Enfatiza-se a importância do juiz em adotar uma abordagem lógica e deliberada, refletindo sobre as evidências e argumentos apresentados. Mesmo que a personalidade do

juiz enriqueça o sistema judiciário, não se deve negligenciar a realidade, o raciocínio e as provas. É imperativo reconhecer e questionar pensamentos e percepções iniciais, principalmente em contextos de ampla defesa.

Em síntese, a decisão judicial é intrinsecamente ligada aos processos mentais do juiz. Embora a total eliminação de influências emocionais e cognitivas seja inviável, o conhecimento e a consciência sobre essas interferências podem promover decisões mais justas e imparciais. Reconhecer as limitações e desafios da mente humana e investir em treinamento e conscientização para magistrados e partes envolvidas tem o potencial de aprimorar e reformar o sistema judiciário brasileiro, alinhando-se mais estreitamente com os ideais de justiça e imparcialidade

Considerando esse entendimento, o profissional do Direito, especialmente os magistrados, devem não apenas possuir um conhecimento profundo das leis, doutrinas e jurisprudências em vigor, mas também buscar uma formação multidisciplinar, adquirindo conhecimento produzido por outras áreas do conhecimento, de modo a ter uma visão ampla não apenas de uma parte, mas do todo, e assim compreender melhor o mundo e a realidade que o cerca.

REFERÊNCIAS

- ALPAYDIN, E. Introduction to Machine Learning. 2nd ed. Cambridge: MIT Press, 2010.
- ALVIM, J. E Carreira. Teoria Geral do Processo. 21. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018
- AMATO, Lucas Fucci. Formalismo Jurídico: ascensão, declínio e renascimento. *Suprema - Revista de Estudos Constitucionais* v. 2 n. 1 (2022). Acesso em 13.04.2023. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/154>
- AMBROSIO, Graziella. Psicologia do juiz. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, v. 3, n. 2, p. 491-503, 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.7213/rev.dir.econ.socioambiental.03.002.AO08>. Acesso em: 05 maio 2022.
- ANDRADE, Flávio da Silva. A dissonância cognitiva e seus reflexos na tomada da decisão judicial criminal. *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 1651-1677, 2019.
- ANDRADE, F. DA S. (2019). A tomada da decisão judicial criminal à luz da psicologia: heurísticas e vieses cognitivos. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, 5(1), 507–540. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.172>
- ANDRADE, Flávio da Silva. A construção participada da decisão penal no Estado Democrático de Direito: a garantia de participação das partes, pelo contraditório, na composição da decisão justa e legítima. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 1007-1041, 2017.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. Juiz Natural no Processo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Sentença Penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004
- BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. A minha verdade é minha justiça – dilemas e paradoxos sobre o princípio da imparcialidade judicial. *Cadernos de Campo*, São Paulo, n. 22, p. 301-314, 2013.
- BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. A crença no princípio (ou mito) da imparcialidade

judicial. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 7, n. 2, p. 203-223, 2020.

BARTOLOMEO, John et al. Sentence Decision Making: the logic of sentence decisions and the extent and sources of sentence disparity. *The Journal Of Criminal Law And Criminology*, v. 72, n. 2, p. 524, 1981.

BARTOLOMEO, John et al. Sentence Decision Making: the logic of sentence decisions and the extent and sources of sentence disparity. *The Journal Of Criminal Law And Criminology*, v. 72, n. 2, p. 524, 1981.

BARON, Jonathan. Heuristics and biases. In: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (eds.). *The Oxford handbook of behavioral economics and the law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 3-27.

BAZERMAN, Max H.; MOORE, Dan. *Processo decisório*. 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014

BISHOP, C. M. *Pattern Recognition and Machine Learning*. New York: Springer, 2006.

BOYD, Christina L.; EPSTEIN, Lee; MARTIN, Andrew D.. Untangling the Causal Effects of Sex on Judging. 2nd Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper, p. 1 – 45, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1001748>>. Acesso em 12.06.2022

BRANDO, M. S. Como decidem os juízes? Uma investigação da teoria realista da decisão judicial a partir das contribuições das ciências cognitivas e da psicologia moral. Orientador: STRUCHINER, N. 2013. Mestrado (Dissertação - Mestrado em Direito) - Departamento de Direito, PUC-Rio, Rio de Janeiro

BRASIL. Superior Tribunal Federal, Agravo Regimental na Reclamação 47.666. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759611152>. Acesso em 24.03.2023.

BURCH, Traci. Skin Color and the Criminal Justice System: Beyond Black-White Disparities in Sentencing. *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 12, p. 395-420, 2015

CONLISK, John. Why Bounded Rationality? *Journal of Economic Literature*, v. 34, n. 2, p. 669–700, 1996.

CORMEN, T. H. et al. *Introduction to Algorithms*. 3rd ed. Cambridge: MIT Press, 2009.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: JusPodivm, 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

DHAMI, Mandeep K, Psychological models of professional decision making *Psychological models of professional decision making*, *Psychological Science*, v.14, n.2, p.175–180, 2003.

DANZIGER, S.; LEVAV, J.; AVNAIM-PESSO, L. Extraneous factors in judicial decisions. *Proceedings Of The National Academy Of Sciences*, v. 108, n. 17, p. 6889-6892, 2011.

DHAR, Vasant. Dissecting “Noise”. *The Los Angeles Review of Books*, 2021. Disponível em: <https://lareviewofbooks.org/article/dissecting-noise/>. Acesso em: 15 fev. 2023.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Processo Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de direito processual civil*. vol. 2. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINAMARCO, Candido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do novo processo civil. São Paulo: Malheiros, 2016.

ELIAS, Paulo S. Algoritmos, Inteligência Artificial e o Direito. Conjur, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/algoritmos-inteligencia-artificial.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2023.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FIORELLI, José O. Psicologia aplicada ao Direito. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24^a Região, n. 15, p. 55-73, 2010.

FIORELLI, José O.; MANGINI, Rosana C. R. Psicologia jurídica. São Paulo: Atlas, 2009.

FORNACIARI JR., Clito. Da Necessária Releitura do Fenômeno da Suspeição. Themis, Fortaleza, v. 2, n. 2, p. 187-192, 1999.

GALDINO, Flávio. "Princípio da Imparcialidade Judicial". In: TORRES, R. L.; KATAOKA, E. T.; GALDINO, F. Dicionário de Princípios Jurídicos. Rio de Janeiro: Elsevir, 2011, p. 59.

GARCÍA-SÁNCHEZ, E., LLAMAZARES, I. G., & SÁNCHEZ-TABERNERO, A. (2020). Opinión pública sobre la imparcialidad judicial en España. Revista de Estudios Políticos, (188), 125-153.

GIGERENZER, Gerd; GAISSMAIER, Wolfgang. Heuristic Decision Making. Annual Review of Psychology, v. 62, p. 451-482, 2012.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 23, n. 117, p. 273, 2015.

GÓES, Fernanda. A Tutela da Aparência de Imparcialidade no Direito Brasileiro. 2022. Editora Juspodivm.

GOODRICH, M. T.; TAMASSIA, R. Estruturas de Dados e Algoritmos em Java. Porto Alegre: Bookman, 2015.

GRAYCAR, Reg. Gender, race, bias and perspective: OR, how otherness colours your judgment. International Journal of the Legal Profession, v. 15, n. 1-2, p. 73-86, mar./jul., 2008.

GREZZANA, Stefânia. Viés de gênero no Tribunal Superior do Trabalho brasileiro. 2011. 61 f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Escola de Economia de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo. 2011.

GREELY, Henry T.; FARAHANY, Nita A., Neuroscience and the Criminal Justice System. Annual Review of Criminology, v. 2, n. 1, p. 451-471, 2019.

GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Blinking on the bench: How judges decide cases. Cornell L. Rev., v. 93, p. 1/ 100-141, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=257634>>. Acesso em: 12.06.2022

HORTA, Ricardo de Lins E.; COSTA, Alexandre Araújo. Vieses na decisão judicial e desenho institucional: uma discussão necessária na era da pós-verdade. Cadernos Adenauer VXIII, n. 1, 2017. Disponível em: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=46b87cc-1-e2e1-8e81-04738c391fbdb3a4&groupId=265553. Acesso em: 24.03.2023

JAMES, G. et al. *An Introduction to Statistical Learning: with Applications in R*. New York: Springer, 2013.

JORDAN, M. I.; MITCHELL, T. M. Machine learning: Trends, perspectives, and prospects. *Science*, v. 349, n. 6245, 2015, p. 255-260.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. *On prediction and judgment*. ORI Research Monograph, 1972.

KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Oliver; SUNSTEIN, Cass R. *Ruído: Uma falha no julgamento humano*. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021.

KLEIN, Gary. *Sources of Power: how people make decisions*. 20th Anniv. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2017.

LEÃO, José Bruno Martins; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. Imparcialidade judicial: uma breve análise sobre uma dimensão da conduta judicial. *Research, Society and Development*, v. 10, n. 13, e103101321059, 2021. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.33448/rsd-v10i13.21059>. Acesso em: 24.03.2022

LEAL, Fernando. RIBEIRO, Leandro Molhano. Heurística de ancoragem e fixação de danos morais em juizados especiais cíveis no Rio de Janeiro: uma nova análise. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, p. 777-799, 2018.

LEITE, Soares Hebert. *A cognição judicial imparcial e os efeitos dos vieses cognitivos no processo penal democrático (Mestrado em Direito)*. Universidade Federal de Minas Gerais. 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/34095/6/DISERTA%C3%87%C3%83O%20DE%20MESTRADO%20HEBERT%20SOARES%20LEITE.pdf>. Acesso em 24.03.2023

LIU, J., e MEROLLA, A. J. (2017). Negative news and judicial evaluations: the effects of media content on public opinion of judges. *Justice System Journal*, 38(1), 34-52.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPESJUNIOR, A.; ROSA, A.M. Entenda o impacto do Juiz das Garantias no Processo Penal. *Consultor Jurídico. Conjur*, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-27/limite-penal-entenda-impacto-juizgarantias-processo-penal>. Acesso em: 24.03.2023.

LORA, Deise Helena Krantz; CASTRO, Matheus Felipe de. Imparcialidade judicial: os juízes partisans e os precedentes das cortes locais e internacionais de direitos humanos. *Revista da Ajuris-Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, v. 1, p. 29-58, 2021.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial – fundamentos de Direito*. Trad. de Bruno Miragem. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LORDELO, João Paulo. Vieses implícitos e técnicas de automação decisória: riscos e benefícios. *Revista ANNEP de Direito Processual*, v. 1, n. 2, p. 136-154, 2020.

MAISTO, Albert A.; MORRIS, Charles G. *Introdução à Psicologia*. 6. ed. Trad. de Ludmilla Teixeira Lima e Marina Sobreira Duarte Baptista. São Paulo: Prentice Hall, 2004.

MARTINS, José Renato. *O dogma da neutralidade judicial: sua contextualização no Estado brasileiro contemporâneo*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAYA, André Machado. *Imparcialidade e Processo Penal: da prevenção da competência ao Juiz de Garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MAYA, André Machado. *Juiz das garantias: fundamentos, origem e análise da lei 13.964/2019*. 1. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

MITCHELL, T. *Machine Learning*. New York: McGraw Hill, 1997.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, José Diniz; TABAK, Benjamin Miranda. *As heurísticas e vieses da decisão judicial: análise econômico-comportamental do direito*. *Revista de Direito FGV*. V.14, N2. Maio-agosto.2018. Disponível: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/wnNBCPC7BNGKBDqW8Y-39rWB/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 24.03.2023

NARDELLI, Luís Fernando. *Exceção de suspeição. Prejulgamento. Imparcialidade. Juiz ativo. Cultura da conciliação. Suspeição provocada ou ilegítima. Litigância de má-fé*. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 35, n. 180, p. 357-376, fevereiro. 2010. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/113278>. Acesso em 24.03.2023.

NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 13. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2017, p. 17

NUGENT, Donald C. *Judicial Bias*, *Cleveland State Law Review*. v. 42, n. 6, p. 166, 1994.

PLOUS, S. *The Psychology of Judgment and Decision Making*. 1. ed. New York: McGraw-Hill Education, 1993.

NUNES, D.; MARQUES, A. L. P. C. *Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas*. *Revista de Processo*, nov. 2018.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. – 18. Ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. -4. Ed. rev. e atua. – São Paulo: Atlas, 2012

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BARBOSA, Charles. *Reflexões Filosóficas sobre a Neutralidade e Imparcialidade no Ato de Julgar e o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia*, a. V, n. 7, mar. 2016.

PARKS, Gregory S.; DAVIS, Andre M. *Confronting Implicit Bias: An Imperative for Judges in Capital Prosecutions*. *Human Rights Magazine*, v. 42, n. 2, 2016. Disponível em: https://www.americanbar.org/groups/crsj/publications/human_rights_magazine_home/2016-17-vol-42/vol--42--no--2---the-death-penalty--how-far-have-we-come-/confronting-implicit-bias--an-imperative-for-judges-in-capital-p/

PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. *Inteligência Artificial e Direito Volume 1*. 1. ed. Curitiba: Alteridade, 2019

PLOUS, S. *The Psychology of Judgment and Decision Making*. 1. ed. New York: McGraw-Hill Education, 1993.

PONTES, Rodrigo da Silva. *O princípio da imparcialidade do juiz*. 2007, 70 f. Monografia (Graduação em Ciências Jurídicas) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007.

Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/30833/M%20939.pdf>. Acesso em 24.03.2023

POHL, Rüdiger F. Cognitive illusions. In: POHL, Rüdiger F. (org.). Cognitive Illusions: Intriguing phenomena in thinking, judgment and memory. London and New York: Routledge, 2017.

QUINTAS, Fábio Lima. Imparcialidade judicial: uma ficção gramatical? Consultor Jurídico, 20 fev. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-20/observatorio-constitucional-imparcialidade-judicial-ficcao-gramatical>. Acesso em: 23.03.2023

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. Manual de direito processual civil: processo de conhecimento. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. Revista Liberdades, São Paulo, n. 11, p. 46-50, set./dez. 2012. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/publicacoes/exibir/453>. Acesso em 24.03.2023

SEEDGEWICK, R.; WAYNE, K. Algorithms. 4th ed. Princeton: Princeton University Press, 2011.

SILVA JÚNIOR, Hédio. O princípio da igualdade e o direito de igualdade processual. Revista da Faculdade de Direito, v. 2, n. 2, 2005. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-metodista/index.php/RFD/article/view/474>. Acesso em: 24.03.2023.

SILVA, Diogo Henrique Dias da; COELHO, Thiago Gomes. A imparcialidade do juiz no contexto do Estado Democrático de Direito: Uma reconstrução possível? Revista Jus Navigandi, Teresina, a. 15, n. 2392, 18 jan. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14200>. Acesso em: 24.03.2023

SILVA E SANTOS, Natanael Lud. OS VIESES DE COGNIÇÃO E O PROCESSO JURISDICIONAL DEMOCRÁTICO: Um estudo sobre a mitigação de seus efeitos e o debiasing, 2018. Disponível em: chrome-extension://efaidnbnmnnibpcajpcglclefindmkaj/http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SilvaNLS_1.pdf. Acesso em: 24.03.2023

SIBONY, Oliver; SUNSTEIN, Cass R. 2021. Noise: A Flaw in Human Judgment. Disponível em: <https://nextbigideaclub.com/magazine/noise-flaw-human-judgmentbookbite/28108/>. Acesso em: 24.03.2023

SIMON, Herbert A. A behavioral model of rational choice. The Quarterly Journal of Economics. Vol. 69, n. 1, p. 99-118, 1955

SKINNER, B.F. The behavior of organisms: An experimental analysis. Appleton-Century, 1938.

STRACK F.; MUSSWEILLER, T. Explain the enigmatic anchoring effect: mechanisms of selective accessibility. Journal of Personality and Social Psychology. v. 73, p. 437 – 446, 1997;

STRECK, Lênio; TRINDADE, André Karam. A garantia da imparcialidade como direito fundamental. Jota, 26 jan. 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/garantia-imparcialidade-direito-fundamental-26012022>. Acesso em: 24.03.2022.

SURESH, Hariani. Building AI systems that make fair decisions. MIT CSAIL. 2018. Disponível em: <https://www.csail.mit.edu/news/building-ai-systems-make-fair-decisions>. Acesso

em 24.03.2023

TABAK, B.M; AGUIAR, J. C; NARDI, R. P. O viés confirmatório no argumento probatório e sua análise através da inferência para melhor explicação: o afastamento do decisionismo no processo penal. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 70, pp. 177 - 196, jan./jun. 2017.

TALEB, Nassim Nicholas. Iludidos pelo acaso: a influência da sorte nos mercados e na vida. Tradução de Sérgio Moraes Rego. 1. ed., Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. Nudge: Como Tomar Melhores Decisões Sobre Saúde, Dinheiro e Felicidade. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. – 7. Ed. – Salvador: JusPodivm, 2012

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo do conhecimento, procedimento comum, v. 1. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TOBIA, Kevin P. Legal Concepts and Legal Expertise. Available at SSRN, 2020.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, v. 1. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VIANA, Ricardo J. A. L. O efeito da miopia e a aversão à perda nas decisões de risco. Dissertação (Mestrado em Economia) – Departamento de Economia, Universidade de Brasília, Brasília, 2005.

VILELA, Hugo Otávio Tavares. Além do direito: o que o juiz deve saber: a formação multidisciplinar do juiz. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015, p. 14. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/cor-regedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/outras-publicacoes/livro-alemdodireito-web.pdf/>>. Acesso em: 23.03.2023

VOHS, Kathleen D.; BAUMEISTER, Roy F.; SCHMEICHEL, Brandon J.; TWENGE, Jean M.; NELSON, Noelle M.; TICE, Dianne M. Making choices impairs subsequent self-control: a limited-resource account of decision making, self-regulation, and active initiative. Journal Of Personality And Social Psychology, [S.L.], v. 94, n. 5, p. 883/898, maio 2008. American Psychological Association (APA)

WALDFOGEL, Joel; AYERS, Ian. A Market Test for Race Discrimination in Bail Setting. Stanford Law Review, v. 46, p. 987-1048, 1994

WEST, Richard F.; MESERVE, Russell J.; STANOVICH, Keith E. Cognitive sophistication does not attenuate the bias blind spot, Journal of Personality and Social Psychology, v.103, n.3, p.506–519, 2012

WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Morais da. Vieses da Justiça. Como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. Florianópolis: EModara, 2018

ZIMERMAN, D. A influência dos fatores psicológicos inconscientes na decisão jurisdicional: a crise do magistrado. In: ZIMERMAN, D.; COLTRO, A. C. M. Aspectos psicológicos da atividade jurídica. Campinas: Millennium, 2002a. p. 11-143.

ZIMERMAN, D. Uma aproximação entre o perfil da gura do juiz de direito e a do psica-

nalista. In: ZIMERMAN, D.; COLTRO, A. C. M. Aspectos psicológicos da atividade jurídica. Campinas: Millennium, 2002b. p. 583-625.

Relação entre controle legislativo preventivo de constitucionalidade e Decisões do Supremo Tribunal Federal

Bruno Ávila da Mata Sampaio

SUMÁRIO: Introdução; Desenho metodológico; Corpo empírico da pesquisa; Exemplos de classificação da efetividade do controle; Resultados encontrados; Análise de dados; Considerações finais; Referências; Apêndice.

RESUMO: O presente trabalho tratou do tema do controle legislativo preventivo de constitucionalidade. O objetivo do trabalho foi responder à pergunta: “existe relação entre a efetividade do controle preventivo de constitucionalidade realizado pelas Comissões das Casas que compõem o Poder Legislativo e as ocasiões em que o Poder Judiciário declara inconstitucionais atos normativos federais?”. Utilizou-se adaptação de metodologia já estabelecida para avaliar a efetividade do controle preventivo de constitucionalidade realizado pelo poder legislativo. Para atingir o objetivo, reuniu-se decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade nos anos de 2021 e 2022, sobre atos normativos federais elaborados com a participação do Congresso Nacional. Conclui-se haver relação entre o resultado da apreciação feita em abstrato pelo Supremo Tribunal Federal e o controle de constitucionalidade legislativo preventivo efetuado nas proposições legislativas que deram origem às normas apreciadas.

Palavras-chave: Controle preventivo de constitucionalidade, efetividade, Poder Legislativo, Relação entre controle legislativo e decisões do Supremo Tribunal Federal.

Relation between preventive constitutionality control by the Legislative and Decisions of the Federal Supreme Court

CONTENTS: Introduction; Methodological design; Empirical body of the research; Examples of assessing the effectiveness of control; Results; Data analysis; Final considerations; References; Appendix.

ABSTRACT: The present study addressed the topic of preventive legislative control of constitutionality. The article aimed to answer the following question: “is there a relationship between the effectiveness of the preventive constitutionality control carried out by the Committees of the Houses that make up the Legislative Branch and the occasions on which the Judiciary declares federal normative acts unconstitutional?”. An adaptation of an already established methodology was used to assess the effectiveness of the preventive control of constitutionality carried out by the Legislative Branch. To achieve this goal, decisions from the Federal Supreme Court rendered in abstract cons-

stitutionality control in 2021 and 2022, concerning federal normative acts developed with the participation of the National Congress, were gathered. It was concluded that there is a relationship between the outcome of the abstract review by the Federal Supreme Court and the preventive legislative constitutionality control performed on legislative propositions that gave rise to the norms under review.

Keywords: Preventive constitutionality control, effectiveness, Legislative Power, Relationship between legislative control and decisions of the Federal Supreme Court.

INTRODUÇÃO

Embora não se questione a legitimidade de o Poder Judiciário realizar controle de constitucionalidade de atos normativos no ordenamento jurídico brasileiro (ABBOUD, 2022), sempre que um tribunal anula uma lei aprovada regularmente pelo Parlamento, tem-se a impressão de que a democracia foi prejudicada (ALMEIDA, 2012; COMELLA, 2011, p. 140), o que gera um certo desgaste (ABBOUD, 2022, pp. 189 e 196) entre os Poderes Legislativo e Judiciário.

A partir da premissa acima estabelecida, pretende-se responder a seguinte pergunta: existe relação entre a efetividade do controle preventivo de constitucionalidade realizado pelas Comissões das Casas que compõem o Poder Legislativo e as ocasiões em que o Poder Judiciário declara inconstitucionais atos normativos federais?

Parte-se da hipótese que sim, e que isso possivelmente diminuiria a tensão entre os Poderes Legislativo e Judiciário, reduzindo o número de decisões judiciais em sede de controle de constitucionalidade evitáveis (ABOUD, 2022, p. 194). No mesmo sentido, busca-se confirmar a hipótese de que um controle preventivo legislativo de constitucionalidade pouco efetivo tende a incentivar o fenômeno da judicialização da política e uma postura ativista do judiciário (CAVALCANTE FILHO, 2020).

Para se testar tal hipótese, pretende-se, a partir de adaptação de metodologia desenvolvida para avaliar a efetividade do controle preventivo de constitucionalidade realizado pelo poder legislativo (CAVALCANTE FILHO, 2022), analisar se os atos normativos federais que tiveram sua constitucionalidade apreciada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) receberam um controle de constitucionalidade preventivo efetivo ou não pelas Casas legislativas que compõem o Congresso Nacional.

A partir dessa análise, objetiva-se concluir se existe relação entre a efetividade do controle legislativo preventivo e as avaliações acerca da constitucionalidade proferidas pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Ressalta-se que não se pretende esgotar o tema, mas sim apresentar novos olhares para a análise do controle legislativo preventivo de constitucionalidade realizado pelo Poder Legislativo, tema frequentemente negligenciado pelos estudos jurídicos (CAVALCANTE FILHO, 2020).

DESENHO METODOLÓGICO

Para se atingir os objetivos do presente trabalho, partiu-se de metodologia desenvolvida para avaliar a qualidade e a efetividade do controle preventivo de constitucionalidade realizado pelo legislativo (CAVALCANTE FILHO, 2022).

Nos termos da referida metodologia, o controle preventivo de constitucionalidade realizado pelas Casas do Congresso Nacional pode ser classificado como (1) totalmente efetivo, quando aspectos relacionados à constitucionalidade formal e material são satisfatoriamente analisados; (2) parcialmente efetivo, quando apenas a constitucionalidade formal foi analisada e não a material, ou vice-versa; (3) não efetivo, quando não houve análise satisfatória dos aspectos formais ou materiais – quando o parecer sequer cita tais aspectos, ou apenas usa fórmulas genéricas para afirmá-los. (CAVALCANTE FILHO, 2022).

Uma vez que o presente trabalho pretende avaliar não a efetividade do controle preventivo realizado por Câmara dos Deputados ou Senado Federal isoladamente, mas sim do Congresso Nacional como um todo, optou-se por classificar o controle realizado como: (1) totalmente efetivo, quando ambas as Casas realizaram controle totalmente efetivo, ou quando apenas uma das Casas assim o faz, mas a outra casa, em sede de revisão, não desfaz o controle realizado pela primeira ; (2) parcialmente efetivo quando ambas as Casas realizam controle parcialmente efetivo, ou quando uma delas realiza controle parcialmente efetivo e a outra realiza controle não efetivo; (3) não efetivo, quando ambas as Casas realizaram controle não efetivo.

Ressalta-se que a metodologia descrita não pretende avaliar a correção do controle de constitucionalidade realizado pelo Congresso Nacional, mas sim se tal controle foi de fato realizado, e com qual efetividade.

CORPO EMPÍRICO DA PESQUISA

Foram levantadas todas as decisões proferidas pelo STF nos anos de 2021 e 2022, em decisão colegiada definitiva, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e de Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), que avaliaram a constitucionalidade de atos normativos federais dos quais o Congresso Nacional participou de sua formação. O recorte temporal justifica-se por uma série de fatores, a saber: (1) pela atualidade das decisões selecionadas; (2) por não se tratar de período excessivamente longo, que impossibilitasse a análise e o tratamento das decisões, de modo a possibilitar o estudo de todas as decisões, não apenas por amostragem; (3) por estar majoritariamente coberto por dados digitalizados no âmbito do STF, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal .

A respeito das espécies normativas utilizadas para seleção das decisões a serem analisadas, excluiu-se aquelas das quais o Poder Legislativo federal não participou de sua edição (como leis estaduais, decretos executivos e instruções normativas do Tribunal de Contas da União, por exemplo). Excluiu-se também da análise as leis ordinárias oriundas da conversão de medidas provisórias, visto que comissões de Câmara dos Deputados

e Senado Federal não participam de sua tramitação no Congresso Nacional (BRASIL, 2002).

Por fim, optou-se por avaliar apenas decisões colegiadas e definitivas do STF por seu caráter definitivo e por terem contado com a deliberação de todo o Tribunal, e não apenas determinado Ministro. Não foram consideradas decisões proferidas em processos declarados prejudicados, assim como aqueles não conhecidos, visto que, para a presente pesquisa, somente são relevantes pronunciamentos do STF em que são avaliadas a constitucionalidade ou não das normas analisadas.

Conforme os critérios acima descritos, partiu-se de busca na ferramenta “Painel de decisões” do portal do STF. A seguir, foram descartadas as decisões conforme descrito no recorte metodológico (por exemplo, aquelas que tinham por objeto decretos do Poder Executivo ou leis oriundas da conversão de medidas provisórias). Foram excluídas, em seguida, aquelas decisões cujos pareceres de análise de constitucionalidade na Câmara dos Deputados e no Senado Federal estão disponibilizados nos respectivos portais. Por fim, foram excluídas aquelas decisões de ações que tramitaram apensadas, para evitar que se levasse em conta a mesma decisão mais de uma vez.

A lista completa dos atos normativos analisados, assim como a classificação da efetividade do controle preventivo legislativo de constitucionalidade, encontra-se no apêndice.

EXEMPLOS DE CLASSIFICAÇÃO DA EFETIVIDADE DO CONTROLE

A fim de demonstrar o funcionamento da classificação do controle preventivo legislativo de constitucionalidade conforme a metodologia adotada no presente trabalho, a seguir serão apresentados o processo de classificação referente a três decisões.

CONTROLE TOTALMENTE EFETIVO

Toma-se, por exemplo, a ADI 6482. Trata-se de ação em que o Procurador-Geral da República questiona a constitucionalidade da Lei n. 13.116/2015. Tal norma é oriunda de Projeto de Lei apresentado no Senado Federal, numerado como PLS 293/2012. No Senado Federal, a matéria recebeu parecer das Comissões de Desenvolvimento Regional e Turismo; de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle; de Assuntos Sociais; e de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática.

Nesse ponto, convém uma explicação acerca do controle preventivo de constitucionalidade no Senado Federal. Nessa Casa, diferentemente do que ocorre na Câmara dos Deputados, a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) não é a única competente para análise de constitucionalidade das proposições. Assim, quando uma proposição não é submetida à CCJ (como é o caso do PLS 293/2012), cabe às comissões constantes do despacho de distribuição analisar a compatibilidade da proposição com a Constituição (CAVALCANTE FILHO, 2021, pp. 116 e seguintes).

Feito esse esclarecimento, pode-se encontrar no parecer aprovado pela Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática a análise da constitu-

lidade quanto aos aspectos formal e material (BRASIL, 2012, pp. 3 a 5), o que implica a classificação do controle realizado pelo Senado Federal como totalmente efetivo.

A proposição foi alterada na Câmara dos Deputados e posteriormente retornou ao Senado Federal para análise das alterações promovidas pela Casa revisora. Conforme parecer da Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática, o substitutivo da Câmara dos Deputados foi rejeitado, salvo alterações pontuais ao texto previamente aprovado pelo Senado Federal, que aperfeiçoaram o mérito da proposição, de modo que ela seguiu compatível formal e materialmente à Constituição (BRASIL, 2014, pp. 5 e 6).

Assim, uma vez que a constitucionalidade da proposição legislativa, em seus aspectos formal e material, foi apreciada pelo Congresso Nacional, considerou-se, neste caso, o controle preventivo legislativo de constitucionalidade realizado pelo Congresso Nacional como totalmente efetivo.

CONTROLE PARCIALMENTE EFETIVO

A seguir, toma-se como exemplo a ADI 7015 . Nessa ação, a Associação Nacional de Clubes de Futebol questiona a constitucionalidade da Lei n. 14.117/2021. A proposição legislativa que eu origem a essa norma foi o Projeto de Lei n. 1.013/2020, cuja tramitação teve início na Câmara dos Deputados.

Nessa Casa, a proposição, por ter tramitado em regime de urgência, recebeu parecer oral em Plenário em substituição à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Tal parecer sequer menciona aspectos relativos à análise de constitucionalidade da matéria, apenas concluindo que a matéria é constitucional, jurídica e tem boa técnica legislativa (BRASIL, 2020a, pp. 2-4). Assim, o controle preventivo realizado pela Câmara dos Deputados foi classificado como não efetivo.

Aprovada na Câmara dos Deputados, a matéria foi encaminhada para o Senado Federal, onde tramitou com o mesmo número. Nessa Casa, a proposição também recebeu parecer em Plenário, em que se analisou a constitucionalidade formal mas não material da proposição (BRASIL, 2020b, p. 4). Dessa forma, classificou-se como parcialmente efetivo o controle de constitucionalidade preventivo realizado pelo Senado Federal.

O projeto de lei foi aprovado na Casa revisora com emendas. Assim, a matéria retornou à Câmara dos Deputados, que rejeitou todas as modificações feitas pelo Senado Federal. Sendo assim, uma vez que apenas a constitucionalidade formal da matéria foi expressamente analisada, o controle preventivo de constitucionalidade realizado pelo Congresso Nacional foi classificado como parcialmente efetivo.

CONTROLE NÃO EFETIVO

Por fim, passa-se ao exemplo de uma proposição cujo controle preventivo legislativo de constitucionalidade foi classificado como não efetivo.

Toma-se a ADI 6044 . Trata-se de ação em que o partido Político Rede Sustentabilidade questiona a constitucionalidade da Lei n. 13.107/2015. Tal norma é oriunda de Projeto de

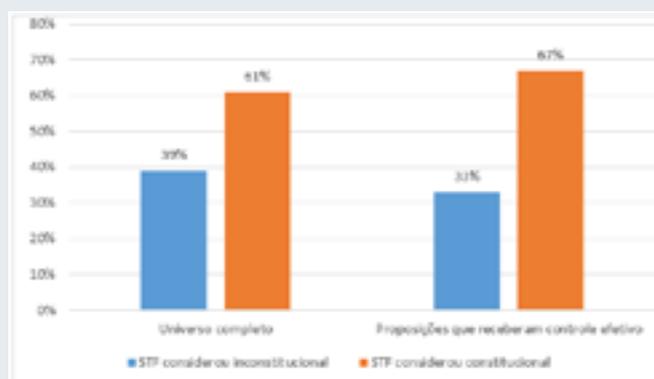
Lei apresentado na Câmara dos Deputados, numerado como PL 23/2015. Essa proposição sequer teve sua constitucionalidade apreciada por qualquer comissão, visto que foi pensada a proposição que já havia recebido parecer de todas as comissões de seu despacho, inclusive da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania .

Assim, o controle realizado pela Câmara dos Deputados foi classificado como não efetivo.

Em sede de revisão no Senado Federal, a matéria, agora numerada como PLC 4/2015, tramitou em regime de urgência e foi proferido oralmente em Plenário. O parecer pode ser obtido através da análise das notas taquigráficas da sessão em que a proposição foi deliberada. O parecer de tão sucinto, pode ser integralmente transcrito a seguir: “Sr. Presidente, o parecer é favorável na admissibilidade e na juridicidade” (BRASIL, 2015, p. 441). Dessa maneira, o controle realizado pelo Senado Federal também foi considerado não efetivo.

Uma vez que a matéria foi aprovada na Casa revisora sem alterações, a matéria foi enviada à sanção do Presidente da República.

Dado que, nesse caso, não foi analisado expressamente, em parecer, qualquer aspecto relativo à constitucionalidade da proposição, o controle preventivo de constitucionalidade realizado pelo Congresso Nacional foi classificado como não efetivo.



RESULTADOS ENCONTRADOS

Após as exclusões acima mencionadas, chegou-se a um total de 33 decisões. Dessas, 39% foram pela declaração da inconstitucionalidade da norma analisada, enquanto 61% confirmaram a constitucionalidade da norma objeto da ação.

Quando se avalia somente as proposições que receberam controle preventivo de constitucionalidade efetivo, o percentual daquelas que tiveram sua constitucionalidade confirmada pelo STF sobe para 67%. Tais resultados podem ser observados no gráfico a seguir:

Figura 1 – relação entre efetividade do controle preventivo legislativo de constitucionalidade e avaliação do STF acerca da constitucionalidade da norma resultante. Elaboração própria.

Quando se faz o mesmo recorte – olhar direcionado somente às proposições que receberam controle totalmente efetivo de constitucionalidade nas Casas do Congresso Nacional –, mas restringindo-se a análise somente ao ano de 2022, o percentual daquelas que tiveram sua constitucionalidade ratificada pelo STF chega a 75%.

Olhando a mesma questão por outro ângulo, novamente levando em consideração todas as 33 decisões, em 45% dos casos a proposição legislativa que deu origem à norma objetada recebeu controle de constitucionalidade legislativo preventivo efetivo.

Quando se avalia somente as normas que tiveram sua constitucionalidade confirmada pelo STF, o percentual daquelas que receberam controle efetivo pelo Poder Legislativo aumenta para 50%, conforme se observa no gráfico a seguir.

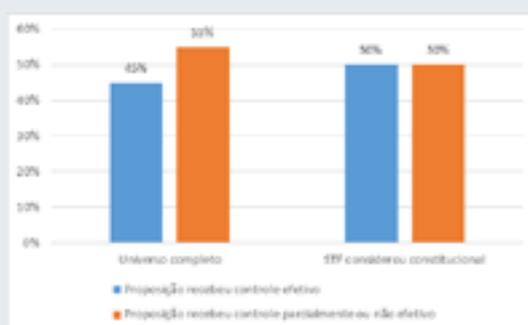


Figura 2 – relação entre avaliação do STF acerca da constitucionalidade da norma e efetividade do controle preventivo legislativo de constitucionalidade aplicado à proposição legislativa que deu origem. Elaboração própria.

ANÁLISE DE DADOS

A partir dos resultados expostos, é possível inferir a existência de relação entre o resultado da apreciação feita em abstrato pelo STF da constitucionalidade de normas elaboradas com participação do Poder Legislativo federal e o controle de constitucionalidade legislativo preventivo efetuado nas proposições que deram origem às normas apreciadas.

Nesse sentido, é possível dizer que proposições legislativas que passam por uma avaliação com maior efetividade quanto à constitucionalidade formal e material pelas Casas do Congresso Nacional têm uma probabilidade menor de serem declaradas inconstitucionais pelo STF em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Tal fato potencialmente contribui para diminuir a tensão entre os Poderes Legislativo e Judiciário, assim como desincentiva a judicialização e a postura ativista do judiciário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Importante ressaltar que não se objetivou no presente trabalho determinar qual a relevância estatística dos achados aqui relatados. Isso porque não se pretendeu esgotar o

tema, mas sim apresentar um novo olhar para a análise do controle legislativo preventivo de constitucionalidade.

A partir dos resultados apresentados, espera-se que novas pesquisas possam, a partir de um corpo empírico mais abrangente, especialmente acerca do recorte temporal, avaliar com maior rigor estatístico a relação entre essa modalidade de controle de constitucionalidade, muitas vezes negligenciada pelas pesquisas no campo jurídico, e o controle abstrato de normas realizado pelo STF.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Ativismo Judicial: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional*. São Paulo: Thomas Reuters, 2002.

ALMEIDA, Bruno Ávila e Silva Sampaio de. A suposta tensão entre jurisdição constitucional e democracia: uma análise do controle judicial de constitucionalidade das leis e a efetivação dos direitos fundamentais. *Caderno Virtual*, [S. l.], v. 2, n. 25, 2012. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/816>. Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. *Regimento Interno da Câmara dos Deputados*. 1989. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%202-2023.pdf>>. Acesso em 28 set. 2023.

_____. Resolução do Congresso Nacional nº 1 de 08/05/2002. 2002. Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/norma/561120>>. Acesso em 28 set. 2023.

_____. Parecer da Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática do em decisão terminativa, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 293, de 2012, do Senador Vital do Rêgo, que dispõe sobre normas gerais referentes a aspectos das políticas urbana, ambiental e de saúde associadas à instalação de infraestrutura de telecomunicações no País. 2012. Disponível em < https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3714910&ts=1630417760827&disposition=inline&_gl=1*12squw9*_ga*MTA0OTI5OTQ5Mi4xNjk1OTExMTg5*_ga_CW3ZH25XMK*MTY5NTkxMTE4OC4xLjEuMTY5NTkxMjYyNS4wLjAuMA..> Acesso em 28 set. 2023.

_____. Parecer da Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática do em decisão terminativa, sobre o Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 293, de 2012 (Projeto de Lei nº 5.013, de 2013, naquela Casa), que estabelece normas gerais para implantação e compartilhamento da infraestrutura de telecomunicações e altera as Leis nºs 9.471, de 16 de julho de 1997, 11.934, de 5 de maio de 2009, e 10.257, de 10 de julho de 2001. 2014. Disponível em < <https://legis.senado.leg.br/>

sdleg-getter/documento?dm=3571778&ts=1630412243918> Acesso em 28 set. 2023.

_____. Diário do Senado Federal. n. 22, 2015. Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/19354>>. Acesso em 28 set. 2023.

_____. PARECER APRESENTADO EM PLENÁRIO PELO RELATOR DESIGNADO PARA MANIFESTAR-SE PELAS COMISSÕES DE TRABALHO, DE ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇO PÚBLICO, DO ESPORTE, DE FINANÇAS E TRIBUTAÇÃO, E DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA DESTINADAS À APRECIÇÃO DO PROJETO DE LEI Nº 1.013, DE 2020 E APENSADOS. 2020a. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1904943&filenamf=Tramitacao-PL%201013/2020>. Acesso em 28 set. 2023.

_____. PARECER Nº 147, DE 2020. 2020b. Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8895058&ts=1674820199321>>. Acesso em 28 set. 2023.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. Controle preventivo de constitucionalidade e de legística pelas Comissões de Constituição e Justiça: importância, perspectivas e desafios. In: BARBOSA, Maria Nazaré Lins et al. (Orgs.). Legística: estudos em homenagem ao professor Carlos Blanco de Moraes. São Paulo: Almedina Brasil, 2020.

_____. Análise da efetividade do controle preventivo de constitucionalidade pelo poder legislativo. 2021. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021. doi:10.11606/T.2.2021.tde-23092022-102151. Acesso em: 28 set 2023.

_____. Construindo um número-índice para medir a efetividade do controle de constitucionalidade pelo Legislativo. Revista Jurídica da Presidência. v. 24, n. 133, <<https://doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2022v24e133-2823>>, p. 501-519, 2022.

COMELLA, Víctor Ferreres. Una defensa del modelo europeo del control de constitucionalidad. Madrid: Marcial Pons, 2011.

APÊNDICE – LISTA DE DECISÕES ANALISADAS

Classe	Número	Data da decisão	Decisão final	Lei contestada	Oriunda de MP?	Efetividade do controle
ADI	6482	18/02/2021	Improcedente	13116/2015	Não	Totalmente efetivo
ADI	5948	01/03/2021	Procedente em parte	10826/2003	Não	Parcialmente efetivo
ADI	5729	08/03/2021	Improcedente	13254/2016	Não	Totalmente efetivo
ADI	6044	08/03/2021	Improcedente	13107/2015	Não	Não efetivo
ADI	5551	15/03/2021	Improcedente	MP 727/2016	Sim	-
ADI	6442	15/03/2021	Improcedente	LC 173/2020	Não	Parcialmente efetivo
ADI	6447	15/03/2021	Improcedente	LC 173/2020	Não	Parcialmente efetivo
ADI	6450	15/03/2021	Improcedente	LC 173/2020	Não	Parcialmente efetivo
ADI	6525	15/03/2021	Improcedente	LC 173/2020	Não	Parcialmente efetivo
ADI	6543	29/03/2021	Procedente	Decreto 9908/2019	-	-
ADI	6533	13/04/2021	Procedente em parte	Intepretação específica referente ao estado de Roraima	-	-
ADC	49	19/04/2021	Improcedente	LC 87/1996	Não	-
ADI	6225	23/08/2021	Improcedente	13834/2019	Não	Totalmente efetivo
ADI	6696	26/08/2021	Improcedente	LC 179/2021	Não	Parcialmente efetivo
ADI	6779	30/08/2021	Procedente	11697/2008	Não	Totalmente efetivo
ADI	6476	08/09/2021	Procedente	Decreto 9546/2018	-	-
ADI	6276	20/09/2021	Improcedente	13848/2019	Não	Totalmente efetivo
ADI	5970	07/10/2021	Procedente em parte	11300/2006 e 13488/2017	Não	Parcialmente efetivo
ADI	6529	11/10/2021	Procedente em parte	9883/1999	Não	¹³
ADI	5779	14/10/2021	Procedente	13454/2017	Não	Totalmente efetivo
ADI	5870	21/10/2021	Extinto o processo			-
ADI	4377	04/11/2021	Procedente em parte	12191/2010	Não	Totalmente efetivo
ADI	6928	23/11/2021	Improcedente	14131/2021	Sim	-
ADI	6492 ¹⁴	02/12/2021	Improcedente	14026/2020	Não	Parcialmente efetivo
ADI	6536	02/12/2021	Improcedente	14026/2020	Não	Parcialmente efetivo
ADI	6583	02/12/2021	Improcedente	14026/2020	Não	Parcialmente efetivo
ADI	6882	02/12/2021	Improcedente	14026/2020	Não	Parcialmente efetivo
ADC	76	18/12/2021	Não conhecido(s)			-
ADI	6273	18/12/2021	Não conhecido(s)			-
ADI	4109	14/02/2022	Procedente em parte	7960/1989	Sim	¹⁵
ADI	4507	14/02/2022	Improcedente	10486/2002	Sim	-
ADI	6852	21/02/2022	Improcedente	LC 80/1994	Não	Totalmente efetivo

ADI	6577	02/03/2022	Improcedente	Interpretação do art. 37 da CF	-	-
ADI	6034	09/03/2022	Improcedente	LC 157/2016	Não	Totalmente efetivo
ADI	6562	09/03/2022	Improcedente	13464/2017	Sim	-
ADI	6630	09/03/2022	Não conhecido(s)			-
ADI	4980	10/03/2022	Improcedente	12350/2010	Sim	-
ADI	6581 ¹⁶	10/03/2022	Procedente em parte	13964/2019	Não	Não efetivo
ADI	6582	10/03/2022	Procedente em parte	13964/2019	Não	Não efetivo
ADI	6138	23/03/2022	Improcedente	13827/2019	Não	Parcialmente efetivo
ADI	4289	11/04/2022	Procedente	11975/2009	Não	Parcialmente efetivo
ADI	6808	28/04/2022	Procedente em parte	MP 1040/2021	Sim	-
ADI	4017	19/05/2022	Improcedente	MP 415/2008	Sim	-
ADI	4103	19/05/2022	Improcedente	11705/2008	Sim	-
ADI	6595	23/05/2022	Procedente	13967/2019	Não	Parcialmente efetivo
ADI	7103	13/06/2022	Prejudicado			-
ADI	7086	21/06/2022	Não conhecido(s)			-
ADI	4039	27/06/2022	Improcedente	9472/1997	Não	¹⁷
ADI	5755	30/06/2022	Procedente	13463/2017	Não	Parcialmente efetivo
ADI	6926	04/07/2022	Improcedente	14172/2021	Não	Totalmente efetivo
ADI	6956	08/08/2022	Não conhecido(s)			-
ADI	6970	16/08/2022	Improcedente	14128/2021	Não	Totalmente efetivo
ADI	5795	22/08/2022	Improcedente	13487/2017	Não	Não efetivo
ADI	7042 ¹⁸	31/08/2022	Procedente em parte	14230/2021	Não	Totalmente efetivo
ADI	7043	31/08/2022	Procedente em parte	14230/2021	Não	Totalmente efetivo
ADI	5791	05/09/2022	Improcedente	IN 61/2009 TCU	-	-
ADI	6603	14/09/2022	Procedente	13109/2015	Não	Totalmente efetivo
ADI	6649	15/09/2022	Procedente em parte	Decreto 10046/2019	-	-
ADI	6287	19/09/2022	Improcedente	13649/2018	Não	Totalmente efetivo
ADI	6327	24/10/2022	Procedente	10710/2003	Não	Parcialmente efetivo
ADI	7088	10/11/2022	Improcedente	14307/2022	Sim	-
ADI	5657	17/11/2022	Improcedente	12852/2013	Não	Totalmente efetivo
ADI	4532	28/11/2022	Improcedente	12034/2009	Não	Parcialmente efetivo
ADI	5769	28/11/2022	Improcedente	13424/2017	Sim	-
ADI	7015	05/12/2022	Procedente em parte	14117/2021	Não	Parcialmente efetivo
ADI	7093	17/12/2022	Improcedente	MPs	Sim	-

ANÁLISE DO RE 460.320/PR (“CASO VOLVO”): A RESPOSTA QUE DEVERIA SER DADA PELO STF PERPASSA PELA RECEPÇÃO DO ART. 98/CTN E PELA PREVALÊNCIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS EM FACE DA LEGISLAÇÃO INTERNA INFRACONSTITUCIONAL?

ANALYSIS OF RE 460.320/PR (“VOLVO CASE”): DOES THE ANSWER THAT SHOULD BE GIVEN BY THE SUPREME COURT RIDE BY THE RECEPTION OF ARTICLE 98 OF THE NATIONAL TAX CODE AND BY THE PREVALENCE OF INTERNATIONAL TREATIES IN THE FACE OF INFRACONSTITUTIONAL DOMESTIC LEGISLATION?

Christoff Rafael Gomes Freitas - <https://orcid.org/0009-0001-4555-693X>

RESUMO

Há grande divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à aplicabilidade do art. 98/CTN, bem como quanto à prevalência dos Tratados e Acordos Internacionais em face da legislação interna infraconstitucional, quando se trata de matéria tributária. O RE 460.320/PR, conhecido como “Caso Volvo”, teve um grande foco da comunidade jurídica, pois indicava ser um marco histórico para o Direito Tributário Internacional, posto que se resolveria tais problemas interpretativos. Todavia, diante da ineficaz resposta proferida pelo STF, a situação de dúvida permanece. O presente artigo busca analisar o julgamento do caso, com foco na análise dos votos proferidos, sustentando que a resposta mais coerente que deveria ser dada pela Suprema Corte perpassa pela recepção do art. 98/CTN pela CRFB/88, bem como a prevalência do Tratado Internacional, em face da legislação interna.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Tributário Internacional, recepção, artigo 98 do Código Tributário Nacional, prevalência, Tratados e Acordos Internacionais.

ABSTRACT

There is great doctrinal and jurisprudential divergence regarding the applicability of art. 98/CTN, as well as the prevalence of International Treaties and Agreements in the face of infraconstitutional domestic legislation, when it comes to tax matters. RE 460.320/PR, known as the “Volvo Case”, was a major focus of the legal community, as it indicated to be a historic milestone for International Tax Law, since such interpretative problems would be resolved. However, given the ineffective response given by the STF, the situation of doubt remains. This article seeks to analyze the judgment of the case, focusing on the analysis of the votes cast, arguing that the most coherent response that should be given by the Supreme Court permeates the reception of art. 98/CTN by CRFB/88, as well as the prevalence of the International Treaty, in the face of domestic legislation.

KEYWORDS: International Tax Law, reception, article 98 of the National Tax Code, prevalence, International Treaties and Agreements.

INTRODUÇÃO

O Recurso Extraordinário n. 460.320/PR, cujo mérito foi julgado na Sessão Virtual de 26.6.2020 a 4.8.2020 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, buscou analisar a recepção do artigo 98 do Código Tributário Nacional, com ênfase na existência ou não de superioridade hierárquica dos tratados e convenções internacionais em relação à legislação infraconstitucional interna.

Na origem, tratou-se de ação ordinária ajuizada pela Volvo Do Brasil Veículos Ltda., Comércio e Participação Volvo Ltda e Volvo Lastvagnar Ab, com vistas a declarar a ausência de relação jurídica que obrigasse o recolhimento ou pagamento de Imposto de Renda Retido na Fonte relativo aos dividendos distribuídos no ano-base de 1993, pelas empresas brasileiras à estrangeira, em razão do tratamento previsto em Convenção Internacional para Evitar Dupla Tributação, celebrada entre a República Federativa do Brasil e o Reino da Suécia e promulgada por meio do Decreto Legislativo n. 93/1975 e do Decreto n. 77.053/1976.

Os contribuintes alegaram a necessidade de tratamento isonômico entre os residentes ou domiciliados na Suécia e no Brasil, aplicando-se a isenção prevista no art. 75, da Lei n. 8.383/1991.

Ademais, sustentaram que, por força do art. 98/CTN, não se poderia revogar a isonomia prevista em acordo internacional, em razão da prevalência da legislação internacional em face da legislação infraconstitucional interna.

Quanto ao histórico do caso, inicialmente foi prolatada sentença de improcedência.

Na sequência, diante da interposição de apelação pelos contribuintes, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região negou provimento ao recurso, sustentando a inexistência de superioridade hierárquica entre Tratados internacionais e a legislação infraconstitucional interna, em razão do critério cronológico (lei ordinária foi editada posteriormente - em 1991 - à internalização da Convenção Internacional entre Brasil e Suécia para evitar dupla tributação sobre a renda - Decreto 77.053/76).

Ademais, o TRF-4 entendeu que não haveria violação ao princípio da isonomia, diante da inexistência de relação de semelhança entre os sócios residentes e domiciliados em território estrangeiro e os que residem e tem domicílio no Brasil.

Os contribuintes, na sequência, interpuseram Recursos Especial e Extraordinário. O REsp foi provido pela Primeira Turma do STJ, com base na fundamentação da aplicação do art. 98/CTN, a natureza de Tratado-Lei da Convenção e sua superioridade em face da legislação interna. Ademais, em razão do princípio da não discriminação previsto no art. 3º do GATT, não seria possível ofertar tratamento tributário distinto ao nacional e ao estrangeiro.

No decorrer da marcha processual, a Fazenda Nacional opôs embargos de declaração, os quais foram rejeitados à unanimidade. Após, a União interpôs Recurso Extraordinário buscando a manutenção da tributação da Volvo conforme os demais contribuintes residentes e domiciliados fora do Brasil, à alíquota de 15%, com base no art. 756, do Decreto n. 1.041/1994 (Regulamento do Imposto de Renda de 1994 – RIR/1994), nos termos de

previsão do art. 77 da Lei n. 8.383, de 30 de dezembro de 1991 .

A União alegou violação ao art. 97/CF , tendo em vista o afastamento da legislação interna por órgão fracionário; ofensa aos arts. 2º; 5º, II e § 2º; 49, I; 84, VIII/CF, uma vez que conferida superioridade hierárquica aos tratados internacionais em relação à lei ordinária; e violação ao art. 150, II/CF , haja vista que não há violação do princípio da isonomia, pois tanto o nacional sueco, quanto o brasileiro têm direito à isenção prevista no art. 75, da Lei n. 8.383/1991, desde que residentes ou domiciliados no Brasil.

Ante o exposto, caberia ao Supremo Tribunal Federal sanar relevante dúvida doutrinária e jurisprudencial acerca da recepção do art. 98/CTN pela CRFB/88, bem como a prevalência ou não dos Tratados Internacionais internalizados em face da legislação infraconstitucional interna.

Diante da ineficaz resposta da Suprema Corte ao caso, a dúvida interpretativa permanece. Os questionamentos apresentados são: (i) como finalizou o julgamento do RE n. 460.320/PI?; (ii) qual a melhor resposta para solução da controvérsia deveria ter sido apresentada pelo STF?; (iii) o art. 98/CTN foi recepcionado pela CRFB/88?; (iv) quando há conflitos entre Tratados Internacionais em face da legislação infraconstitucional interna qual instrumento normativo deve prevalecer?

PANORAMA DO JULGAMENTO: VOTOS DOS MINISTROS

Inicialmente, a relatoria do caso estava com o Min. Gilmar Mendes. Em seu voto, expôs todo o contexto de evolução jurisprudencial do STF sobre a matéria relacionada à aplicação de acordos internacionais em face da legislação interna infraconstitucional. Apresentou relevantes julgados proferidos quando da vigência das Constituições de 1891, 1937, 1946.

Argumentou que em 25.10.1966 foi editado o Código Tributário Nacional, o qual sustentou a prevalência dos tratados sobre normas infraconstitucionais internas em matéria tributária, através do art. 98. Citou relevante julgado (RE 71.154/PR) - em vigor a Constituição de 1967 - no qual se decidiu que os tratados internacionais são aplicados imediatamente, mesmo quando modificarem a legislação interna.

O Min. Gilmar Mendes expôs que a modificação da jurisprudência do STF se deu a partir do julgamento do RE 80.004/SE , passando a admitir a mesma hierarquia entre tratados internacionais e normas internas infraconstitucionais - a aplicação do art. 98/CTN estaria restrita aos tratados-contratos (“que são aqueles que se assemelham aos contratos entre as pessoas, iguais aos negócios jurídicos contratados pelas partes, como por exemplo um acordo de empréstimo internacional, entre dois Estados “).

Adentrando na vigência da Constituição de 1988, citou o HC n. 72.131/RJ , cuja decisão reafirmou entendimento de que tratados e acordos internacionais ingressam no ordenamento jurídico nacional como legislação interna. Assim, conflitos entre tais normas seriam solucionados pelo critério cronológico (lei posterior revoga lei anterior).

O Ministro afirmou que não houve violação ao art. 97/CF - o STJ não afastou a aplicação do art. 77 da Lei no 8.383/1991 ao caso em razão de disposições constitucionais, mas em virtude de outras normas infraconstitucionais, sobretudo do art. 24 da “Convenção entre

o Brasil e a Suécia para Evitar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre a Renda” e do art. 98 do CTN.

Assim, não se afastou a norma de maneira irrestrita e geral, mas apenas na espécie em que o contribuinte é amparado por Tratado Internacional.

Afirmou que, quando se trata de Acordos/Tratados Internacionais em matéria tributária, os Estados concordam em limitar o exercício da competência originária de tributar, abdicando de receitas tributárias, buscando desenvolver atividades transnacionais. Os Tratados para evitar a dupla tributação - como no caso em específico assinado com a Suécia - consolidam uma restrição ao direito tributário interno.

Ademais, a prevalência da legislação interna posterior gera um desestímulo quanto a um novo ingresso de capitais externos, insegurança dos investidores e dificulta a negociação de novos tratados internacionais.

Na visão do Ministro, a legalidade ordinária - que possibilita o descumprimento unilateral do acordo internacional - choca frontalmente com princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que, em seu art. 27, determina que nenhum Estado pactuante “pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

Sustentou a necessidade de se refutar a possibilidade de se afastar a aplicação de normas internacionais tributárias por meio de legislação ordinária, tendo em vista a necessidade de se respeitar a cooperação internacional, a boa-fé e estabilidade do cenário internacional.

Continuando na argumentação, expôs que a CF permite que norma geral - no caso o CTN - recebida como lei complementar por regular as limitações constitucionais ao poder de tributar (art. 146, II e III, da CF/1988), garanta estabilidade dos tratados internacionais em matéria tributária, em detrimento de legislação infraconstitucional interna superveniente, como sustenta o art. 98/CTN.

O Ministro alegou que os acordos internacionais, respeitam, a princípio, a separação de Poderes, a autonomia dos entes federativos e o princípio da legalidade. Há, na CF, rito claro quanto a internalização do tratados internacionais: ratificação pelo Presidente da República e, posteriormente, aprovação do texto do tratado pelo Congresso Nacional.

Assim, não haveria qualquer elemento concreto que gere violação aos arts. 2º, 5º, II e § 2º, da Constituição Federal, seja por parte do acordo contra a bitributação entre Brasil e Suécia, seja por parte do entendimento consolidado pelo acórdão do STJ.

Quanto ao art. 150, II/CF, expôs que a Convenção Internacional não violou o princípio da isonomia tributária. Isso porque, o princípio da vedação à discriminação não se confunde com o princípio da isonomia.

A vedação impede apenas o tratamento desvantajoso do estrangeiro, permitindo o tratamento mais benéfico. Assim, protege-se contra desvantagens, sem impedir um melhor tratamento do estrangeiro.

Ademais, o tratamento tributário equivalente a sócios provenientes da Suécia e do Brasil atendeu ao princípio da isonomia tributária, tendo em vista o respeito à reciprocidade entre as administrações tributárias de cada país signatário da convenção internacional.

Todavia, entendeu o acórdão proferido pelo STJ deveria ser reformado, no ponto em que estende aos súditos suecos tratamento que não era concedido aos nacionais brasileiros. Isso porque, o critério utilizado para evitar a bitributação foi exatamente a nacionalidade - art. 24 da Convenção entre o Brasil e a Suécia para evitar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre a Renda .

O art. 77 da Lei n. 8.383/91 fixou alíquota de 15% do IRRF incidente sobre lucros e dividendos de residentes ou domiciliados no exterior, na forma do art. 97 do Decreto-Lei n. 5.844, de 23.9.1943 , com redação dada pela Lei 154/1947.

Assim, enquanto os residentes no Brasil foram isentos, os residentes no exterior tiveram que pagar uma alíquota de 15%, independentemente da nacionalidade do contribuinte. Nesse sentido, houve violação por parte do acórdão do STJ quanto ao princípio da isonomia tributaria (art. 150, II/CF), tendo em vista que houve confusão quanto ao critério de conexão nacionalidade com o critério de conexão residência. Estendeu-se a todos os súditos suecos residentes no exterior benefícios fiscais apenas concedidos aos residentes no Brasil.

O acórdão assegurou ao nacional sueco a isenção do referido tributo tanto aos residentes quanto aos não residentes, ainda que os brasileiros não residentes não usufríssem do benefício fiscal.

Por fim, votou para afastar a concessão da isenção de imposto de renda retido na fonte para os não residentes, conferida pelo acórdão recorrido, dando provimento ao RE da União e julgando improcedente a ação declaratória, considerando prejudicado o RE do contribuinte. Acompanharam os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Celso de Mello.

O Min. Alexandre de Moraes votou de maneira favorável à conclusão adotada pelo Min. Gilmar Mendes, porém manifestou pela paridade hierárquica entre tratados e convenções internacionais e leis internas. Sustentou que: (i) quando incorporados ao ordenamento nacional, os tratados e convenções internacionais se qualificam como atos normativos infraconstitucionais; (ii) eventual conflito entre tais normas pode ser resolvido pelo critério da especialidade ou cronológico (norma posterior revoga anterior); (iii) há possibilidade de controle difuso e concentrado quando os comandos dos atos internacionais violarem preceitos constitucionais.

O Ministro Dias Toffoli, por sua vez, em um curto voto, entendeu que para prover o Recurso Extraordinário da Fazenda Nacional seria necessário reexaminar o caso com base na Convenção, no Código Tributário Nacional e na legislação ordinária de regência, o que não seria admitido em sede de recurso extraordinário. Assim, sustentou a infraconstitucionalidade da matéria.

Quanto ao RE interposto pela Volvo, foi julgado prejudicado, tendo em vista o provimento do recurso especial manejado.

Acompanharam os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Rosa Weber.

INEFICAZ RESPOSTA: RESULTADO FINAL DO JULGAMENTO

A proclamação final do julgamento do “Caso Volvo” se deu mediante disposição regimental. Com base no art. 146 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal foi negado provimento ao Recurso Extraordinário da Fazenda Nacional.

O julgamento terminou empatado em cinco a cinco. Ademais, o Ministro Luiz Fux, por ter participado da análise do caso à época que compunha os quadros como julgador do STJ, estava impedido de votar, por força do disposto no art. 144, II, do Código de Processo Civil.

Assim, invocando-se os termos do RISTF, a matéria debatida nos autos foi tida como infraconstitucional, prevalecendo o voto do Min. Dias Toffoli, mantendo-se os termos do decidido no STJ.

Diante dessa situação posta, não houve uma resposta concreta pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema: o art. 98 do CTN foi recepcionado pela CRFB/88? Prevalece norma internacional ou a legislação interna, quando há conflitos?

Tais perguntas não foram respondidas. Então, qual seria a solução mais adequada ao caso, capaz de apaziguar a vacilante jurisprudência e sedimentar a aplicabilidade do art. 98/CTN?

MELHOR RESPOSTA AO CASO - NECESSIDADE DE RECEPÇÃO DO ART. 98/CTN E PREVALÊNCIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Não é novidade para a comunidade jurídica de que o Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172/66) foi recepcionado pela CRFB/88 como lei complementar, com base no art. 34, § 5º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

O CTN foi editado enquanto vigorava a Constituição de 1946. Foi recepcionado por duas Constituições. Inicialmente, foi editado o Ato Complementar 36, de 13 de março de 1967, que recepcionou a Lei 5.172/1966 pela Constituição de 1967. Posteriormente, com a edição da CRFB/88, também foi mantido na ordem jurídico-normativa, diante da necessidade de regulamentação do Sistema Tributário Nacional.

Após breve exposição quanto à recepção do CTN, cumpre saber se o art. 98, especificamente, também foi recepcionado ou não.

O art. 146/CF trouxe quais seriam as funções da lei complementar ao regular o Sistema Tributário Nacional. Num dos incisos, a redação atribui a tal espécie normativa a possibilidade de se instituir “normas gerais em matéria de legislação tributária”. Nesse ponto é que se abarcaria a possibilidade de sanar conflito entre prevalência da legislação internacional em face da legislação interna.

Da leitura desta disposição, penso que o poder de estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária abranger o poder de esclarecer qual a regra que deve prevalecer em caso de conflito entre um tratado tributário ratificado e uma norma puramente doméstica. O artigo 96 do CTN expressamente prevê que os tratados e as convenções internacionais estão abrangidos pelo conceito de “legislação tributária”.

Ademais, o CTN é um tipo de lei complementar, razão pela qual considero que está dentro de suas atribuições elucidar qual ordem jurídica tem um nível superior de hierarquia em caso de divergência, desde que a Constituição Federal tenha sido observada.

No presente caso, o quadro constitucional, especialmente o artigo 146 da Constituição Federal, atribui expressamente essa competência à lei complementar, razão pela qual não compartilho do entendimento que considera inconstitucional o artigo 98 do CTN.

Portanto, respaldado pela CRFB/88, o art. 98/CTN consigna uma norma geral em matéria tributária, razão pela qual pode-se afirmar que tal dispositivo foi recepcionado.

Ademais, tal dispositivo do Código Tributário Nacional busca conferir melhor interpretação quando há um choque da legislação internacional internalizada em face da legislação ordinária infraconstitucional. Assim, o art. 98/CTN sinaliza a utilização do critério da especialidade para sanar os conflitos normativos .

Desse modo, aplicando-se o critério da especialidade para solução de antinomias, há a suspensão provisória de eficácia e de aplicação da norma interna e não a sua revogação. Portanto, o entendimento de prevalência dos tratados internacionais, em razão da sua especialidade, “em nenhum aspecto conflita com os arts. 2o, 5o, II, e §2o, 49, I, 84, VIII, da Constituição Federal”.

Somado a isso, deve ser levado em conta a redação do art. 5º, § 2º/CF, que consignou uma abertura do ordenamento jurídico brasileiro ao direito transnacional. Desta forma, evidencia-se a necessidade da prevalência da legislação internacional internalizada em face da legislação infraconstitucional interna .

Diante do exposto, ao instituir a sujeição do Estado Brasileiro ao direito transnacional, o país se sujeita aos princípios da cooperação e da boa-fé , que regem o Direito Internacional. Portanto:

(...) enquanto vigentes os tratados internacionais dispendo sobre matéria tributária, não será lícito ao poder legislativo elaborar leis que entrem em conflito com a matéria desses acordos. Diante do artigo 98 do CTN, a legislação interna repito deverá atender as disposições contidas nos tratados internacionais, não extrapolar em matérias contrárias ao disposto pelos tratados internacionais.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, ratificada pelo Brasil através do Decreto no 7.030/2009, em seu art. 27, estabeleceu que nenhum Estado poderá “(...) invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.”

Nesse sentido, o próprio instrumento normativo internacional interpretativo dos Tratados Internacionais busca tutelar a eficácia de tais atos normativos, evitando-se que o Estado pactuante, posteriormente e de maneira contrária, venha a editar comando normativo que pudesse ser invocado para sustentar um eventual inadimplemento.

Portanto, parece evidente que a possibilidade de afastar a aplicação de normas internacionais tributárias por meio de legislação ordinária (treaty override), inclusive no âmbito estadual e municipal, está defasada com relação às exigências de cooperação, boa-fé e estabilidade do atual cenário internacional e, sem sombra de dúvidas, precisa ser refutada por esta Corte

(...)

Dessa forma, à luz dos atuais elementos de integração e abertura do Estado à cooperação internacional, tutelados no texto constitucional, o entendimento que privilegie a boa-fé e a segurança dos pactos internacionais revela-se mais fiel à Carta Magna .

Corroborando com o entendimento supracitado, deve-se destacar que as previsões contidas na Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados buscam afastar a ruína das relações internacionais, no sentido de impedir que um Estado sustente o inadimplemento de um Acordo/Tratado Internacional com base na legislação interna:

De acordo com o artigo 27 da Convenção de Viena, “(u)ma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. O objetivo deste artigo, claramente, é proporcionar segurança jurídica às relações internacionais. Afinal, não se pode esquecer que os acordos internacionais são celebrados num contexto muito diferente dos contratos domésticos, devido à existência de dois países soberanos. Assim, se um Estado contratante pudesse usar a sua legislação interna como pretexto para não executar o acordo, isso poderia levar a um colapso nas relações internacionais.

Por sua vez, o princípio *pacta sunt servanda* também é expresso na da Convenção de Viena, como segue “todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé”. A ideia desta regra é proteger a boa-fé das partes contratantes.

Afinal, se fosse possível que um Estado contratante não cumprisse o que foi acordado, isso levaria a uma violação unilateral da convenção bilateral.

Na minha opinião, estes dois artigos complementam-se mutuamente e ambos são uma consequência natural do princípio da boa-fé. Nesta linha de pensamento, parece ilógico que um país se engaje na arena internacional, ratifique o que foi acordado em um procedimento complexo e, posteriormente, edite uma legislação que vá de encontro ao acordado. O que causa ainda mais perplexidade é consentir na construção jurídica que defende que essa lei posterior irá afetar o acordo. Mais uma vez, deve ser enfatizado que as relações internacionais são realizadas em um contexto completamente diferente em comparação com os assuntos domésticos. Além disso, o Brasil ratificou, sem reservas, o artigo 26 e o artigo 27 da Convenção de Viena, o que significa que uma modificação unilateral do tratado não deveria ser permitida pela ordem jurídica brasileira.

Por fim, deve-se também afirmar no sentido da prevalência dos Tratados Internacionais internalizados em face da legislação infraconstitucional interna.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou apresentar o panorama do julgamento do RE n. 460.320/PR, conhecido como “Caso Volvo”, buscando sustentar qual a melhor resposta que deveria ser dada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em relação à recepção do art. 98/CTN, bem como a prevalência da legislação internacional internalizada em face da legislação infraconstitucional interna.

Infelizmente, o Plenário do STF resolveu que a matéria seria infraconstitucional, razão pela qual o tema debatido encontrou uma resposta ineficaz para sanar as divergências previstas no Direito Tributário Internacional.

Conforme exposto no desenvolvimento do artigo, o art. 98/CTN foi recepcionado pela CRFB/88, não havendo dúvidas quanto sua aplicabilidade.

Ademais, por regulamentar o exato dispositivo constitucional previsto no art. 146, III/CF, na perspectiva de se instituir normas gerais sobre Direito Tributário, no que tange ao conflito da legislação internacional em face da legislação infraconstitucional interna, o dispositivo do CTN é constitucionalmente justificável.

De igual modo, também plenamente justificável a prevalência dos Tratados Internacionais quando o art. 5º, § 2º/CF passa a consignar uma abertura do ordenamento jurídico brasileiro ao direito transnacional.

Nesse sentido, trazendo a perspectiva dos princípios da cooperação, da boa-fé e da impossibilidade de um Estado pactuante invocar disposições de legislação interna para sustentar o inadimplemento do Tratado Internacional, previstos na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, torna-se evidente a prevalência dos Tratados Internacionais internalizados em face da legislação infraconstitucional interna.

Por fim, deveria o Plenário do Supremo Tribunal Federal ter acompanhado o voto do Min. Gilmar Mendes no “Caso Volvo”, garantindo-se a recepção do art. 98/CTN pela CRFB/88, bem com a prevalência dos Tratados Internacionais internalizados.

Tal medida seria capaz de sanar a divergência doutrinária e jurisprudencial existentes e apaziguar diversas discussões presentes no Direito Tributário Internacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A Nova Hierarquia dos Tratados Internacionais em Matéria Tributária no Direito Brasileiro. Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário - RDIET, Brasília, V. 11, no2, p. 17 – 37 Jul-Dez, 2016.

Aplicação dos Acordos Multilaterais de Comércio (GATT/OMC) no Sistema Tributário Nacional. Disponível em: <https://ibdt.org.br/RDTA/aplicacao-dos-acordos-multilaterais-de-comercio-gattomc-no-sistema-tributario-nacional/#note-447-50>. Acesso em 02 jan. 2023.

ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária. 6ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1999.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 de mai. 2023.

BRASIL, Decreto Legislativo no 77.053 de 19 de janeiro de 1976. Promulga a Convenção para evitar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre a Renda Brasil-Suécia. Disponível em: www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/AcordosInternacionais/Suecia/Dec770531976.htm. Acesso em: 25 de mai. 2023.

BRASIL, Lei no 5.172 de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm. Acesso em: 25 de mai.

2023.

BRASIL, Lei no 8.383 de 30 de dezembro de 1991. Institui a Unidade Fiscal de Referência, altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8383.htm. Acesso em: 25 de mai. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 71.154/PR, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, julgado em 4.8.1971, DJ 25.8.1971.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 80.004/SE, Rel. p/ o acórdão Min. Cunha Peixoto, Pleno, DJ 29.12.1977.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC no 72.131/RJ, Red. p/ o acórdão Min. Moreira Alves, DJ 1.8.2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 460320, Relator(a): GILMAR MENDES, Relator(a) p/ Acórdão: DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-243 DIVULG 05-10-2020 PUBLIC 06-10-2020.

FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. Caso Volvo: haverá uma interpretação definitiva do Supremo Tribunal Federal sobre o art. 98 do CTN?. In: *Direitos Fundamentais dos Contribuintes*, (coord. Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho), Editora Almedina: 2021.

GRILLO, Fabio Artigas. Tratados internacionais para evitar a dupla tributação sobre a renda e o recurso especial no 426.945-PR. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (Coord.); Organizadores: OLIVEIRA, Ariane Bini de; SEPULCRI, Nayara Tataren; BARRENI, Smith (Org.). *Tributação: democracia e Liberdade*. São Paulo: Noeses, 2014, p. 1331.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Tratados internacionais em matéria tributária e ordem interna*. São Paulo: Dialética, 1999.

KINCHESKI, Cristiano. O artigo 98 do Código Tributário Nacional e o conflito entre Tratado de Direito Tributário e lei interna. 2007. 101f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina.

PINCELLI, Eduardo Pugliese. Sobre a relação entre os tratados internacionais em matéria tributária e o sistema jurídico brasileiro: novas proposições a respeito de um velho problema. In: *Congresso Nacional de Estudos Tributários: Segurança jurídica na tributação e estado de direito*. vol. II. no p. 673-710. São Paulo: Noeses, 2006, p. 673-710.

O Alcance do Art. 98 do CTN e os Comandos Constitucionais sobre os Tratados Internacionais. Disponível em: <https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2023/01/Danielle-Mariotto-Sanches-Dias-da-Silva-e-Jacqueline-Mayer-da-Costa-Ude-Braz.pdf>. Acesso em: 25 de mai. 2023.

O “Caso Volvo” e as discussões sobre bitributação de renda. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-27/opiniao-volvo-bitributacao-renda>. Acesso em: 25 de mai. 2023.

RIBEIRO, Fernando Munhoz. Interação entre tratados internacionais em matéria tributária e legislação doméstica brasileira na jurisprudência do STF e do STJ. In: *Revista Direito Tributário Internacional Atual*. 2o semestre de 2018 (volume 4). São Paulo: IBDT, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2Ym-2G2L>. Acesso em: 27/06/2021.

SLOBODA, Pedro. A nova hierarquia dos Tratados Internacionais em matéria tributária no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário*. Brasília,

V.11, nº 2, p. 17-37, Jul/Dez, 2016.

TAVOLARO, Agostinho Toffoli. A supremacia dos tratados internacionais em face da legislação interna. In: Revista Tributária e de Finanças Públicas, ano 10, n. 44. São Paulo: RT, 2002.

Tratados Internacionais. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbe-te/499/edicao-1/tratados-internacionais>. Acesso em: 24. mai de 2023.

XAVIER, Alberto. Direito Tributário Internacional do Brasil. 2a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994.

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E CÉTICISMO SOCIAL: PERSPECTIVAS E DESAFIOS À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS, REPRESENTATIVIDADE FEMININA E ÉTICA POLÍTICA NO BRASIL

RESUMO:

O desenho constitucional brasileiro instituiu um Estado Democrático de Direito, fundamentado, dentre outros pontos, no exercício da cidadania e na participação política. Em que pese tal desenho, permeado por instrumentos democráticos, a realidade social tem apresentado uma sociedade cada vez mais descrente na democracia. A literatura tem procurado debater vários aspectos que contribuem para este panorama de descrença, o qual repercute na avaliação sobre a atuação dos Poderes e a importância das instituições democráticas brasileiras, impactando significativamente sobre os mecanismos de democracia participativa. Diante deste panorama, através do método dedutivo, o trabalho propõe-se a analisar comparativamente as possíveis causas da recorrente descrença da sociedade brasileira na democracia participativa no Século XXI e inspirar caminhos para revertê-la. A partir de análise bibliográfica e documental, valendo-se de pesquisa explicativa, construída sob uma perspectiva interdisciplinar, são abordados alguns dos possíveis fatores para este cenário e suas repercussões: os impactos da crise democrática nos Direitos Humanos, a representatividade feminina e o enfraquecimento da base democrática, a corrupção e o contexto de incredulidade social. Como resultados, são trabalhadas perspectivas possíveis para a construção da reflexão crítica sobre o tema, a partir do modo dialético de sugerir caminhos para a efetiva participação da sociedade brasileira no processo democrático.

Palavras-Chaves: Estado Democrático de Direito. Democracia Participativa. Representatividade. Gênero. Corrupção.

1. INTRODUÇÃO

“Ruínas de um Governo” é o título de uma obra clássica de Ruy Barbosa, político e advogado, de 1931. Nela, o autor compreende o cenário do Brasil, à época, da seguinte forma: Todas as crises, (...), que pelo Brasil estão passando, e que dia a dia sentimos crescer aceleradamente, a crise política, a crise econômica, a crise financeira, não vêm a ser mais do que sintomas, exteriorizações parciais, manifestações reveladoras de um estado mais profundo, uma suprema crise: a crise moral. (BARBOSA, Ruy. Ruínas de um Governo, 1931. P. 138)

Apesar do hiato temporal, a fala de Ruy traduz o que, para o Brasil contemporâneo, se atesta desde no Planalto Central até as costas litorâneas, a descrença recorrente na democracia participativa.

Hoje, em contraste com os anos 30, há, por bem mais sentimento de segurança e pertencimento, a defesa do Regime Democrático. Isto é, os tempos áureos do poder tão amplo de prover maior qualidade de vida, geração de oportunidades e garantia de liberdade foi satisfatoriamente alcançado com a participação ativa da sociedade no plano

precípua que trata o regime, o processo político e o exercício da cidadania. Segundo dados coletados pelo Senado Federal em 2020, para mais da metade dos brasileiros (58%), a democracia é sempre a melhor forma de governo. Por outro lado, 17% dos entrevistados manifestam a convicção de que, em determinadas circunstâncias, um regime governamental de caráter autoritário se apresenta como mais vantajoso. Além disso, 15% da amostra declara uma posição de indiferença em relação à preferência entre um governo democrático e um governo autoritário. Tais informações emanam de uma pesquisa abrangente sobre temas associados à política, economia e perspectivas sociais, conduzida pelo DataSenado em meio à população brasileira. Vejamos:



Gráfico 1: Indicação quantitativa da opinião popular sobre democracia e eleições. Fonte: Instituto DataSenado, 2020.

Contudo, se o parâmetro de melhor regime é suscitado como o democrático pela maioria dos cidadãos brasileiros, envolver-se com ele, no contexto da atualidade, já não exala tanta confiança como em outrora. Aliada a esta linha de raciocínio, o levantamento feito pelo Instituto Latinobarómetro reitera os fatos narrados, pois, apenas 1% dos brasileiros creem viver em uma democracia plena e 13% afirmam estarem satisfeitos ou muito satisfeitos com a democracia. Comparando esses dados com a Venezuela, por exemplo, tem-se 8% contra o primeiro dado e 22% dos venezuelanos afirmando seu grau de satisfação moderado ou elevado com o regime.

Com efeito, não nos são escondidos os porquês por trás deste infeliz diagnóstico. Para a década de 1990, pela qual passaram gerações de políticos afeitos à redemocratização, eram a faca e o queijo aos olhos da população recém liberta de um Regime Autocrático que culminou no período sombrio da Ditadura Militar. À luz da força e brio da defesa do terreno sagrado de estadia da liberdade, brasileiros e brasileiras entraram na caravana de protagonismo na escolha de representantes que dessem seguimento a este propósito.

Adentrando o século XXI, os avanços sociais, impulsionados pelos governos sucessivos, refletiram-se em índices satisfatórios. Em contraste com as observações da década anterior, uma crise profunda se instaurou, caracterizada pelo aumento da desconfiança nos representantes políticos, pelo enfraquecimento das instituições, pela carência de representatividade no poder legislativo e, sobretudo, pela ocorrência de escândalos de

corrupção. Esses elementos delineiam o cenário abordado no presente estudo, que se propõe à análise comparativa das possíveis causas subjacentes à constante desconfiança que permeia a sociedade brasileira em relação à democracia participativa no século XXI, almejando igualmente a proposição de diretrizes para sua reversão.

2. METODOLOGIA

O presente artigo tem como objetivo a análise das possíveis causas da recorrente descrença da sociedade brasileira na democracia participativa no século XXI e inspirar caminhos para reverter esta situação. Para tanto, como objetivos específicos, abordaremos sobre os impactos da crise democrática no âmbito dos Direitos Humanos, tão como analisaremos sobre a forma que a ausência da representatividade feminina e a corrupção, são fatores determinantes para o enfraquecimento em nosso regime democrático. Não o bastante, discorreremos sobre maneiras de reverter a desconfiança social na democracia.

Portanto, diante dos conceitos presentes neste artigo, nosso modelo de pesquisa será bibliográfico, pois será baseada na expectativa de doutrinadores e escritores sobre o tema discutido. Além disso, o trabalho será estruturado a partir da metodologia de estudo dedutiva, pois partiremos das premissas teóricas gerais, para, posteriormente, analisarmos os casos específicos.

Como fontes, teremos a pesquisa bibliográfica, juntamente com o levantamento de dados de plataformas que versem sobre o assunto decorrido. A análise será quantitativa, pois utilizaremos valores e gráficos que colaborarão com nossa perspectiva sobre a descrença na democracia participativa. A abordagem se dará a partir de artigos científicos, livros e doutrinadores. Tudo isso dentro de um contexto que nos permita entender como a sociedade brasileira declina sobre seu engajamento e participação na democracia.

3. DESENVOLVIMENTO

3.1 Democracia – Análise Conceitual

Conforme indica José Afonso da Silva (2000), a Democracia Participativa só pode ser compreendida em um contexto histórico específico, uma vez que decorre do modelo de convivência social e de poder adotado por uma determinada sociedade. Portanto, não é um fim em si mesma, mas um meio para alcançar valores essenciais da convivência humana. Daí que definir democracia não é uma tarefa simples. Rubens Pinto Lyra afirma que é um dos conceitos mais flexíveis da ciência política.

Segundo Lincoln, conforme mencionado por José Afonso da Silva (2000, p. 130), “democracia é governo do povo, pelo povo e para o povo.” Essa definição reflete bem a democracia direta e pode ser considerada uma visão ideal de democracia. No entanto, é provável que essa definição não encontre um Estado puramente democrático em nenhum lugar. Rousseau (citado por PEDRA, 2003) argumenta que, “se tomarmos o termo em sua acepção rigorosa, nunca houve uma verdadeira democracia, e nunca haverá. Não é possível que o povo esteja constantemente reunido para tratar dos assuntos públicos.”

Maurice Duverger (citado por MORAES, 2005, p. 132) afirma que a democracia é um “sistema em que os governantes são escolhidos pelos governados, por meio de eleições justas e livres.” É importante observar que essa definição, como o próprio autor reconhe-

ce, é simples e está mais alinhada com a teoria liberal, focando apenas na democracia representativa e não considerando os resultados almejados pela democracia, que é o bem comum e o governo em benefício do povo.

Celso Antonio Bandeira de Mello (2001), ao abordar o tema, oferece uma definição mais abrangente, considerando não apenas os elementos formadores da democracia, mas também os aspectos relacionados ao seu exercício, à maneira como é realizada e aos resultados a serem alcançados. Ele afirma que a democracia se refere a um sistema político fundamentado em princípios que promovem a liberdade e a igualdade de todos os seres humanos. Este sistema visa garantir que as decisões sejam tomadas de acordo com esses valores, seja pelo conjunto de seus membros diretamente ou por meio de representantes eleitos pelos cidadãos, que são considerados detentores da soberania. A abordagem de Celso Antonio Bandeira de Mello (2001) é abrangente e incorpora outros conceitos complexos, como soberania, igualdade e liberdade, o que pode tornar sua aplicação técnica desafiadora.

Em última análise, a democracia é um conceito histórico que adquire significado de acordo com as circunstâncias, a sociedade e a história que o moldam. Por isso, o termo “democracia” foi usado para descrever a dinâmica democrática da antiga Grécia. Em muitos países, especialmente os subdesenvolvidos e em desenvolvimento, o termo “democracia” é aplicado à forma de governo elitista e burguesa, implementada sob o discurso da representatividade, universalidade e interesse comum.

José Afonso da Silva (2000, p. 130) habilmente define democracia como “um processo de convivência social em que a autoridade emana do povo e deve ser exercida, seja de forma direta ou indireta, em benefício do povo”. Nessa definição, encontramos os elementos mais essenciais da democracia, tal como a compreendemos: a dimensão histórica, representada pelo termo “processo de convivência”; o componente político, indicado pelo fato de que a autoridade “emana do povo”; o modo de exercício dessa autoridade, seja “direta ou indiretamente”; e, por último, o resultado desejado, que pode ser traduzido como o bem comum, visando ao “benefício do povo”.

3.2 Tipos de Democracia

A teoria convencional frequentemente categoriza a democracia em três principais formas: democracia representativa, democracia direta e democracia semidireta, ocasionalmente chamada de democracia participativa.

3.2.1 Democracia Direta

Democracia direta, de acordo com a explicação de José Afonso da Silva (2000), refere-se a um sistema político no qual os cidadãos exercem diretamente os poderes governamentais, tomando decisões por meio do voto, sem a intermediação de representantes. Nesse contexto, o povo participa ativamente na elaboração de leis, na administração e no julgamento de questões políticas.

Argumenta-se em favor da democracia direta que a democracia representativa é incapaz de proteger os interesses da maioria da população, especialmente no Brasil, devido ao fato de que os representantes eleitos geralmente não pertencem ao estrato social que os elegeu. Esses eleitos, em geral, possuem necessidades distintas devido a sua

maior riqueza e nível de educação. Portanto, a solução seria garantir o sufrágio universal genuíno, ou seja, o voto direto para decidir cada questão, em vez de eleger um representante com poder absoluto.

Entretanto, a democracia direta tem se tornado progressivamente utópica devido a desafios práticos, como a coleta e a contabilização dos votos de cada cidadão em todas as questões a serem decididas. Essas dificuldades aumentam à medida que a população e o território do país crescem, tornando o processo mais caro, lento e complicado.

A democracia direta não se adequa bem a uma população grande, principalmente porque toda sociedade requer agilidade na tomada de decisões rápidas e urgentes, para evitar sacrifícios e prejuízos irreparáveis. Portanto, a governança costuma ser, em sua maioria, representativa (MACEDO, 2008).

Ademais, outro aspecto contraproducente da democracia direta é que o público em geral não possui a expertise técnica nem o conhecimento necessário para julgar ações do governo. A maioria da população tem apenas um entendimento superficial dos assuntos políticos e científicos (MACEDO, 2008). Há situações em que a tomada de decisões é crítica, como em questões de segurança, estratégicas e tecnológicas, nas quais o povo nem sempre está preparado para decidir. Dada a falta de conhecimento em temas técnicos, a população poderia tomar decisões inadequadas e ser suscetível à influência de argumentos demagógicos ou carismáticos, tornando-se vulnerável a escolhas prejudiciais.

3.2.2 Democracia Indireta

Democracia representativa, de acordo com o ensinamento de José Afonso da Silva (2000), é aquela em que o povo, como a principal fonte de poder, seleciona periodicamente representantes para tomar decisões políticas. Conforme Norberto Bobbio, a democracia representativa implica que as deliberações relacionadas à comunidade não são tomadas diretamente pelos membros dela, mas sim por indivíduos eleitos com essa finalidade.

Essa forma de governo também é conhecida como democracia liberal, pois é defendida por destacados pensadores do liberalismo, que a consideram como o único sistema político onde os princípios liberais podem verdadeiramente prosperar. Nesse sentido, ela abraça uma concepção restrita e individualizada de cidadania, frequentemente limitada na prática ao direito de voto.

Sob a perspectiva liberal, a tomada de decisões não pode envolver a soberania popular, baseando-se principalmente na alegação da incapacidade do público para lidar com questões governamentais, na inviabilidade da democracia direta em nações com populações e territórios extensos, e na defesa do modelo burocrático de Max Weber. Consequentemente, o liberalismo não almeja uma democracia direta ou participativa, mas sim uma forma de democracia representativa, na qual representantes considerados mais “aptos” e “racionais” tomam decisões em nome do país e da população.

A democracia representativa presume uma série de instituições voltadas para o sistema de representação, incluindo o processo eleitoral com sufrágio universal, a formação de partidos políticos e os mandatos eletivos. A eleição é considerada o ponto culminante

da democracia liberal, onde o povo confere legitimidade ao exercício do poder ao eleger seus representantes.

Uma crítica significativa à democracia representativa está relacionada com a questão da legitimidade, frequentemente chamada de crise de legitimidade. No Brasil, é observado que, após a eleição, os representantes muitas vezes se distanciam de seus eleitores e dos compromissos assumidos durante a campanha. É importante notar, no entanto, que a democracia representativa, em sua concepção original, não prevê uma participação significativa da população.

Idealmente, não deveria haver uma separação entre representantes e representados, e os representantes deveriam prestar contas continuamente aos eleitores. Edmund Burke (citado por Gonçalves, 2005) descreve como essa verdadeira representação deveria ocorrer. Anderson Sant'ana Pedra (2003), inspirado por Bobbio e Rousseau, conclui que a democracia é baseada na vontade geral, que não pode ser representada por terceiros. De acordo com Rousseau, em uma crítica à democracia representativa inglesa, o povo inglês pensa que é livre, mas, na realidade, só o é durante as eleições.

Na democracia representativa, a participação popular é frequentemente limitada após o processo eleitoral, devido à falta de controle efetivo por parte da população, uma vez que o que existe é um tipo limitado de controle exercido por órgãos designados pelos poderes estabelecidos. Portanto, se considerarmos que o cerne do sistema democrático é o “poder do povo” e o controle eficaz dos resultados, pode-se afirmar que a democracia representativa muitas vezes se afasta significativamente da essência desse conceito, que é o poder do povo, pelo povo.

3.2.3 Democracia Semidireta

Dado o questionamento da legitimidade da democracia representativa, os países com sistemas democráticos liberais passaram a integrar elementos da democracia direta em sua estrutura política, com o objetivo de reforçar a sua legitimidade. Isso resultou na fusão de características da democracia direta e da representativa, o que é conhecido como democracia semidireta.

Conforme a definição de José Afonso da Silva (2000, p. 140), a “democracia semidireta é, essencialmente, democracia representativa, com a inclusão de alguns mecanismos de participação direta do povo no exercício das funções governamentais.” Esses mecanismos de participação direta, como destacado por Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, são frequentemente enumerados por estudiosos do direito público e incluem o referendo, o plebiscito, a iniciativa popular e o direito de revogação. Alguns autores também mencionam o veto popular, também chamado de referendo facultativo. No entanto, este último não é adotado no Brasil.

Com base nessa interpretação, é importante destacar que a democracia semidireta não pode ser considerada sinônima de democracia participativa, uma vez que esta última abrange um conceito mais abrangente. Na Constituição da República do Brasil, por exemplo, encontramos elementos tanto da democracia representativa, como o sufrágio universal e o mandato eletivo, quanto da participação direta, como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular (Constituição Federal, art. 14). Isso configura a democracia

semidireta. No entanto, a democracia participativa pode incluir uma gama mais ampla de instrumentos de participação do que esses mecanismos específicos, como será explorado posteriormente.

3.2.3 Democracia Semidireta e Democracia Participativa

Se a democracia indireta ou representativa é aquela em que o povo confia as funções de governo a seus representantes, eleitos regularmente, a democracia semidireta é a democracia representativa enriquecida com elementos da democracia direta.

Muitos estudiosos consideram que a democracia participativa é sinônima de democracia semidireta. No entanto, na interpretação atual, a democracia participativa engloba um espectro muito mais amplo. A democracia participativa abrange a participação universal, com todos os formatos e mecanismos disponíveis e criados para ampliar os espaços de envolvimento da sociedade nas decisões políticas e nos atos da administração pública.

Nesse contexto, José Afonso da Silva (2000, p. 145) afirma que “as primeiras manifestações da democracia participativa surgiram nos institutos da democracia semidireta, que combinam instituições de participação direta com instituições de participação indireta”. Portanto, pode-se concluir que a democracia semidireta foi apenas uma fase preliminar da democracia participativa.

Na verdade, quando analisamos a etimologia da palavra “democracia”, que significa o poder do povo, toda democracia deveria, por definição, ser participativa. Não poderia existir uma democracia sem algum tipo de participação popular, seja de forma direta ou indireta. No entanto, o adjetivo “participativa” adquiriu um significado especial, caracterizando a democracia pela presença de institutos de representação (democracia indireta), pela participação direta do povo com plebiscitos, referendos e iniciativas populares (democracia direta), e por outros meios de envolvimento contínuo, renovação e criação de novas formas de legitimação do poder e de influência efetiva da sociedade no controle, fiscalização e tomada de decisões do Estado.

A experiência democrática na maioria dos países revelou as deficiências e distorções da democracia representativa, que frequentemente não consegue atender às demandas da sociedade. Por outro lado, a democracia direta parece ser impraticável e utópica. A democracia semidireta, por sua vez, não conseguiu atender plenamente às expectativas, pois introduziu apenas alguns elementos da democracia direta no sistema. Assim, surgiu a democracia participativa, que está aberta a todas as formas de envolvimento do povo nas decisões políticas e na administração pública.

Rubens Pinto Lyra reconhece que a evolução das teorias sobre democracia e o surgimento de formas inovadoras de participação popular exigem uma redefinição do conceito de democracia participativa. Ele argumenta que a participação política ocorre de fato quando os cidadãos podem apresentar e debater propostas, deliberar sobre elas, influenciar o rumo das ações estabelecidas pelas autoridades constituídas e desenvolver alternativas. A democracia participativa é alcançada quando há amplas oportunidades para os cidadãos participarem, tomando decisões, expressando opiniões, seja diretamente ou por meio de organizações que possam representá-los em diversas ins-

tuições, tanto na esfera privada, como empresarial e familiar, quanto na esfera pública, como no processo orçamentário, nos conselhos de direitos, nos conselhos consultivos, nas ouvidorias, entre outros.

Na democracia participativa, as eleições livres, a presença de partidos de oposição, a liberdade de imprensa, os princípios da representação, os instrumentos tradicionais da democracia direta e a garantia constitucional de um estado democrático são considerados apenas pilares ou componentes de uma estrutura democrática participativa. Para efetivá-la, é necessário um envolvimento real em todos os aspectos do processo de tomada de decisões e em todas as atividades do Estado, representando um exercício genuíno da cidadania.

3.3 Impactos da crise democrática no âmbito dos Direitos Humanos

No dia 19 de maio de 1943, em um discurso para o Congresso Americano, em Washington, o então Primeiro-Ministro britânico Winston Churchill afirmou que “a democracia é a pior forma de governo, à exceção de todas as demais formas que têm sido experimentadas ao longo da história”. Churchill desejava enfatizar que o sistema de governo democrático não aspira ser imaculado, nem constitui um sistema isento de falhas ou questões, mas, dentre todas as modalidades de autoridade previamente observadas na história, é a mais primorosamente concebida pelos seres humanos.

Inicialmente, faz-se válido ressaltar o fato de, nos 500 anos de história que acompanham o Brasil, desde o seu descobrimento até os tempos atuais, nem sempre o povo foi visto ou reconhecido da forma que hoje o fazemos através da Constituição Cidadã de 1988. Isso nos leva a refletir sobre a importância da evolução histórica das instituições e dos valores democráticos no país.

A bem verdade, como narra o sociólogo e político brasileiro Fernando Henrique Cardoso em sua obra “A Arte da Política”, no funcionamento simples da colônia, onde reconhecidos eram apenas os Vice-Reis e, mais tarde, com a chegada da Família Imperial no ano de 1808, os Senhores de Terra, grandes cafeicultores e criadores de gado, condecorados como barões, viscondes e marqueses; o Império do Brasil consolidado com as regências de Dom Pedro I e Dom Pedro II, dando importância à presença dos legisladores da Constituinte Imperial e aliados político-administrativos somando à classe militar, as gentes com direitos eram os únicos agentes da Sociedade com tais garantias/benesses. Chega-se ao período da República em que, “...a escolha de quem mandava na política e no governo passou a depender do voto. Por imperfeito e fraudulento que fosse, o voto dava primazia aos que pudessem controlá-lo...” (CARDOSO, 2006). Assim, como elencado na linha do tempo, os direitos básicos garantidos a quem, por princípio, era considerado cidadão da nação brasileira, advinha da forma republicana de governar. Contudo, para os brasileiros que acompanharam os sucessivos altos e baixos, com maiores instabilidades no processo político, tardaram os tempos para que houvessem assegurados, em sua plenitude, os Direitos aos Cidadãos.

Entre a Ditadura do Estado Novo, o período ínfimo de, para parâmetros de Brasil, avanços nos setores industriais, estruturais e sociais (criação de CLT) entre a década de 1950 e, logo em seguida, a Ditadura Militar (1964-1985), pouco se avançou na garantia dos Direi-

tos Humanos, mas, em contrapartida, muito se discutiu, com propriedades intelectuais de pessoas deportadas do país, a exemplo do autor anteriormente citado, os caminhos para a efetividade e incorporação do tema para a Sociedade Brasileira em sua totalidade. Passados os anos autoritários, raiava a luz esperançosa da Constituinte. No ano de 1988 era promulgada a Constituição Cidadã que, já em seu preâmbulo, assegura a garantia do exercício dos direitos e princípios basilares a todos que constituem a Nação Brasileira. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte, para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. (Constituição Federal, 1988. P. 7)

Os Atores e Autores deste avanço atestaram para os brasileiros o poder que o viés democrático, quando defendido e executado, tem a propiciar em avanços para o berço esplêndido do território nacional. Anos mais tarde, durante o governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, foi pensada, depois da ditadura, o vetor da Responsabilidade Jurídica do Estado em relação às incontáveis violações aos Direitos Humanos durante os Anos Tortuosos em que, nos casos extremos, acusavam desaparecimento para o que notadamente era morte. Foi dada a largada para a chegada das ações corretivas e o primeiro Plano Nacional de Direitos Humanos do nosso país surgiu em 1996.

Neste rol, as garantias políticas, civis e as políticas sociais inclusivas, associadas às afirmativas – com quotas raciais e sociais nas Universidades - ganharam cada vez mais espaços nos governos com tendências mais democráticas, quando lembrados e comparados às experiências citadas nos parágrafos anteriores, como os que sediaram a década final do século XX e os que sucederam para o século XXI.

A partir desse viés, tem-se como cálculo simples a ligação direta entre forma e regime de governo alinhada à defesa, ou não, dos Direitos responsáveis por assegurar o mínimo para estar em sociedade, os Direitos Humanos. Atestando esta tese, uma pesquisa disponibilizada no Senado Federal, realizada pelo Instituto DataSenado no ano de 2022, mostrando que, para mais da metade dos brasileiros (67%), a democracia é sempre a melhor forma de governo. Por outro lado, 16% acreditam que, em algumas situações, um governo autoritário é melhor. E 10% dizem que tanto faz um governo democrático ou autoritário.

Quanto maior a crise democrática, menor a seguridade e vivência dos Direitos Humanos, ou seja, dos fatos narrados nos parágrafos anteriores viu-se a evolução substancial de como esses Direitos eram, em primeiro lugar, presentes ou não no ordenamento, sob a primazia do reconhecimento dos cidadãos e, em segundo, com a sua incorporação no Ordenamento Jurídico também visto como rol fundamental quando presente nos Governos Democráticos. Em face à crise participativa da população, uma certeza é, já, recorrente: pela cidadania e direitos mínimos, o voto é o caminho para consolidação do

feito.

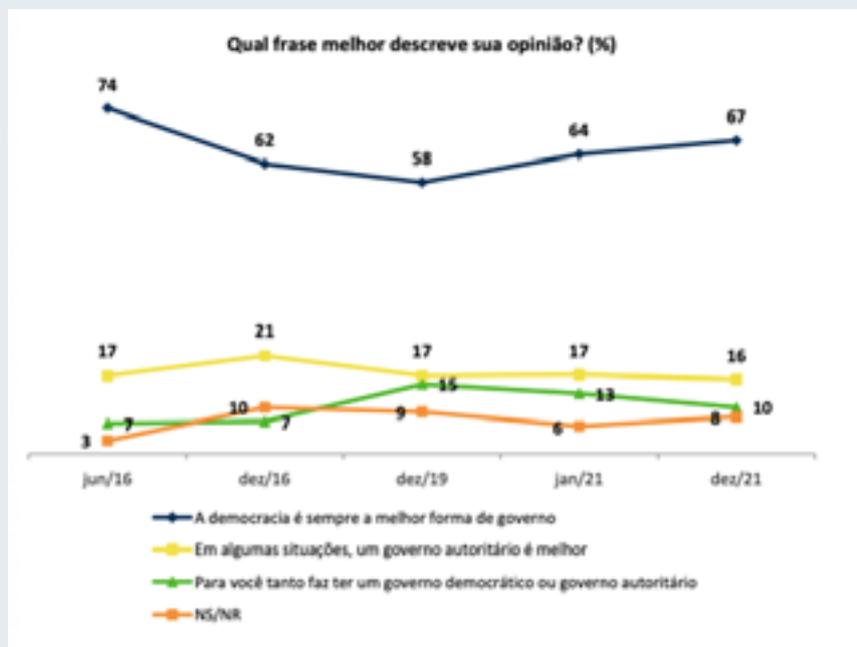


Gráfico 2: Evolução do qualitativa e quantitativa da opinião sobre democracia e eleições. Fonte: Instituto DataSenado, 2022.

3.4 Análise de como a ausência de representatividade feminina é causa para o enfraquecimento da base democrática.

Versar sobre os temas que acompanham a contemporaneidade e incluir a mais incisiva e importante discussão de gênero no presente contexto, é seguir a metáfora de luta pelo penhor da igualdade da força representativa e participativa, na política, nos ambientes de trabalho, bem como na sociedade, pela força feminina.

Pensar no Brasil da atualidade e na sua primazia política é, cada vez mais, voltar o olhar para as cadeiras, legislativas, executivas e judiciárias, sendo ocupadas desproporcionalmente pelo feminino. Ora em face à proporção direta aos números que constituem a população, pois dos 212,6 Milhões, 52% são de mulheres. Ora, em contraponto, testemunhar apenas 15% das Parlamentares sendo mulheres.

Nas palavras de Fernando Henrique Cardoso (2006), na mesma medida que é certo o Estado tradicionalmente escolher lidar com questões específicas, para o bem ou com maneiras incomuns, como a questão dos indígenas, reluta em outras vertentes, quando invocado a assumi-las. É neste ambiente que se dá o processo lento de inserção e impulso para as mulheres adentrarem nos espaços de poder.

Ainda no rol de autorias sobre o tema, Frankel (2007, p. 13) afirma que “se já houve na história, por ironia, um momento em que a liderança feminina se tornou indispensável, nós o atravessamos exatamente agora”. De acordo com a autora, o momento é propício para as mulheres assumirem cargos públicos e governamentais, da mesma forma que provoca os ambientes para liderarem organizações/corporações privadas e públicas.

Para efeito acadêmico, em menção e sustentação, em termos de eficiência e necessidade, é crucial a presença ativa e de maior corporatura de mulheres no âmbito político. A

Gráfico 2: Evolução do qualitativa e quantitativa da opinião sobre democracia e eleições.
Fonte: Instituto DataSenado, 2022.

3.4 Análise de como a ausência de representatividade feminina é causa para o enfraquecimento da base democrática.

Versar sobre os temas que acompanham a contemporaneidade e incluir a mais incisiva e importante discussão de gênero no presente contexto, é seguir a metáfora de luta pelo penhor da igualdade da força representativa e participativa, na política, nos ambientes de trabalho, bem como na sociedade, pela força feminina.

Pensar no Brasil da atualidade e na sua primazia política é, cada vez mais, voltar o olhar para as cadeiras, legislativas, executivas e judiciárias, sendo ocupadas desproporcionalmente pelo feminino. Ora em face à proporção direta aos números que constituem a população, pois dos 212,6 Milhões, 52% são de mulheres. Ora, em contraponto, testemunhar apenas 15% das Parlamentares sendo mulheres.

Nas palavras de Fernando Henrique Cardoso (2006), na mesma medida que é certo o Estado tradicionalmente escolher lidar com questões específicas, para o bem ou com maneiras incomuns, como a questão dos indígenas, reluta em outras vertentes, quando invocado a assumi-las. É neste ambiente que se dá o processo lento de inserção e impulso para as mulheres adentrarem nos espaços de poder.

Ainda no rol de autorias sobre o tema, Frankel (2007, p. 13) afirma que “se já houve na história, por ironia, um momento em que a liderança feminina se tornou indispensável, nós o atravessamos exatamente agora”. De acordo com a autora, o momento é propício para as mulheres assumirem cargos públicos e governamentais, da mesma forma que provoca os ambientes para liderarem organizações/corporações privadas e públicas.

Para efeito acadêmico, em menção e sustentação, em termos de eficiência e necessidade, é crucial a presença ativa e de maior corporatura de mulheres no âmbito político. A este aspecto, associa-se o dado que confere à produção legislativa geral, a capacidade de apresentar 40% de mais projetos do que os homens com o desenvolvimento acima da média e voltados, em sua maioria, para temas ligados à saúde, Direitos Humanos, Educação e Direitos da Família. Somado a esses fatores, escancara-se através de uma pesquisa publicada pela Science News, onde comprovou-se a ligação de presença de mulheres nas gestões e desenvolvimento de deveres aos menores índices de corrupção nos governos nos quais estão atuando.

Compreendendo os fatos anteriores, afere-se, portanto, o andamento conjunto entre maiores representações femininas na política com, por consequências comprovadas materialmente, democracias com maior vigência de credibilidade, maior confiança nas instituições, garantia de maior desenvolvimento de pautas relacionadas às minorias e à sensibilidade que comporta os Direitos Humanos. Contudo, na contramão das evidências, o Brasil segue em números baixos de representação, com inclusive tendência de queda de mulheres eleitas a partir do ano de eleição presidencial de 2002.

Quanto maior a presença e quantidade de lideranças femininas, maior o desenvolvimento da comunidade. Segundo a pesquisa realizada pela Oxfam (2008) havendo a correspondência entre a desproporcional pobreza e o gênero feminino, a liderança ativa

permitiria a mitigação dos fatores que agregam às sequelas confluentes da condição social majoritária.

Conforme aponta o estudo:

A participação igual e liderança das mulheres nos processos de tomada de decisão em todos os níveis e em todos os sectores é fundamental na de eliminar a violência baseada na pobreza. Para desafiar os sistemas econômicos e sociais desiguais e insustentáveis em que vivemos e assegurar os recursos essenciais que precisam para viverem uma vida sã e dignificada, argumentou-se que as mulheres precisam de 'ser visíveis politicamente como mulheres e ser empoderadas a agir em tal capacidade, porque elas têm necessidades e atitudes diferentes dos homens em questões vitais'.¹ A presença de um considerável número de mulheres nos órgãos eleitos e em instituições econômicas pode resultar em políticas mais equitativas porque pode provavelmente encorajar os legisladores a terem mais atenção às questões que afetam as mulheres, tais como salários iguais, melhores condições de trabalho, cuidados às crianças, violência contra as mulheres e trabalho não pago.² Há também mais probabilidades de as políticas econômicas reconhecerem o valor de trabalhos não pagos, de cuidados (a maior parte do qual feito por mulheres) como um ativo econômico a ser mantido e desenvolvido. – (GELL; HOARE, 2008)

À medida que os espaços se reduzem, tornam-se mais evidentes as vulnerabilidades ignoradas e as crises profundamente enraizadas ampliam o encolhimento das perspectivas de progresso social, intergeracional e de sustentação das bases democráticas já solidificadas. Em consonância com uma citação atribuída à organização Oxfam: "Apesar do engajamento em promover a igualdade do gênero, em estruturas formais de representação e tomada de decisão, as mulheres continuam com falta de boa representação em todas as áreas de tomada de decisão e enfrentam barreiras significantes à sua participação total e igual nas estruturas e instituições que governam e diretamente afetam as suas vidas."

3.5 A corrupção como força motriz para a incredulidade no processo democrático
No presente estudo, é visto o quanto o brasileiro é crédulo no regime democrático que rege seu país. Todavia, podemos aferir que este próprio cidadão não obtém tamanha confiança quando nos debruçamos sobre a democracia participativa, e agora analisaremos um dos motivos para tal: a corrupção no sistema público.

Uma das características fundamentais de um sistema social que promova justiça e igualdade é a legitimidade de suas instituições públicas e esta deve ser pautada pela transparência, licitude e ética. Há uma percepção geral da necessidade de mudanças em nosso sistema político, social e econômico, que vem sendo corroído pela corrupção (WAJSMAN, 2013).

Antes de definirmos a corrupção e seu impacto negativo em nosso sistema democrático, devemos ponderar sobre um princípio doutrinário fundamental para nosso ordenamento jurídico e para a adequada efetividade na democracia, denominado como o primado da lei (rule of law como é conceituado pelos anglos-saxões). Segundo Guillermo O'Donnell (2005), cientista político argentino, o primado da lei refere-se à garantia dos

indivíduos possuírem seus direitos em patamar de equidade. Com isso, a aplicação da lei deve-se ocorrer de maneira consistente e que os que estejam sujeitados à norma, não sofram por abuso de poder ou ilegalidades normativas.

Não há como falarmos sobre corrupção e não a enxergar como um fator de transgressão na ideia de rule of law. Para Joseph Nye (1967) em seu artigo intitulado, "Corruption: a cost-benefit analysis", a corrupção será definida como uma situação em que o bem público é apropriado indevidamente em benefício privado. Portanto, ao partimos da premissa que um bem público, que deveria estar a disposição em prol da coletividade, está sendo utilizado com fins meramente individuais, podemos diagnosticar uma evidente violação ao princípio do primado da lei, afetando diretamente a legitimidade da democracia.

Conforme aponta Seligson (2002), a democracia não é apenas violada pela corrupção em sua atuação, mas também quanto às relações interpessoais que a decorrem. Segundo o autor, os indivíduos expostos a situações em que tiveram que recorrer a alguma prática de suborno são mais suscetíveis a uma baixa confiança interpessoal, e isto impacta na confiança política (INGLEHART, 1990; PUTNAN, 1993; MIGNOZZETTI, 2011).

Mas como a corrupção pode afetar a democracia no Brasil? Os meios de comunicação expressam que nosso país é historicamente reconhecido pelos grandes escândalos que envolvem grande parte da administração pública. Em especial, podemos citar os órgãos governamentais, com foco em suas estruturas políticas, como alvo de operações que comprovaram a existência de corrupção em escalas cinematográficas.

Vale ressaltar que a corrupção administrativa no Brasil não é recente, senão enraizada em nossa cultura advinda com o período colonial, como destaca Antônio Frederico Zancarano (1994. P. 123):

Tudo leva a crer que a corrupção político-administrativa corrente no Brasil encontra sua fonte originária na estrutura patrimonial de poder vigente em Portugal por ocasião dos descobrimentos, agravada, posteriormente, pela forma predatória de ocupação da terra, que se implementou durante os três séculos da colonização e pela inoperância do Estado ao pretender impor sobre as populações dispersas na vastidão territorial um modelo ineficaz de dominação. De um lado, a imaginosa variedade de procedimentos atentatórios à boa ordem político-administrativa no Reino; de outro, as novas tendências psicossociais das populações coloniais, distantes e desassistidas: tudo isso manteve vivas antigas práticas e disposições morais e incrementou novas. A corrupção político-administrativa é um fenômeno que pertence a esse contexto.

De que maneira a questão da corrupção incide sobre o nível de envolvimento dos cidadãos brasileiros na democracia participativa? Como observado ao longo da pesquisa, os brasileiros não abrigam uma descrença na adequação da democracia como regime político para o país. No entanto, é notável o crescente desinteresse da população em participar ativamente dos processos democráticos no território nacional, como evidenciado, por exemplo, na diminuição da participação eleitoral.

Nas Eleições Gerais de 2022, estavam em disputa os cargos de Presidente e Vice-presidente da República; Governador e Vice-governador de Estado e do Distrito Federal; Se-

nador; Deputados federais, estaduais e distritais. Apesar de várias funções distintas, um fator prevaleceu comum entre todas as candidaturas: a abstenção.

Mais de 32 milhões de eleitores não compareceram às urnas, segundo dados do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). O nível de abstenção, de 20,93%, é o mais alto desde as eleições de 1998, quando 21,5% do eleitorado não votou. Em São Paulo, maior colégio eleitoral do país, a taxa de abstenção foi de 21,6%. Já em Minas Gerais, segundo estado em número de eleitores, foi de 22,2%, segundo o G1, portal de notícias da Globo. Em Pernambuco, chegamos aos surpreendentes 18,2% de abstenção, conforme dados do Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco (TRE-PE).

Vale ressaltar que as abstenções recordes presentes nas eleições de 2020 não foram exploradas neste artigo, devido a presença da pandemia do Covid-19 como principal fator ao não comparecimento dos brasileiros às urnas, segundo o site do Senado Federal.

Abrangência	Ano eleitoral	Comporecimento	% comporecimento	Abstenção	% abstenção	Eleitorado apto
Brasil	2022	123.714.906	79,07%	32.739.105	20,93%	156.454.011

Tabela 1: Evolução do quantitativo de comparecimento/ abstenção. Fonte: Tribunal Superior Eleitoral, 2022..

3.5.1 Podemos reverter a desconfiança social na democracia participativa?

Após a identificação de tantos fatores que motivam a crise democrática e/ou sinalizam precisamente esse processo, é natural que liguemos um alerta sobre a possibilidade de maiores consequências sobre a duração deste regime. Fatores como a ausência de representatividade feminina, os casos de corrupção dentro da administração pública e política, e as adversidades sociais no âmbito dos direitos humanos, colocam em xeque a esperança e a confiabilidade da sociedade brasileira na democracia, principalmente no tocante à sua participação.

Portanto, surge a pergunta: como devemos proceder agora para não apenas conter, mas também reverter a descrença da população e incentivá-la a participar ativamente da democracia? Antes de entrar em qualquer discussão, é fundamental reconhecer a impossibilidade de soluções instantâneas que resolverão todas as adversidades de um momento para o outro. Embora neste sistema democrático as decisões originem-se da vontade do povo, é inegável que muitas expectativas são frustradas e várias necessidades permanecem insatisfeitas. A diferença crucial, entretanto, é que o desencanto não pode mais ser direcionado exclusivamente para um único líder, como era o caso em regimes monárquicos, por exemplo. As pessoas podem expressar sua insatisfação em relação ao chefe de Estado, mas reconhecem que esse líder está no cargo devido à soberania popular (SOARES, 2018).

Todavia, apesar dos fatores negativos mencionados acima, há um caminho para a reversão da descrença do brasileiro no regime democrático. Assim como a base do anti-

doto para àquele que é mordido por uma serpente venenosa está sobre o veneno que o atinge, a vereda que visa a mudança de cenários em nosso sistema deve ser a própria democracia em sua essência.

O princípio fundamental proclamado no texto constitucional brasileiro, que estabelece que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta constituição”, delinea uma premissa essencial para a compreensão do sistema democrático brasileiro. Tal assertiva, enunciada na Constituição de 1988, sugere que a origem e a legitimidade do poder político estão intrinsecamente vinculadas à vontade e ao consentimento da sociedade brasileira. Esta concepção implica, por sua vez, que a capacidade de influenciar e modificar o panorama político está ao alcance da própria sociedade, sejam por meio da escolha de seus representantes eleitos ou pela participação direta nos processos democráticos previstos na Constituição.

Esta perspectiva democrática abre caminho para a discussão sobre como a nação pode se envolver ativamente no exercício de sua soberania política. É de suma importância ressaltar que existem diversas modalidades de democracia na contemporaneidade, cada uma com suas características e nuances, o que permite uma análise mais ampla e contextualizada das opções disponíveis para a participação dos cidadãos no processo político, assim como se remete o COMAD (Conselho Municipal de Políticas sobre Drogas):

Existem várias formas de democracia na atualidade, porém as mais conhecidas são: direta e indireta. Na democracia direta, o povo, através de plebiscito, referendo ou outras formas de consultas populares, pode decidir diretamente sobre assuntos políticos ou administrativos de sua cidade, estado ou país. Não existem intermediários (deputados, senadores, vereadores). Esta forma não é muito comum na atualidade. Na democracia indireta, o povo também participa, porém através do voto, elegendo seus representantes (deputados, senadores, vereadores) que tomam decisões em nome daqueles que os elegeram. Esta forma também é conhecida como democracia representativa. (COMAD, 2017, P. 03)

Embora não se vislumbrem soluções imediatas para a resolução desse conflito, a principal arma que a própria democracia nos oferece é o motivo pelo qual nosso povo tanto lutou para este regime de poder, o voto. “É com o voto que o cidadão exerce seu direito básico de participante ativo da sociedade. O voto é a principal arma da cidadania.” (WERKEMA, 2020).

Não obstante, é crucial compreender que a democracia participativa transcende a mera escolha de representantes eleitos, expandindo as oportunidades de engajamento cívico para além do ato do voto. Ela permite que os cidadãos tenham uma voz ativa na formulação de políticas públicas, no desenvolvimento de soluções para os desafios sociais e na fiscalização das ações do governo. Isso se traduz em uma maior inclusão de perspectivas diversas e na incorporação de uma gama mais ampla de conhecimento e experiência no processo político. Nossa Constituição também abre veredas para criação de conselhos em áreas distintas, favorecendo assim uma maior participação da população. Expressa o COMAD:

A previsão de mecanismos de participação nas políticas públicas em diferentes áreas, possibilita, além da criação e funcionamento dos conselhos, a realização das conferências. A Constituição garantiu o caminho para a participação popular nos: Participação • artigos 14 e 29, inciso XIII; • artigo 37, parágrafo 3º; • artigo 74, parágrafo 2º; • artigo 198, inciso III; • artigo 204, inciso II; • artigo 206, inciso VI; • artigo 216, parágrafo 1º; • artigo 227, parágrafo 1º. (COMAD, 2017, P. 08).

É inerente salientar que a democracia e a educação são inseparáveis no tocante às suas devidas aplicações. Desde a Grécia antiga, ambas são essenciais para quaisquer processos civilizatórios, e não deve ser diferente em nosso país. Assim é dito:

A inseparabilidade entre democracia e educação foi evidenciada pelo fato de que à educação cabe o desenvolvimento das capacidades que formam homens críticos e autônomos, conhecedores da sua realidade e aptos a serem seres sociais ativos e transformadores e que tais condições somente podem ser efetivadas em contexto verdadeiramente democrático. (Silva e Muraro, 2015, p. 01).

Dessarte, é dito ainda em concordância pelo virtuoso, Paulo Freire:

Um desses sonhos para que lutar, sonho possível, mas cuja concretização demanda coerência, valor, tenacidade, senso de justiça, força para brigar, de todas e de todos os que a ele se entreguem, é o sonho por um mundo menos feio, em que as desigualdades diminuam, em que as discriminações de raça, de sexo, de classe sejam sinais de vergonha e não de afirmação orgulhosa ou de lamentação puramente cavilosa. No fundo, é um sonho sem cuja realização a democracia de que tanto falamos, sobretudo hoje, é uma farsa (Freire, 2001, p.25, grifos nossos).

Por fim, após essa abordagem sobre nossa democracia em diferentes âmbitos e após apontar os caminhos que possam instigar maneiras de reverter a desconfiança social em nosso regime democrático, concluímos com os dizeres de Abraham Lincoln e parafraseado por Nathan William MacChesney (1910) onde diz, “A democracia é o governo do povo, pelo povo, para o povo.”

CONCLUSÃO

No que se refere a Conclusão, foi optada pelos autores deste estudo a apresentação de considerações pelo motivo de os aspectos discutidos não abarcarem uma solução determinada e, sim, perspectivas possíveis para trilharmos diversos caminhos de modo dialético na construção da reflexão crítica sobre a tese em pesquisa, onde foi aprofundado no decorrer da elaboração deste artigo.

Propor o estudo analítico sobre o tema da Democracia Participativa é, em sucintas abordagens, a imersão sobre o que sustenta o modelo de operação mundial e, ao mesmo tempo, sobre o que o encaminha para a prosperidade, ou não.

No aspecto dos Direitos Humanos, os dados do Gráfico 1, aferem-na como sendo percussora de escolhas de perfis políticos associados à defesa de práticas centristas, não extremismos partidários. Neste sentido, a presença de temas os quais interligam as dignidades são assegurados com ela.

Em segunda discussão, foi posta em investigação o porquê de, com os espaços de representatividade política quando ocupado por mulheres, os países que a comportam

em números prósperos – dada a pesquisa da Oxfam - tendem a desenvolver melhores índices em relação à educação, saúde e erradicação da pobreza. Com a participação democrática assegurando mulheres em cargos de poder, melhores são as estatísticas basilares de crescimento.

Análoga aos pilares democráticos encontra-se o câncer da corrupção pela qual governos, nos últimos anos do Século XXI, caíram. Tão amplamente discutida e rodeada de iniciativas de combate sistêmico, ainda assim se faz enraizada na realidade histórica brasileira. Esta prática, por certo, e convertida em dados, ressoa a descrença recorrente na forma de governo democrática, onde impera a maioria por escolha e, assim, o risco de ela o ser correspondente, que a população da nação vem, desde o pleito eleitoral de 2016, elegendo perfis que destoem da mancha que a alcunha traz e, por levantamentos do TSE, a isto influiu sobre a não participação ativa dos brasileiros e brasileiras nas eleições bianuais de seus representantes, como demonstra a Tabela 1.

Destarte, fatores como a ausência de representatividade feminina, os casos de corrupção dentro da administração pública e política, e as adversidades sociais no âmbito dos direitos humanos, colocam em xeque a esperança e a confiabilidade da sociedade brasileira na democracia, principalmente no tocante à sua participação. Assim, em face à crise participativa da população, uma certeza é, já, recorrente: pela cidadania e direitos mínimos, o voto é o caminho para consolidação do feito.

4. REFERÊNCIAS

A arte da política: a história que vivi. Coordenação editorial: Ricardo A. Setti. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. 699 p. ISBN 852000735X.

AGÊNCIA SENADO (Brasil). Senado Notícias (org.). Especialistas analisam abstenção recorde nas eleições de 2020. 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/11/30/especialistas-analisam-abstencao-recorde-nas-eleicoes-de-2020>. Acesso em: 15 abr. 2022.

BARBOSA, Ruy. Ruínas de um Governo: O governo Hermes, as ruínas da constituição, a crise moral, a justiça, manifesto à nação. 1931. Editora Guanabara. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/538157>. Acesso em: 15 abr. 2022.

Democracia é considerada melhor forma de governo para maioria dos brasileiros. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2022/03/11/democracia-e-considerada-melhor-forma-de-governo-para-maioria-dos-brasileiros>. Acesso em: 5 out. 2023.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BOBBIO, Norberto. Liberalismo e democracia. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005.

GONÇALVES, Arnaldo Manuel Abrantes. Os partidos políticos e a crise da democracia representativa. Jus Navegandi, Teresina, maio 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6818>. Acesso em: 01 out. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Tse. Tribunal Superior Eleitoral. Conheça as atribuições dos cargos que esta-

rão em disputa nas Eleições 2022. 2022. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2022/Marco/conheca-as-atribuicoes-dos-cargos-que-estarao-em-disputa-nas-eleicoes-2022>. Acesso em: 05 out. 2023.

BRASIL. Tse. Tribunal Superior Eleitoral. Estatísticas Eleitorais. 2022. Disponível em: <<https://sig.tse.jus.br/ords/dwapr/r/seai/sig-eleicao-comp-abst/home?session=213551143685144>>. Acesso em: 5 out. 2023.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2290>>. Acesso em: 03 out. 2023.

CARRION, Eduardo Kroeff Machado. A respeito da democracia participativa. In: ESTUDOS de direito constitucional: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: LTR, 2001.

MORONI, José Antonio. Participamos, e daí?: observatório da cidadania. [S. l.]: Ibase, 2005. Disponível em: <http://www.aracati.org.br/portal/pdfs/13_Biblioteca/Textos%20e%20artigos/participacao_Moroni.pdf#search=%22participamos%2C%20e%20da%C3%AD%22>. Acesso em: 14 set. 2023.

MACEDO, Paulo Sérgio Novais de. Democracia participativa na Constituição Brasileira. In: Revista de Informação Legislativa. Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas. Brasília – Abril/Junho/2008, p. 181-193. – Ano 45 – Nº 178. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496910>>. Acesso em: 03 out. 2023.

PEDRA, Anderson Sant’Ana. Na defesa de uma democracia participativa. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 63, mar. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3795>>. Acesso em: 30 set. 2023.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Coleção Os Pensadores).

_____. A democracia participativa na esfera pública brasileira: reconstrução do conceito e características. In: Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política, Painel 4 Linguagem, Justiça e Democracia: aspectos da teoria política contemporânea na Universidade Federal Fluminense, 3., Niterói, 2002. ABCP-Associação Brasileira de Ciência Política, Rio de Janeiro, jul. 2002. Disponível em: <<http://www.cienciapolitica.org.br/encontro/teopol4.5.doc>>. Acesso: 02 out. 2023.

_____. O futuro da democracia. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000. (Pensamento crítico, 63)

FAGUNDES, Bruna; RAHAL, Isabela; ALFINO, Larissa; AGNELLI, Gisele. Da campanha à eleição: a necessidade de uma política com igualdade de gênero: apesar de ocuparem apenas 15% das cadeiras no parlamento, as mulheres apresentam 40% mais proposições e aprovam até três vezes mais que os homens. 2022. Disponível em: <https://medium.com/betaredacao/da-campanha-a-eleicao-a-necessidade-de-uma-pol%C3%ADtica-com-igualdade-de-g%C3%ADnero-e1bc1b2b0af0>. Acesso em: 15 abr. 2022.

FEDERAL, Senado. Panorama Político 2022: opiniões sobre sociedade e democracia. 2022. Pesquisa elaborada pelo Instituto DataSenado. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/panorama-politico-2022>. Acesso em: 15

abr. 2022.

Wajsman ACZ. O COMBATE À CORRUPÇÃO E A PARTICIPAÇÃO POPULAR: UMA POSSIBILIDADE VIÁVEL. arqmudi [Internet]. 22º de maio de 2013 [citado 5º de outubro de 2023];16(1/2/3):44-. Disponível em: <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/ArqMudi/article/view/20973>

GELL, Fiona; HOARE, Joanna. A Liderança e Participação das Mulheres. 2008. Publicado pela Oxfam. Disponível em: <https://oxfamilibrary.openrepository.com/bitstream/handle/10546/120548/pi-women's-leadership-participation-overview-070208-pt.pdf;jsessionid=22B9A815C439DBCFFB600762BE6934AE?sequence=3>. Acesso em: 15 abr. 2022.

GASPARELLO, Vânia Medeiros. A PEDAGOGIA DA DEMOCRACIA DE PAULO FREIRE. 2017. Disponível em: http://www.acervo.paulofreire.org:8080/xmlui/bitstream/handle/7891/4357/FPF_PTPF_01_0969.pdf?sequence=2&isAllowed=y. Acesso em: 14 abr. 2022.

GRANGEIRO, José Jance Marques. Mulheres na política Processo legislativo Câmara dos Deputados: Brasil representação política igualdade de gênero. 2020. Disponível em: <https://bdm.unb.br/handle/10483/26488>. Acesso em: 15 abr. 2022.

INGLEHART & WELZEL. Modernization, Culture Change and Democracy.

JHA, Chandan; SARANGI, Sudipta. Study finds less corruption in countries where more women are in government: the new research is the most comprehensive study on this topic and looks at the implications of the presence of women in other occupations as including the shares of women in the labor force, clerical positions, and decision making positions such as the ceos and other managerial positions. 2018. Materials provided by Virginia Tech. Note: Content may be edited for style and length.. Disponível em: <https://www.sciencedaily.com/releases/2018/06/180615094850.htm>. Acesso em: 15 abr. 2022.

LATINOBARÓMETRO (Chile). Latinobarómetro 2020: Brazil. 2020. Disponível em: <https://www.latinobarometro.org/latContents.jsp>. Acesso em: 15 abr. 2022.

MIGNOZZETTI, Umberto Guarnier. O Impacto da Corrupção sobre a Qualidade da Democracia. 2011. Disponível em: <http://www.geocities.ws/politicausp/cultesoc/cultura/Umberto.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2022.

MOUNK, Yascha. O povo contra a democracia: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

O'DONNELL. "Why the rule of law matters", Journal of Democracy. Outubro, 2005.

Eleições 2022: Abstenção atinge 20,9%, maior percentual desde 1998; em 2018, foi de 20,3%. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2022/eleicao-em-numeros/noticia/2022/10/02/eleicoes-2022-abstencao-atinge-maior-percentual-desde-1998.ghtml>. Acesso em: 2 out. 2023

SELIGSON. "The impact of Corruption on Regime Legitimacy: A Comparative Study of Four Latin American Countries", in The Journal of Politics. Maio 2002.

MURARO, Darcísio Natal; SILVA, Sara. RELAÇÕES ENTRE DEMOCRACIA E EDUCAÇÃO NA OBRA DE PAULO FREIRE. 2015. Disponível em: http://www.uel.br/revistas/lenpes-pibid/pages/arquivos/5%20Edicao/06%20ARTIGO_%20SARA%20et%20al.pdf. Acesso em: 14 abr. 2022.

ZANCANARO, Antonio Frederico. A corrupção político-administrativa no Brasil. São Pau-

lo: Editora Acadêmica, 1994.

WERKEMA, Mauro. O VOTO, A ARMA DA CIDADANIA. 2020. Disponível em: <https://site.jornaloliberal.net/noticia/3521/o-voto-a-arma-da-cidadania>. Acesso em: 14 abr. 2022.

COMAD (São Paulo). Democracia Participativa. Disponível em: https://www.santos.sp.gov.br/static/files_www/conselhos/COMAD/2015-07-31_ata_comad_-_palestra_cabral_-_democracia_participativa.pdf. Acesso em: 14 abr. 2022.

A ADMINISTRAÇÃO DE CRISES NO CONTRATO DE CONCESSÃO: A INTERVENÇÃO COMO MEDIDA A SERVIÇO DA CONTINUIDADE

THE CRISIS MANAGEMENT IN THE CONCESSION CONTRACT: INTERVENTION AS A MEASURE IN SUPPORT OF CONTINUITY

RESUMO

O art. 32 da Lei Federal nº 8.987/1995 (Lei das Concessões) preconiza que o Poder Concedente poderá intervir nos Contratos de Concessões, ao fito de “assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes”. O presente artigo terá intuito primordial a reflexão sobre a intervenção nos contratos de concessão, definindo seus pressupostos legitimadores e seus limites. Enquanto objetivos específicos, delimitar-se-á, inicialmente, o instituto da intervenção nos Contratos de Concessão, descrevendo seus pressupostos básicos e elementares. Logo na sequência, buscar-se-á definir os limites de atuação do interventor, notadamente no campo da responsabilização pessoal e do Estado, ao objetivo de responder a seguinte pergunta de pesquisa: dada a incipiente discussão acerca da temática, qual o papel do interventor e as suas responsabilidades durante o período de intervenção? Para tanto, procede-se à metodologia de pesquisa bibliográfica e documental, sendo os dados obtidos tratados de forma qualitativa e dedutiva. Com efeito, foi possível concluir que há a responsabilidade do interventor, de natureza privada, e ela se dá dentro das premissas em que o direito autoriza a responsabilidade de administradores, tendo natureza subjetiva. E há também a responsabilidade do Poder Concedente, que responde pelos eventuais danos causados pela intervenção como ato jurídico externo ao contrato, de forma objetiva, com base nos pressupostos que regem a responsabilidade extracontratual do Estado.

The Article 32 of Federal Law No. 8,987/1995 (Concessions Law) advocates that the Granting Authority may intervene in Concession Contracts in order to “ensure the adequacy of service provision, as well as faithful compliance with contractual, regulatory, and relevant legal norms.” This article will primarily focus on reflecting on intervention in concession contracts, defining its legitimizing prerequisites and limits. Specific objectives include initially defining the concept of intervention in Concession Contracts, describing its basic and fundamental prerequisites. Subsequently, we will seek to establish the limits of the intervener’s actions, particularly in the realm of personal and state accountability, in order to address the following research question: given the limited discussion on this topic, what is the role of the intervener and their responsibilities during the intervention period? To achieve this, we will employ a methodology of bibliographical and documentary research, with the obtained data being qualitatively and deductively analyzed. As a result, it was possible to conclude that there is a private nature to the in-

intervener's responsibility, falling within the parameters that allow for the responsibility of administrators, having a subjective nature. Additionally, there is also the responsibility of the Granting Authority, which is accountable for any damages caused by the intervention as an external legal act to the contract, in an objective manner, based on the assumptions governing the extra-contractual liability of the state.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos de Concessão; Poder Concedente; Intervenção; Continuidade; Responsabilidade Interventor.

1. INTRODUÇÃO

No direito das concessões, a intervenção é medida colocada à disposição do Poder Concedente para assegurar a correta execução do contrato. Trata-se de instituto que assegura à Administração a prerrogativa de assumir provisoriamente a gestão do empreendimento, substituindo-se à concessionária. Nesse sentido, a sua nota essencial é a supressão temporária da autonomia empresarial do particular, que será dirigida por um interventor nomeado pelo Poder Concedente.

Na medida em que a intervenção implica a supressão, ainda que temporária, da capacidade de o concessionário organizar os fatores de produção da empresa ou contrato de que é titular, é necessário analisá-la de modo a encontrar os pressupostos que a legitimam, assim como seu regime jurídico. Definir os limites e possibilidades do instituto é fundamental para compreender para que afinal serve a intervenção.

Isso é especialmente relevante considerando que nos momentos de crise na execução dos contratos o que está em xeque é a própria continuidade do serviço delegado à gestão privada. Este é o bem jurídico a ser preservado. Dizendo de outro modo, é de interesse da coletividade preservar o contrato, pois ele se constitui em instrumento de satisfação de necessidades coletivas, caracterizadas pelo dever de continuidade:

“A medida justifica-se quando indispensável para assegurar a continuidade do serviço, sua normalidade ou o adequado cumprimento das obrigações assumidas pelo concessionário, por não existir outro meio hábil capaz de salvaguardar os aludidos interesses. Cessadas as causas que a determinaram, cessa a intervenção, mas dela resultar a decretação da prematura extinção da concessão”

O que se tem, em suma, é que a intervenção é instrumento que busca assegurar a continuidade de uma atividade de natureza pública cuja gestão foi delegada a um particular, isto é, a intervenção deve ser vista como um regime de administração de crise vocacionado à preservação do contrato, e não como uma espécie de medida sancionatória que precede a caducidade. Trata-se instrumento destinado a superar momentos de dificuldade, em caráter alternativo à declaração de caducidade, que é ainda mais traumática. A intervenção busca reordenar a execução contratual, comprometida pela má gestão do particular ou ainda por fatores externos que impedem que o contrato produza os efeitos esperados.

É por isto que a intervenção só se legitima quando evidenciado um estado de risco do contrato, não cabendo implementá-la no caso de o instrumento estar sendo executado adequadamente. Sem isto, o que há é desvio de poder, porque, não raro, “tem-se evidenciado (...) a tendência de utilizar-se da intervenção como alternativa para evitar a solução juridicamente adequada. (...) Nessas situações, o remédio jurídico adequado seria ou a modificação unilateral do contrato ou a encampação”.

Nesse sentido, definir o regime jurídico do instituto é essencial para que ele não se transforme em instrumento de agressão aos direitos dos concessionários.

Intervenção é medida excepcional e deve ser compreendida dentro da lógica do contrato de concessão. De modo algum ela pode ser vista como uma prerrogativa discricionária, ou ainda, justificada a partir de alegações genéricas de inadimplemento, despidas de qualquer lastro fático. Isso apenas contribui para a incerteza jurídica, tão nociva ao ambiente de negócios públicos brasileiro.

Daí ser necessário examinar esse instituto de maneira sistemática, de modo a compreender o seu sentido e alcance, evitando desvios de finalidades. Não raro há oposição política aos contratos de concessão, o que enseja ataques por parte dos governantes, que suscitam o descumprimento do contrato como meio oblíquo de contornar a encampação.

Diante desse cenário, o presente artigo objetiva refletir sobre a intervenção nos contratos de concessão, definindo seus pressupostos legitimadores e seus limites. Para tanto, serão tecidas considerações acerca da: (a) intervenção e seu regime legal; (b) a intervenção como técnica de preservação dos Contratos de Concessão de serviços públicos para a tutela do princípio da continuidade; (c) a responsabilidade do interventor e do Poder Concedente, bem como a duplicidade dos sistemas de responsabilização; (d) por fim, como considerações finais, descrever-se-ão os limites e as possibilidades da utilização da intervenção como técnica de administração de crises.

Será, para o fim de apresentar resposta à pergunta de pesquisa (qual o papel do interventor e as suas responsabilidades durante o período de intervenção?), empregada a modalidade de pesquisa bibliográfica e documental, sendo os dados coletados tratados de modo qualitativo e dedutivo.

2. INTERVENÇÃO E SEU REGIME LEGAL

O direito de o Poder Concedente intervir na concessão está previsto nos arts. 32 a 34 da Lei de Concessões (Lei nº 8.987/1995). O art. 32, assegura a prerrogativa de o Poder Concedente intervir na concessão para assegurar a prestação adequada dos serviços ou ainda o cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais.

Com efeito, é pressuposto da intervenção a crise do contrato colocando em risco os objetivos a ele subjacentes, seja por haver descumprimento contumaz das normas aplicáveis, seja porque o serviço não está sendo prestado de modo adequado. Em ambas as hipóteses, o que se têm é o fato de haver disfuncionalidade na prestação das atividades acometidas ao particular.

Esse estado de crise pode decorrer do inadimplemento das obrigações contratuais ou

legais por parte do concessionário ou ainda por um fator alheio à atuação do particular, mas que implique risco ao serviço . É esse estado de anormalidade que autoriza que haja a decretação da intervenção .

Importante destacar que o art. 32 não prevê culpa do concessionário para que seja decretada a intervenção. Exige, sim, risco objetivo ao contrato. Comumente, a crise na concessão deriva da má execução do contrato, todavia isso não inviabiliza intervenções em que não haja inadimplemento do particular . Nos casos em que a Administração tenha melhores condições para retomar a execução correta do contrato, nada impede que haja intervenções sem que tenha havido qualquer inadimplemento contratual .

Ressalve-se, contudo, que estas situações são ainda mais excepcionais, pois não basta a crise. Nesses casos, é necessário ainda que o particular não seja capaz de debelar esse estado de coisas, o que justifica a transferência temporária da gestão do contrato para o Poder Concedente.

Pelo até aqui exposto, já é possível perceber que a intervenção não tem caráter sancionatório . Não se trata de uma medida que se adota para punir o privado pela sua má gestão, mas medida que tem como objetivo assegurar a regular execução contratual. Tanto é que as sanções que podem ser aplicadas não têm relação direta com a intervenção, que nem sequer é listada como sanção na Lei das Concessões (vide art. 38).

É dizer, intervenção é medida *sui generis* que visa resgatar a normalidade do serviço, e não sancionar o seu descumprimento. De se notar, nesse sentido, que o que a legitima não é o inadimplemento do contrato, mas um estado de crise na prestação do serviço . Haveria assim, duas modalidades distintas: a intervenção sanção e a intervenção remédio , como a chamou o Ministro Moreira Alves .

Visto que a intervenção não é sanção, aquilo que a justifica é o estado de risco à correta execução do contrato. Daí porque só podem ser decretadas intervenções quando houver elementos concretos que demonstrem esse estado de anormalidade na execução contratual . Intervenção não é opção discricionária do Poder Concedente, mas medida de administração temporária destinada à retomada da normalidade contratual .

Na intervenção, a atuação privada é substituída por interventor designado pelo Estado, que passará a gerir o empreendimento buscando retomar a regularidade da execução contratual. Trata-se, pois, de medida complexa, que envolve juízo de ponderação pela Administração entre a preservação do vínculo existente (e a decretação da intervenção é meio para tanto) ou a sua extinção. Exige ainda que se demonstre a capacidade de o Estado estar apto, ao menos em tese, de neutralizar o risco evidenciado ou geri-lo de modo mais adequado que o particular. Em termos simples: para assumir o empreendimento, o Poder Concedente deve ter condições materiais de o fazer.

Do ponto de vista formal, a intervenção é materializada por Decreto , a ser expedido pela autoridade competente, sendo que neste ato devem ser indicados o interventor, o prazo da medida e seus objetivos e limites (parágrafo único do art. 32 da Lei de Concessões). Isso bem demonstra que a intervenção não tem natureza contratual . O Decreto não é uma ordem do Poder Concedente, na qualidade de quem dá execução ao contrato, mas ato de competência do Chefe do Executivo (que representa a titularidade jurídica do

serviço) que, avaliando a execução do contrato, e amparado em elementos objetivos, decide pelo afastamento temporário do particular da administração do empreendimento:

“Em princípio, a intervenção deve fazer-se por ato da autoridade de mais elevada hierarquia da estrutura do poder concedente. Quando as competências pertinentes forem mantidas na órbita da Administração direta, a competência será privativa do chefe do Poder Executivo. Se, porém, as prerrogativas de poder concedente forem atribuídas a uma entidade da Administração indireta (agência reguladora, por exemplo), a intervenção competirá à diretoria” .

A circunstância de haver um ato político (Decreto) que a declara mostra que a intervenção é atributo que decorre não do contrato, mas sim da capacidade de o Poder Concedente organizar o serviço (nesse ponto ela se assimila à encampação, que também é juízo político alheio ao contrato). Esse ponto é importante, porque a intervenção não depende do contrato, mas deriva, diretamente, de um ato de império a cargo da Administração.

Isso não significa que o contrato não pode criar regras novas para fins de intervenção. O contrato pode, e é bom que o faça, disciplinar as questões relativas ao procedimento e seus pressupostos, dando contornos mais claros à medida. Em qualquer caso, contudo, a fonte da competência para levar a efeito à intervenção é a lei, não o contrato. No caso de haver regras contratuais, elas refletem a decisão do Estado de autolimitar o modo pelo qual exercerá seu poder de império.

Nesse sentido, o direito de decretar a intervenção é conatural à titularidade do serviço. Como juridicamente a competência para prestar o serviço persiste sendo do Estado (apenas a gestão é delegada ao particular), ele detém a capacidade de sanear a execução contratual em caso de haver risco à regular prestação do serviço. Esse direito, contudo, como já foi visto, só pode ser exercido de modo legítimo caso haja um comprometimento da capacidade de o particular atender o interesse público subjacente ao contrato. Intervenção é medida excepcional e transitória, com objetivos bastante bem definidos.

Quanto ao conteúdo do Decreto, estabelece o mesmo dispositivo que ele deve fixar o objeto da medida, que é exatamente a delimitação da irregularidade a ser sanada e a definição dos poderes necessários a tanto . Definir isto de modo claro é fundamental, sob pena de não se definirem as competências a cargo do interventor (tornando impossível controlar sua atuação). O Decreto é que define qual é o limite da atuação do interventor e em que extensão ele atuará. Ele é a fonte dos poderes do interventor.

É preciso ter claro, ainda, que nada impede que a intervenção seja parcial, com a preservação em parte da capacidade de gestão do particular. A intervenção não precisa suspender por completo a administração privada, devendo incidir apenas sobre o que é necessário à retomada da normalidade do contrato. A hipótese, contudo, embora possível do ponto de vista teórico, é de difícil verificação, já que o estado de crise na execução do contrato costuma ser sistêmico, o que recomenda a assunção da gestão completa

do empreendimento.

No que toca ao prazo, uma vez decretada a intervenção, surge o dever de em até 30 (trinta) dias se instalar processo em que se discuta a efetiva presença dos seus requisitos autorizadores. Daí se conclui que a suspensão da administração privada do contrato assume caráter de medida de natureza cautelar. Em regra, trata-se medida urgente, pois o que está em risco é a própria capacidade de o contrato servir ao interesse público. Entre efetividade na tutela do direito coletivo à boa prestação do serviço e o devido processo legal, este é diferido.

Em outras palavras, a eficácia da intervenção precede a instalação do processo, até mesmo porque um de seus objetivos é assegurar a própria efetividade do processo administrativo que a ela se seguirá. Quebra-se assim a lógica processual ordinária, em que primeiro se efetiva o devido processo legal e, só aí, chega-se à conclusão sobre a questão de fundo. A intervenção ocorre de pronto, cabendo na sequência instalar processo em que se discutam os fatos que a amparam e o enquadramento jurídico de cada um deles. Nesse contexto, a intervenção obedece à lógica da medida prevista no art. 45 da Lei Federal nº 9.784/1996. Isso não significa, contudo, que o ato não deva ser motivado. Significa apenas que se pode tutelar a correta execução do contrato desde logo, postergando o devido processo legal. Nada obstante, em hipótese alguma deve se admitir que a expedição do Decreto se pautem em juízo puramente retórico, sem lastreamento fático. Ainda que unilaterais, os atos administrativos exigem seriedade quanto aos motivos de fato e direito.

O processo instalado para discutir a questão serve justamente para avaliar a existência dos pressupostos que legitimam a intervenção. No seu curso, caso não se evidencie a existência dos fundamentos de fato ou direito que a autorizam a medida, a intervenção deve ser encerrada, retornando o concessionário à sua posição originária (art. 33, § 1º). Não é preciso dizer que a intervenção é medida que exige seriedade por parte da Administração. Intervenções decretadas por motivos frívolos – i.e. sem motivo que as legitimem – são nulas, expondo a responsabilidade perante a concessionária os responsáveis pela medida ilegal.

Mais do que isso, o procedimento administrativo que busca aferir a existência dos motivos deve ser concluído em 180 (cento e oitenta) dias, sob pena de se declarar inválida a medida de afastamento praticada. Desse modo, a Lei contempla a existência de prazo próprio para verificar a efetiva legalidade da medida (art. 33, § 1º), que, por sua própria natureza, não admite ampliação, sendo direito subjetivo do concessionário ser reintegrado na gestão do serviço tão logo o tempo para conclusão do procedimento tenha se exaurido.

O prazo máximo de vigência da concessão em caráter cautelar é de 210 (duzentos e dez) dias corridos, considerando os 30 (trinta) dias para instalar o procedimento e os 180 (cento e oitenta) para concluí-lo. Embora a intervenção possa superar esse prazo, isto só será possível caso já se tenha concluído pela existência dos motivos que a autorizaram. Nesse caso, a intervenção durará até que haja motivos para seu encerramento.

Por sua vez, o art. 34 indica que, ao final da intervenção, caso não haja a extinção do

contrato, o concessionário retomará o seu papel de gestão. Ao interventor, caberá prestar contas da sua atuação, respondendo ele pelos atos praticados durante a gestão. Isso denota que a intervenção é uma espécie sui generis de gestão no interesse de terceiros. O interventor administra o empreendimento substituindo o particular. Ao final, deve prestar contas de seus atos, cabendo a partir dali ao concessionário assumir a gestão do empreendimento.

Como se nota, o regime do instituto é peculiar. O interventor atua em nome e por conta do concessionário, devendo prestar conta de seus atos. O faz, contudo, buscando retomar a normalidade da execução contratual. Isso denota a necessidade de haver delimitação clara do papel do interventor, para que não venha a haver questionamentos sobre as decisões tomadas no curso da sua atuação. Há potencial conflito entre os atos do interventor e o interesse dos controladores, sendo fundamental definir o limite de atuação daquele para evitar discussões acerca da legitimidade dos por ele praticados.

À luz de todo o exposto, resta claro que compreender a finalidade da intervenção é fundamental para definir qual é seu regime jurídico. Isso é especialmente relevante tendo em vista que as normas previstas em Lei se limitam a estabelecer o figurino mínimo aplicável ao instituto. Muitos pontos relevantes precisam ser objeto de complementação para tornar o procedimento efetivo.

Isso pode ser observado, por exemplo, no setor de energia elétrica, onde a generalidade da lei conduziu à edição de normas específicas sobre o procedimento. Hoje, a Lei nº 12.767/2012 disciplina a intervenção no setor elétrico, sendo ela bastante mais detalhada que a Lei de Concessões. Seja como for, nada impede que as omissões legais sejam supridas por outros instrumentos, como o contrato, as normas de regulação setorial ou o próprio Decreto de intervenção. Examinado brevemente o regime legal da intervenção, pode-se passar a análise dos aspectos centrais para a compreensão do tema.

3. INTERVENÇÃO COMO TÉCNICA DE PRESERVAÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS (A TUTELA DO PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE)

Como visto, as notas essenciais do regime de intervenção a caracterizam como um regime de administração temporária do contrato, por meio do qual o Poder Concedente, com vistas a assegurar o bom cumprimento das obrigações inerentes ao serviço adequado, assume a gestão do empreendimento até que cesse o estado de risco contratual.

Ao contrário dos contratos administrativos ordinários, cujo objeto é a prestação de um bem, serviço, ou a realização de obras em favor da Administração, nos contratos de concessão o que se tem é um instrumento de satisfação mediata ou imediata de interesses dos administrados. Contratos de concessão são, antes qualquer coisa, instrumentos de transferência de responsabilidades estatais para iniciativa privada, a quem incumbe satisfazer necessidades coletivas. Mais que um simples contrato, a concessão é um modo de explorar atividades materialmente públicas, afinal só se concede aquilo que se é titular.

Lembrar disto é importante para que se tenha claro que o procedimento de intervenção

tem razão de ser exatamente neste tipo de contrato. Sua previsão se justifica porque neles é fundamental buscar ao máximo a preservação do vínculo, pois ele é instrumento de satisfação de demandas da coletividade, de responsabilidade do Estado. A justificativa para a intervenção, nesse sentido, é a necessidade de preservação da prestação do serviço público concedido. Eis o núcleo duro da ideia de continuidade, afinal, proteger o contrato é assegurar que os benefícios dele esperados sejam efetivados.

Concessões são relações que transcendem o vínculo contratual celebrado, projetando efeitos sobre a coletividade. Nessa acepção que dizemos que contratos de concessão são instrumentos de concretização de interesses coletivos. Em especial, na exata medida em que o contrato se executa por conta e risco do particular, diversos elementos necessários à prestação do serviço dependem do concessionário, especialmente no que se refere ao financiamento e custeio do empreendimento. O concessionário não é apenas um contratado da Administração, mas um particular que colabora diretamente para efetivação de tarefas públicas.

Portanto, se nas relações contratuais ordinárias da Administração não faz sentido cogitar desse regime de administração temporária, nas concessões é fundamental que o Estado atue com vistas a preservar o instrumento contratual, pois ele se destina à satisfação de uma responsabilidade que, em última instância, é estatal. Nos contratos administrativos ordinários, o inadimplemento substancial é tratado – a rigor – diretamente a partir do sistema de sanções (em especial, a rescisão unilateral), não havendo, a princípio, intervenção direta da Administração para sanear a execução contratual.

Nas concessões é diferente. Nelas, há a possibilidade de uma etapa destinada ao saneamento do estado de crise. E isso faz todo sentido, já que a extinção anômala de contratos de concessão é medida traumática. Tanto é assim que se instituiu o regime de relicitação, precisamente, como meio de estruturar uma espécie de administração de crise até que seja possível a extinção do contrato, sem que haja solução de continuidade.

Extinguir contratos de concessão traz turbulências graves para a prestação do serviço. Declarar juridicamente extinto o vínculo não é o problema; o problema é conviver com o dayafter, em que alguém deverá se ocupar de atender às necessidades coletivas subjacentes ao contrato. Esse é o verdadeiro desafio nos procedimentos de intervenção.

Nesse contexto, a intervenção instala um regime de suspensão da administração do contrato, voltado, precisamente ao saneamento da relação. Por isso, se viável, ela deve ter precedência em relação à caducidade, até mesmo porque a extinção do vínculo é ainda mais traumática que a instalação de um regime de administração direta do contrato por representante do Poder Concedente.

Entender a intervenção como instituto voltado à preservação do contrato é fundamental para compreendê-lo. Definir o que deve ser feito pelo interventor, até onde ele pode ir, qual a natureza da sua responsabilidade etc.: tudo isto se explica a partir da percepção de que a intervenção é um regime de administração de crise do contrato.

Note-se que o Estado, por meio de um interventor, assume o direito de organizar os fatores necessários à gestão do empreendimento, perseguindo o objetivo de regularizar a situação de inadimplemento que autorizou a intervenção. Daí que o interventor é inves-

tido nos poderes necessários a dirigir a execução do contrato; o que lhe é assegurado é o direito de gerir o empreendimento, assumindo o controle dos ativos necessários a tanto. No exercício desse múnus, compete ao interventor tomar as decisões necessárias à administração do empreendimento, substituindo-se ao privado, que – pelo período em que persistir a medida – será despido da prerrogativa de gerir o serviço. Nesses casos, o direito de propriedade do particular cede em prol da afetação da atividade à satisfação de interesses públicos. A incapacidade de produzir os benefícios contratuais esperados é suficiente para justificar o seu afastamento da gestão do empreendimento. Mas isso não isenta a responsabilidade, do interventor e da Administração, de reparar eventuais danos causados a direitos dos concessionários. Aquele que administra bens de terceiros, responde pelos eventuais danos a que vier a dar causa.

Até mesmo para viabilizar essa responsabilização, conteúdo essencial do Decreto que declara a intervenção é a definição dos poderes do interventor: quais medidas ele pode tomar com o objetivo de fazer retornar o estado de normalidade do contrato? Se é bem verdade que, uma vez nomeado, o interventor poderá definir os rumos do empreendimento, adotando as medidas de saneamento necessárias, também é verdade que seus poderes não são ilimitados, sendo necessário que sua atuação durante a intervenção seja compatível com os poderes a ele atribuídos no Decreto. Inclusive, tal como será explicado abaixo, a transferência do ativo para outro particular, capaz de garantir a satisfação dos objetivos do contrato, é medida à disposição do interventor.

A técnica, aliás, não configura novidade em nosso Direito. Pense-se por exemplo na intervenção que o Banco Central pode implementar em instituições financeiras. Já houve no Brasil situações em que, diante da crise de liquidez das instituições financeiras, a solução foi a alienação de ativos a outras instituições financeiras, de modo a garantir a saúde do sistema bancário, evitando riscos sistêmicos.

4. RESPONSABILIDADE DO INTERVENTOR E DO PODER CONCEDENTE: DUPLICIDADE DE SISTEMAS DE RESPONSABILIZAÇÃO

Como visto, a intervenção é procedimento que suspende temporariamente a capacidade de o concessionário gerir a atividade a ele delegada. Durante o período em que a medida vigorar, quem organizará a atividade é o interventor. É assim porque a posição do particular no contrato de prestação de serviços públicos é funcionalizada. As decisões particulares são legítimas se e quando capazes de dar boa execução ao contrato. Verificando-se a incapacidade de o particular atender aos objetivos subjacentes à concessão, o Poder Concedente tem a prerrogativa de afastar o particular da gestão do contrato, passando a tomar as decisões necessárias à tutela dos interesses coletivos de que é titular.

A atividade delegada é materialmente pública e assim persiste sendo mesmo quando concedida. O que se transfere é a gestão da atividade, não sua titularidade – a concessão não é uma forma de privatização substancial.

Nesse cenário, dado que a intervenção implica o afastamento do particular e a atribuição da gestão do empreendimento a um terceiro, surge a questão fundamental de definir o

regime de responsabilidades inerente ao instituto. Isso se trata de tema complexo, uma vez que nas intervenções há sistemas de responsabilização distintos. Para compreender a questão é necessário ter claro que o interventor responde a partir de certas premissas que são distintas das aplicáveis ao Poder Concedente, conforme detalhado abaixo.

4.1 NATUREZA JURÍDICA DO PAPEL DO INTERVENTOR

No procedimento de intervenção, o interventor atua substituindo a vontade do concessionário na execução da concessão. Ele age gerindo bens e interesses de terceiros, administrando patrimônio alheio; e o faz perseguindo interesses que não são necessariamente os do concessionário, e até podem ser antagônicos a estes. Sua atuação se dá buscando regularizar o estado de crise contratual. Essa é a medida da legitimidade da sua conduta.

Como se percebe, o que se implementa na intervenção é uma espécie peculiar de administração de interesse de terceiros, instaurada por ato unilateral do Poder Concedente. Uma vez que seja implementada a transferência de competência para o interventor, opera-se a suspensão dos direitos de controle do concessionário. O Decreto é título autônomo para atribuição dos poderes de gestão. Ele tem por efeito não apenas implementar a investidura do interventor nos poderes de gestão, mas também suspender o controle do concessionário.

Com efeito, como está administrando bens privados (ou públicos sob gestão particular), o interventor tem o dever de prestar contas, assim como responder pelos prejuízos que suas decisões venham a causar (cf. art. 28 do Decreto Lei nº 4.657/1942). Isto é, embora a intervenção afaste o concessionário da gestão do empreendimento, ela não implica por si só qualquer sacrifício dos direitos que emergem do contrato em favor do concessionário (lembre-se, não se trata de sanção). Os direitos contratuais persistem íntegros. Por isto que o interventor tem o dever pessoal de prestar contas e responder pelos danos que causar, tal como todo aquele que administra interesses que não são seus.

Ademais, é fundamental perceber aqui que o interventor não é preposto do Poder Concedente. Ele não é uma longa manus da Administração como poderia se pensar, mas alguém capaz de tomar as decisões de modo autônomo. E isso decorre do próprio regime legal da intervenção. Nos termos da Lei, quem gere o empreendimento é o interventor, e não o Poder Concedente. A Lei imputa ao interventor a responsabilidade pessoal pelas decisões que toma, o que demonstra que ele age de modo autônomo.

Dito de outro modo: o Poder Concedente atua por intermédio do interventor, que é designado para fins de cumprir o múnus que lhe é assinalado pelo Decreto. Embora nomeado pela Administração, o interventor atua de modo independente (em nome próprio), a ele se imputando os deveres de boa administração que se colocam a qualquer administrador de interesses de terceiros. Se o interventor fosse mero representante do Estado, caberia ao Poder Concedente responder pelos danos causados, à luz do art. 37, §6º da Constituição Federal.

A responsabilidade pela gestão do empreendimento é do interventor, precisamente, porque compete a ele administrar o contrato, decidindo de acordo com o seu juízo acerca da questão. O sistema de responsabilização previsto é a melhor demonstração de que o interventor age em nome próprio, e não como representante do Estado. Se assim fosse, por força da teoria do órgão, a responsabilidade seria do ente público.

Inclusive, o interventor deve negar cumprimento a determinações que agridam o contrato. Seu dever é garantir a regularização do contrato, e não perseguir os interesses do particular ou da Administração. Até por isso, importante ponderar se o interventor pode ser substituído livremente pela Administração. O primeiro impulso é responder positivamente, afinal, se o Poder Concedente pode nomear livremente, pode exonerar livremente. Contudo, uma reflexão mais apurada afasta essa impressão. O interventor é nomeado pelo prazo da intervenção e isso predica que durante esse prazo ele tem direito de exercer seu múnus; seu afastamento exige fundamentação idônea no sentido de que o interventor está agindo de maneira irregular.

Enfim, uma primeira premissa que precisa ser assentada é que o interventor é administrador nomeado pelo Estado cuja atuação se destina a sanear os vícios que impedem o correto desenvolvimento da concessão. A natureza do seu vínculo é de administrador de bens de terceiros; ele atua gerindo o patrimônio da concessionária, sujeitando-se ao dever de reparar os danos a que der causa. Ele não é e não deve ser tratado como um mero proposto do Estado.

Quanto à atuação do interventor, os limites dos poderes assumidos são os definidos pelo Decreto. Como a Lei fala que o Decreto deve trazer os “limites da intervenção”, percebe-se que pode haver diferentes intensidades no que se refere à medida.

Admitem-se, ainda que em tese, intervenções pontuais, desde que haja uma relação de causa e efeito entre a atuação do interventor e a correção de uma irregularidade que está impedindo o efetivo cumprimento do contrato. No limite, em caso de grave crise, todos os poderes inerentes à direção do empreendimento podem ser transferidos para o interventor. Essa, aliás, é a regra, pois é difícil compatibilizar a separação de atribuições entre interventor e concessionário quando instalado o estado de crise.

Em qualquer caso, a atuação do interventor será legítima desde que ele atue para fins de retomar a normalidade contratual. E isso implica que ele pode tomar decisões que em princípio foram refutadas pelo concessionário; essa é a medida a ser adotada para a avaliação de eventual (ir)regularidade da atuação do interventor. Há, ademais, potencial desalinhamento entre as ações do interventor e aquelas que seriam tomadas pelo concessionário, mas isso, por si só, não justifica a sua responsabilização.

4.2 A RESPONSABILIDADE DO INTERVENTOR É SUBJETIVA E LIMITADA À SUA CONDIÇÃO DE ADMINISTRADOR

Delineada qual a posição jurídica do interventor, pode se enfrentar o tema da natureza da sua responsabilidade. Eis aqui um dos pontos sensíveis da intervenção. Na medida em que o interventor responde pelos danos que causar, é necessário definir quais os pressupostos dessa responsabilização. Isto porque tornar a atuação do interventor inse-

gura do ponto de vista jurídico depõe contra a efetividade do sistema de administração de crise do contrato.

Assentado que o interventor não é agente público, percebe-se que sua responsabilidade é de natureza privada. Ele responderá pessoalmente quando suas decisões forem além das prerrogativas a ele transferidas ou quando houver negligência, imprudência ou imperícia. O sistema a ele aplicável é o de responsabilidade do gestor privado. Para além disso, o interventor não pode ser imputado por eventuais prejuízos da companhia. Aplica-se aqui o regime ordinário de responsabilização dos administradores perante a sociedade. O excesso no exercício das atribuições ou a culpa grave são os pressupostos da responsabilização do interventor. Embora não tenha sido atribuído um mandato ao interventor, ele recebe poderes de administração decorrentes do Decreto. Enquanto sua atuação se contiver dentro das competências que ele recebeu, não há que se falar em responsabilização, ainda que seus atos vão em sentido oposto ao que seria o interesse do concessionário. Como dito: o administrador age como um gestor de crise, e não para proteger o concessionário ou mesmo o Poder Concedente.

A ele compete a prerrogativa de tomar as decisões necessárias e suficientes ao saneamento do contrato, não podendo ser responsabilizado pessoalmente por todo e qualquer prejuízo que venha a causar, mas tão somente nos casos em que sua atuação seja equivalente à do mau administrador. Ou seja, não basta que haja prejuízo para o concessionário, é necessário demonstrar o pressuposto subjetivo para que o interventor seja responsabilizado por suas decisões, porque “é claro que a responsabilidade do Estado é mais ampla que a do interventor. Esse responderá segundo os princípios comuns da responsabilidade civil subjetiva. Já o Estado se sujeita ao regime da responsabilidade civil objetiva” .

Este regime é fundamental para que a intervenção possa ser viável. Caso houvesse responsabilidade objetiva do interventor, o exercício desse múnus seria tão arriscado que dificilmente alguém se disporia a exercê-lo de maneira séria. O xis da questão é que sempre haverá potencial descompasso entre a vontade do interventor e a do concessionário e isso não pode, por si só, ser tomado como pressuposto para responsabilização. Com efeito, o limite da responsabilização do interventor é ele ter causado prejuízos ao concessionário decorrente de abuso no exercício das suas funções ou de culpa grave/ erro grosseiro . Não basta para a responsabilização que ele tenha contrariado os interesses do concessionário. Agindo dentro dos limites do Decreto e de maneira diligente, o interventor não poderá ser responsabilizado pessoalmente, pois ele está dando execução correta ao Decreto de intervenção, que afastou o concessionário da execução do contrato precisamente para debelar um estado de crise.

A solução para eventuais danos causados pela intervenção, especialmente caso se considerem inexistentes os pressupostos da intervenção, é outra que não a responsabilidade pessoal do interventor. Caso haja danos decorrentes da intervenção que não podem ser atribuídos ao interventor, é o Poder Concedente que responde objetivamente por eles.

4.3 RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PODER CONCEDENTE

Há como dito acima, dois sistemas de responsabilização no que se refere à intervenção. Há a responsabilidade do interventor, de natureza privada. Ela se dá dentro das premissas em que nosso direito autoriza a responsabilidade de administradores, tendo natureza subjetiva. E há também a responsabilidade do Poder Concedente, que responde pelos eventuais danos causados pela intervenção como ato jurídico externo ao contrato. Ela se dá objetivamente, com base nos pressupostos que regem a responsabilidade extracontratual do Estado.

Como a intervenção é ato alheio ao contrato, derivado de um poder que a Administração detém de assumir transitoriamente a gestão da concessão, impõe-se aqui a responsabilização objetiva no caso de haver prejuízos causados por desvios na sua implementação. Havendo dano causado ao particular, ele deve ser indenizado, notadamente nos casos em que a intervenção não tem por motivo inadimplemento do concessionário. Os pressupostos aplicáveis aqui são os da responsabilização extracontratual, tal como ela é prevista na Constituição.

Isto é assim porque a intervenção não é sanção e não deriva do contrato. É sim uma técnica de gestão de crise. Ela, por si só, não pode justificar qualquer prejuízo ao particular. A intervenção per se não elimina qualquer direito do concessionário emergente do contrato, salvo – por tempo determinado – o direito de gerir o empreendimento. Qualquer lesão a interesse patrimonial legítimo do concessionário deve ser reparada; e isso corre à conta do Poder Concedente.

Em suma: caso a intervenção venha a causar prejuízos ao patrimônio do concessionário, o Estado deve responder por eles. Isso porque, do contrário, admitir-se-ia que a atuação estatal fundada no interesse público causasse danos ao patrimônio privado que não seriam reparados. Aqui pode-se fazer analogia com a requisição, em que o Estado se serve de bens particulares para atender objetivos públicos, obrigando-se, contudo, a indenizar eventuais prejuízos decorrentes da sua utilização.

Disso decorre que ao lado do sistema privado de responsabilidade do interventor, persiste íntegro o sistema geral de responsabilidade do Estado. Se houver danos causados ao patrimônio do concessionário pela intervenção eles devem ser indenizados. Como a intervenção não é sanção ela não pode, por si só, ser fonte de agravos econômicos ao particular.

Claro que para isso ocorrer é necessário demonstrar que há nexos entre a intervenção e os danos. Eis o xis da questão. A intervenção pressupõe crise, o que por si só pode causar prejuízos ao particular. Logo, o ponto central da responsabilização objetiva é o nexo. Deve se comprovar que os danos que o particular suporta não decorrem da crise da concessão, mas sim da intervenção em si.

Confundir os sistemas de responsabilidade é fonte de inseguranças que depõem contra a efetividade do instituto da intervenção, por agravar de modo indevido os riscos que se impõem ao interventor. O interventor, na condição de administrador temporário da empresa, não responde de forma objetiva. Por outro lado, mesmo nos casos em que o dano não pode ser imputado ao interventor, não há como se admitir prejuízos ao particular. Naquilo que escapa à responsabilidade do interventor, cabe ao Estado indenizar, e sua

responsabilidade é objetiva.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS: LIMITES E POSSIBILIDADES DA INTERVENÇÃO COMO TÉCNICA DE ADMINISTRAÇÃO DE CRISE: A POSSIBILIDADE DA PRÁTICA DE ATOS DE ALIENAÇÃO E REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA

Como visto, a intervenção é medida cujo objetivo primário é a preservação do contrato. A manutenção dos contratos de concessão em boas condições interessa à coletividade, pois é por meio deles que se materializam funções públicas. O concessionário (e a gestão que ele faz da atividade) tem sua atuação funcionalizada. O espaço de autonomia concedido a ele é protegido, desde que sua atuação seja capaz de implementar os benefícios esperados.

Logo, embora o concessionário tenha o direito de organizar a prestação do serviço, este direito cede lugar à atuação do interventor caso o concessionário não tenha condições de executar o contrato. Como anotado acima, a tutela da continuidade na prestação dos serviços implica o dever de proteção desses contratos.

Tais contratos vão além do simples vínculo jurídico que se forma entre os contratantes; eles são instrumentos de satisfação de interesses coletivos. Antes de serem contratos, são vias de materialização de atividades públicas. A concessão é uma técnica de organização da prestação das tarefas estatais. E é por isso que nesses contratos prevê-se a possibilidade de um regime próprio para a administração de crises, que não existe nos vínculos ordinários com a Administração Pública.

A intervenção não é um simples “poder” inerente à condição do Estado de titular do serviço público; ela é um instrumento que serve à preservação do próprio contrato. O estado intervém não porque é titular da atividade, mas sim porque a atividade gera benefícios públicos.

O ponto relevante aqui é perceber que o interventor tem por missão institucional assegurar a capacidade de o contrato produzir os resultados previstos. E ele atua quando já se instalou uma crise na execução dos serviços. A questão é definir até que ponto o interventor pode atuar. Ele apenas gerencia o contrato ou a ele é dado o poder de adotar as medidas previstas em lei que visam à substituição do próprio concessionário? A resposta à questão é que compete ao interventor adotar todas as medidas necessárias à preservação do contrato, inclusive, as que possam implicar a transferência do contrato a outro particular que demonstre a capacidade de bem executar a atividade de maneira adequada.

Para debelar a crise, o interventor pode adotar todas as medidas cabíveis para tentar preservar o contrato. Isso significa que a ele não são concedidos apenas os poderes ordinários de gestão, ele poderá dispor do ativo de modo a tentar preservar o contrato. Do ponto de vista objetivo, isso implica o poder de buscar alienar o empreendimento a outro particular, que seja capaz de preservar o contrato. Outra medida cabível, é buscar implementar as regras relativas à relicitação, buscando um regime de administração da transferência.

A intervenção transfere ao interventor as atribuições necessárias a assegurar a retoma-

da da normalidade contratual. Nada na Lei impede que para tanto ele se valha das técnicas de gestão de crise previstas para buscar a transferência da atividade para outro prestador de serviços. Nos limites da intervenção, a pessoa designada pelo Decreto atua como se fosse titular do ativo, podendo dele dispor. Daí ser desnecessária uma habilitação específica em lei que preveja essa possibilidade, pois ela decorre dos efeitos naturais da intervenção.

Para tanto, contudo, o Decreto que fixa os limites e atribuições do interventor deve prever essa possibilidade, pois o art. 32, par. ún., da Lei nº 8.987/1999, exige que se fixem os objetivos e limites da intervenção. Se conferidos poderes dessa ordem ao interventor ele poderá adotar as medidas necessárias à transferência da concessão, seja pelas vias negociais ordinárias, seja requerendo a implementação do regime da relicitação.

E nos termos defendidos acima, caso haja danos ao particular, em caso de abuso de qualquer natureza ou mesmo discussão acerca do valor do negócio em caso de alienação, quem responderá por isso é a Administração. Daí a importância em analisar o duplo regime de responsabilização subjacente à intervenção. Como defendido acima, o interventor responde apenas sob a lógica do direito privado, como qualquer administrador. Em suma, não se devem suprimir do interventor as opções necessárias à retomada da normalidade. Em um ambiente em que as transferências de ativo ou a implementação de um regime de substituição administrado pelo próprio Estado são opções válidas, como se dá com as concessões, tais medidas são imprescindíveis aos objetivos da intervenção.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Eurico de Andrade e DE ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei. Concessão de Serviços Públicos: Comentários às Leis 8.987 e 9.074. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

BINENBOJM, Gustavo. CYRINO, André. O art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 203, nov. 2018.

BRASIL, Constituição da República (1989). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL, Lei da Intervenção e Liquidação Extrajudicial de Instituições Financeiras (1974). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6024.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%206.024%2C%20DE%2013,financeiras%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAsncias.

BRASIL, Lei das Concessões e Permissões da Prestação de Serviços Públicos (1995). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987compilada.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.987%2C%20DE%2013%20DE%20FEVEREIRO%20DE%201995.&text=-

Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20regime%20de,Federal%2C%20e%20d%C3%A1%20ou-
tras%20provid%C3%AAsncias.

BRASIL, Lei da Extinção das Concessões de Serviço Público de Energia Elétrica e a Prestação Temporária do Serviço (2012). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12767.htm.

BRASIL, Lei das Parcerias Público Privadas (2004). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm.

BRASIL, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (1942). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm.

BRASIL, Lei de Licitações e Contratos Administrativos (1993). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm.

BRASIL, Lei de Licitações e Contratos Administrativos (2021). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm.

BRASIL, Lei do Processo Administrativo (1999). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 31ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias da Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. Concessões de Serviço Público (Comentários às Leis nos 8.987 e 9.074, de 1995), São Paulo: Dialética, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003.

LAUBADÈRE, André de. Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs, t. II, Paris: LGDJ, 1956.

LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Tradução de Alfredo Gallego Anabitart e. 2. ed. 3. reimp. Barcelona: Ariel, 1983.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 29ª ed, São Paulo: Malheiros, 2004.

MORAES, Antão de. Concessão de serviço público - Intervenção do poder concedente - Greve. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 62, p. 315–326, 1960. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/21176>.

MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das concessões de serviço público: (concessões, parcerias, permissões e autorizações). 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

MOREIRA, Egon Bockmann. Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei nº 9.784/1999 (com especial atenção à LINDB). 6ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2022.

RIBEIRO, Maurício Portugal. Concessões e PPPs – Melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS nº 20.900. Rel. Min. Moreira Alves. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1482947>

A ADMINISTRAÇÃO DE CRISES NO CONTRATO DE CONCESSÃO: A INTERVENÇÃO COMO MEDIDA A SERVIÇO DA CONTINUIDADE

THE CRISIS MANAGEMENT IN THE CONCESSION CONTRACT: INTERVENTION AS A MEASURE IN SUPPORT OF CONTINUITY

RESUMO

O art. 32 da Lei Federal nº 8.987/1995 (Lei das Concessões) preconiza que o Poder Concedente poderá intervir nos Contratos de Concessões, ao fito de “assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes”. O presente artigo terá intuito primordial a reflexão sobre a intervenção nos contratos de concessão, definindo seus pressupostos legitimadores e seus limites. Enquanto objetivos específicos, delimitar-se-á, inicialmente, o instituto da intervenção nos Contratos de Concessão, descrevendo seus pressupostos básicos e elementares. Logo na sequência, buscar-se-á definir os limites de atuação do interventor, notadamente no campo da responsabilização pessoal e do Estado, ao objetivo de responder a seguinte pergunta de pesquisa: dada a incipiente discussão acerca da temática, qual o papel do interventor e as suas responsabilidades durante o período de intervenção? Para tanto, procede-se à metodologia de pesquisa bibliográfica e documental, sendo os dados obtidos tratados de forma qualitativa e dedutiva. Com efeito, foi possível concluir que há a responsabilidade do interventor, de natureza privada, e ela se dá dentro das premissas em que o direito autoriza a responsabilidade de administradores, tendo natureza subjetiva. E há também a responsabilidade do Poder Concedente, que responde pelos eventuais danos causados pela intervenção como ato jurídico externo ao contrato, de forma objetiva, com base nos pressupostos que regem a responsabilidade extracontratual do Estado.

The Article 32 of Federal Law No. 8,987/1995 (Concessions Law) advocates that the Granting Authority may intervene in Concession Contracts in order to “ensure the adequacy of service provision, as well as faithful compliance with contractual, regulatory, and relevant legal norms.” This article will primarily focus on reflecting on intervention in concession contracts, defining its legitimizing prerequisites and limits. Specific objectives include initially defining the concept of intervention in Concession Contracts, describing its basic and fundamental prerequisites. Subsequently, we will seek to establish the limits of the intervener’s actions, particularly in the realm of personal and state accountability, in order to address the following research question: given the limited discussion on this topic, what is the role of the intervener and their responsibilities during the intervention period? To achieve this, we will employ a methodology of bibliographical and documentary research, with the obtained data being qualitatively and deductively analyzed. As a result, it was possible to conclude that there is a private nature to the in-

intervener's responsibility, falling within the parameters that allow for the responsibility of administrators, having a subjective nature. Additionally, there is also the responsibility of the Granting Authority, which is accountable for any damages caused by the intervention as an external legal act to the contract, in an objective manner, based on the assumptions governing the extra-contractual liability of the state.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos de Concessão; Poder Concedente; Intervenção; Continuidade; Responsabilidade Interventor.

1. INTRODUÇÃO

No direito das concessões, a intervenção é medida colocada à disposição do Poder Concedente para assegurar a correta execução do contrato. Trata-se de instituto que assegura à Administração a prerrogativa de assumir provisoriamente a gestão do empreendimento, substituindo-se à concessionária. Nesse sentido, a sua nota essencial é a supressão temporária da autonomia empresarial do particular, que será dirigida por um interventor nomeado pelo Poder Concedente.

Na medida em que a intervenção implica a supressão, ainda que temporária, da capacidade de o concessionário organizar os fatores de produção da empresa ou contrato de que é titular, é necessário analisá-la de modo a encontrar os pressupostos que a legitimam, assim como seu regime jurídico. Definir os limites e possibilidades do instituto é fundamental para compreender para que afinal serve a intervenção.

Isso é especialmente relevante considerando que nos momentos de crise na execução dos contratos o que está em xeque é a própria continuidade do serviço delegado à gestão privada. Este é o bem jurídico a ser preservado. Dizendo de outro modo, é de interesse da coletividade preservar o contrato, pois ele se constitui em instrumento de satisfação de necessidades coletivas, caracterizadas pelo dever de continuidade:

“A medida justifica-se quando indispensável para assegurar a continuidade do serviço, sua normalidade ou o adequado cumprimento das obrigações assumidas pelo concessionário, por não existir outro meio hábil capaz de salvaguardar os aludidos interesses. Cessadas as causas que a determinaram, cessa a intervenção, mas dela resultar a decretação da prematura extinção da concessão”

O que se tem, em suma, é que a intervenção é instrumento que busca assegurar a continuidade de uma atividade de natureza pública cuja gestão foi delegada a um particular, isto é, a intervenção deve ser vista como um regime de administração de crise vocacionado à preservação do contrato, e não como uma espécie de medida sancionatória que precede a caducidade. Trata-se instrumento destinado a superar momentos de dificuldade, em caráter alternativo à declaração de caducidade, que é ainda mais traumática. A intervenção busca reordenar a execução contratual, comprometida pela má gestão do particular ou ainda por fatores externos que impedem que o contrato produza os efeitos esperados.

É por isto que a intervenção só se legitima quando evidenciado um estado de risco do contrato, não cabendo implementá-la no caso de o instrumento estar sendo executado adequadamente. Sem isto, o que há é desvio de poder, porque, não raro, “tem-se evidenciado (...) a tendência de utilizar-se da intervenção como alternativa para evitar a solução juridicamente adequada. (...) Nessas situações, o remédio jurídico adequado seria ou a modificação unilateral do contrato ou a encampação”.

Nesse sentido, definir o regime jurídico do instituto é essencial para que ele não se transforme em instrumento de agressão aos direitos dos concessionários.

Intervenção é medida excepcional e deve ser compreendida dentro da lógica do contrato de concessão. De modo algum ela pode ser vista como uma prerrogativa discricionária, ou ainda, justificada a partir de alegações genéricas de inadimplemento, despidas de qualquer lastro fático. Isso apenas contribui para a incerteza jurídica, tão nociva ao ambiente de negócios públicos brasileiro.

Daí ser necessário examinar esse instituto de maneira sistemática, de modo a compreender o seu sentido e alcance, evitando desvios de finalidades. Não raro há oposição política aos contratos de concessão, o que enseja ataques por parte dos governantes, que suscitam o descumprimento do contrato como meio oblíquo de contornar a encampação.

Diante desse cenário, o presente artigo objetiva refletir sobre a intervenção nos contratos de concessão, definindo seus pressupostos legitimadores e seus limites. Para tanto, serão tecidas considerações acerca da: (a) intervenção e seu regime legal; (b) a intervenção como técnica de preservação dos Contratos de Concessão de serviços públicos para a tutela do princípio da continuidade; (c) a responsabilidade do interventor e do Poder Concedente, bem como a duplicidade dos sistemas de responsabilização; (d) por fim, como considerações finais, descrever-se-ão os limites e as possibilidades da utilização da intervenção como técnica de administração de crises.

Será, para o fim de apresentar resposta à pergunta de pesquisa (qual o papel do interventor e as suas responsabilidades durante o período de intervenção?), empregada a modalidade de pesquisa bibliográfica e documental, sendo os dados coletados tratados de modo qualitativo e dedutivo.

2. INTERVENÇÃO E SEU REGIME LEGAL

O direito de o Poder Concedente intervir na concessão está previsto nos arts. 32 a 34 da Lei de Concessões (Lei nº 8.987/1995). O art. 32, assegura a prerrogativa de o Poder Concedente intervir na concessão para assegurar a prestação adequada dos serviços ou ainda o cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais.

Com efeito, é pressuposto da intervenção a crise do contrato colocando em risco os objetivos a ele subjacentes, seja por haver descumprimento contumaz das normas aplicáveis, seja porque o serviço não está sendo prestado de modo adequado. Em ambas as hipóteses, o que se têm é o fato de haver disfuncionalidade na prestação das atividades acometidas ao particular.

Esse estado de crise pode decorrer do inadimplemento das obrigações contratuais ou

legais por parte do concessionário ou ainda por um fator alheio à atuação do particular, mas que implique risco ao serviço . É esse estado de anormalidade que autoriza que haja a decretação da intervenção .

Importante destacar que o art. 32 não prevê culpa do concessionário para que seja decretada a intervenção. Exige, sim, risco objetivo ao contrato. Comumente, a crise na concessão deriva da má execução do contrato, todavia isso não inviabiliza intervenções em que não haja inadimplemento do particular . Nos casos em que a Administração tenha melhores condições para retomar a execução correta do contrato, nada impede que haja intervenções sem que tenha havido qualquer inadimplemento contratual .

Ressalve-se, contudo, que estas situações são ainda mais excepcionais, pois não basta a crise. Nesses casos, é necessário ainda que o particular não seja capaz de debelar esse estado de coisas, o que justifica a transferência temporária da gestão do contrato para o Poder Concedente.

Pelo até aqui exposto, já é possível perceber que a intervenção não tem caráter sancionatório . Não se trata de uma medida que se adota para punir o privado pela sua má gestão, mas medida que tem como objetivo assegurar a regular execução contratual. Tanto é que as sanções que podem ser aplicadas não têm relação direta com a intervenção, que nem sequer é listada como sanção na Lei das Concessões (vide art. 38).

É dizer, intervenção é medida *sui generis* que visa resgatar a normalidade do serviço, e não sancionar o seu descumprimento. De se notar, nesse sentido, que o que a legitima não é o inadimplemento do contrato, mas um estado de crise na prestação do serviço . Haveria assim, duas modalidades distintas: a intervenção sanção e a intervenção remédio , como a chamou o Ministro Moreira Alves .

Visto que a intervenção não é sanção, aquilo que a justifica é o estado de risco à correta execução do contrato. Daí porque só podem ser decretadas intervenções quando houver elementos concretos que demonstrem esse estado de anormalidade na execução contratual . Intervenção não é opção discricionária do Poder Concedente, mas medida de administração temporária destinada à retomada da normalidade contratual .

Na intervenção, a atuação privada é substituída por interventor designado pelo Estado, que passará a gerir o empreendimento buscando retomar a regularidade da execução contratual. Trata-se, pois, de medida complexa, que envolve juízo de ponderação pela Administração entre a preservação do vínculo existente (e a decretação da intervenção é meio para tanto) ou a sua extinção. Exige ainda que se demonstre a capacidade de o Estado estar apto, ao menos em tese, de neutralizar o risco evidenciado ou geri-lo de modo mais adequado que o particular. Em termos simples: para assumir o empreendimento, o Poder Concedente deve ter condições materiais de o fazer.

Do ponto de vista formal, a intervenção é materializada por Decreto , a ser expedido pela autoridade competente, sendo que neste ato devem ser indicados o interventor, o prazo da medida e seus objetivos e limites (parágrafo único do art. 32 da Lei de Concessões). Isso bem demonstra que a intervenção não tem natureza contratual . O Decreto não é uma ordem do Poder Concedente, na qualidade de quem dá execução ao contrato, mas ato de competência do Chefe do Executivo (que representa a titularidade jurídica do serviço) que, avaliando a execução do contrato, e amparado em elementos objetivos, decide pelo afastamento temporário do particular da administração do empreendimento:

“Em princípio, a intervenção deve fazer-se por ato da autoridade de mais elevada hierarquia da estrutura do poder concedente. Quando as competências pertinentes forem mantidas na órbita da Administração direta, a competência será privativa do chefe do Poder Executivo. Se, porém, as prerrogativas de poder concedente forem atribuídas a uma entidade da Administração indireta (agência reguladora, por exemplo), a intervenção competirá à diretoria” .

A circunstância de haver um ato político (Decreto) que a declara mostra que a intervenção é atributo que decorre não do contrato, mas sim da capacidade de o Poder Concedente organizar o serviço (nesse ponto ela se assimila à encampação, que também é juízo político alheio ao contrato). Esse ponto é importante, porque a intervenção não depende do contrato, mas deriva, diretamente, de um ato de império a cargo da Administração.

Isso não significa que o contrato não pode criar regras novas para fins de intervenção. O contrato pode, e é bom que o faça, disciplinar as questões relativas ao procedimento e seus pressupostos, dando contornos mais claros à medida. Em qualquer caso, contudo, a fonte da competência para levar a efeito a intervenção é a lei, não o contrato. No caso de haver regras contratuais, elas refletem a decisão do Estado de autolimitar o modo pelo qual exercerá seu poder de império.

Nesse sentido, o direito de decretar a intervenção é conatural à titularidade do serviço. Como juridicamente a competência para prestar o serviço persiste sendo do Estado (apenas a gestão é delegada ao particular), ele detém a capacidade de sanear a execução contratual em caso de haver risco à regular prestação do serviço. Esse direito, contudo, como já foi visto, só pode ser exercido de modo legítimo caso haja um comprometimento da capacidade de o particular atender o interesse público subjacente ao contrato. Intervenção é medida excepcional e transitória, com objetivos bastante bem definidos.

Quanto ao conteúdo do Decreto, estabelece o mesmo dispositivo que ele deve fixar o objeto da medida, que é exatamente a delimitação da irregularidade a ser sanada e a definição dos poderes necessários a tanto . Definir isto de modo claro é fundamental, sob pena de não se definirem as competências a cargo do interventor (tornando impossível controlar sua atuação). O Decreto é que define qual é o limite da atuação do interventor e em que extensão ele atuará. Ele é a fonte dos poderes do interventor.

É preciso ter claro, ainda, que nada impede que a intervenção seja parcial, com a preservação em parte da capacidade de gestão do particular. A intervenção não precisa suspender por completo a administração privada, devendo incidir apenas sobre o que é necessário à retomada da normalidade do contrato. A hipótese, contudo, embora possível do ponto de vista teórico, é de difícil verificação, já que o estado de crise na execução do contrato costuma ser sistêmico, o que recomenda a assunção da gestão completa do empreendimento.

No que toca ao prazo, uma vez decretada a intervenção, surge o dever de em até 30 (trinta) dias se instalar processo em que se discuta a efetiva presença dos seus requisitos autorizadores. Daí se conclui que a suspensão da administração privada do contrato assume caráter de medida de natureza cautelar. Em regra, trata-se medida urgente, pois o que está em risco é a própria capacidade de o contrato servir ao interesse público. Entre

efetividade na tutela do direito coletivo à boa prestação do serviço e o devido processo legal, este é diferido.

Em outras palavras, a eficácia da intervenção precede a instalação do processo, até mesmo porque um de seus objetivos é assegurar a própria efetividade do processo administrativo que a ela se seguirá. Quebra-se assim a lógica processual ordinária, em que primeiro se efetiva o devido processo legal e, só aí, chega-se à conclusão sobre a questão de fundo. A intervenção ocorre de pronto, cabendo na sequência instalar processo em que se discutam os fatos que a amparam e o enquadramento jurídico de cada um deles. Nesse contexto, a intervenção obedece à lógica da medida prevista no art. 45 da Lei Federal nº 9.784/1996. Isso não significa, contudo, que o ato não deva ser motivado. Significa apenas que se pode tutelar a correta execução do contrato desde logo, postergando o devido processo legal. Nada obstante, em hipótese alguma deve se admitir que a expedição do Decreto se pautem em juízo puramente retórico, sem lastreamento fático. Ainda que unilaterais, os atos administrativos exigem seriedade quanto aos motivos de fato e direito.

O processo instalado para discutir a questão serve justamente para avaliar a existência dos pressupostos que legitimam a intervenção. No seu curso, caso não se evidencie a existência dos fundamentos de fato ou direito que a autorizam a medida, a intervenção deve ser encerrada, retornando o concessionário à sua posição originária (art. 33, § 1º). Não é preciso dizer que a intervenção é medida que exige seriedade por parte da Administração. Intervenções decretadas por motivos frívolos – i.e. sem motivo que as legitimem – são nulas, expondo a responsabilidade perante a concessionária os responsáveis pela medida ilegal.

Mais do que isso, o procedimento administrativo que busca aferir a existência dos motivos deve ser concluído em 180 (cento e oitenta) dias, sob pena de se declarar inválida a medida de afastamento praticada. Desse modo, a Lei contempla a existência de prazo próprio para verificar a efetiva legalidade da medida (art. 33, § 1º), que, por sua própria natureza, não admite ampliação, sendo direito subjetivo do concessionário ser reintegrado na gestão do serviço tão logo o tempo para conclusão do procedimento tenha se exaurido.

O prazo máximo de vigência da concessão em caráter cautelar é de 210 (duzentos e dez) dias corridos, considerando os 30 (trinta) dias para instalar o procedimento e os 180 (cento e oitenta) para concluí-lo. Embora a intervenção possa superar esse prazo, isto só será possível caso já se tenha concluído pela existência dos motivos que a autorizaram. Nesse caso, a intervenção durará até que haja motivos para seu encerramento.

Por sua vez, o art. 34 indica que, ao final da intervenção, caso não haja a extinção do contrato, o concessionário retomará o seu papel de gestão. Ao interventor, caberá prestar contas da sua atuação, respondendo ele pelos atos praticados durante a gestão. Isso denota que a intervenção é uma espécie *sui generis* de gestão no interesse de terceiros. O interventor administra o empreendimento substituindo o particular. Ao final, deve prestar contas de seus atos, cabendo a partir dali ao concessionário assumir a gestão do empreendimento.

Como se nota, o regime do instituto é peculiar. O interventor atua em nome e por conta do concessionário, devendo prestar conta de seus atos. O faz, contudo, buscando retomar a normalidade da execução contratual. Isso denota a necessidade de haver delimitação

tação clara do papel do interventor, para que não venha a haver questionamentos sobre as decisões tomadas no curso da sua atuação. Há potencial conflito entre os atos do interventor e o interesse dos controladores, sendo fundamental definir o limite de atuação daquele para evitar discussões acerca da legitimidade dos por ele praticados.

À luz de todo o exposto, resta claro que compreender a finalidade da intervenção é fundamental para definir qual é seu regime jurídico. Isso é especialmente relevante tendo em vista que as normas previstas em Lei se limitam a estabelecer o figurino mínimo aplicável ao instituto. Muitos pontos relevantes precisam ser objeto de complementação para tornar o procedimento efetivo.

Isso pode ser observado, por exemplo, no setor de energia elétrica, onde a generalidade da lei conduziu à edição de normas específicas sobre o procedimento. Hoje, a Lei nº 12.767/2012 disciplina a intervenção no setor elétrico, sendo ela bastante mais detalhada que a Lei de Concessões. Seja como for, nada impede que as omissões legais sejam supridas por outros instrumentos, como o contrato, as normas de regulação setorial ou o próprio Decreto de intervenção. Examinado brevemente o regime legal da intervenção, pode-se passar a análise dos aspectos centrais para a compreensão do tema.

3. INTERVENÇÃO COMO TÉCNICA DE PRESERVAÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS (A TUTELA DO PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE)

Como visto, as notas essenciais do regime de intervenção a caracterizam como um regime de administração temporária do contrato, por meio do qual o Poder Concedente, com vistas a assegurar o bom cumprimento das obrigações inerentes ao serviço adequado, assume a gestão do empreendimento até que cesse o estado de risco contratual.

Ao contrário dos contratos administrativos ordinários, cujo objeto é a prestação de um bem, serviço, ou a realização de obras em favor da Administração, nos contratos de concessão o que se tem é um instrumento de satisfação mediata ou imediata de interesses dos administrados. Contratos de concessão são, antes qualquer coisa, instrumentos de transferência de responsabilidades estatais para iniciativa privada, a quem incumbe satisfazer necessidades coletivas. Mais que um simples contrato, a concessão é um modo de explorar atividades materialmente públicas, afinal só se concede aquilo que se é titular.

Lembrar disto é importante para que se tenha claro que o procedimento de intervenção tem razão de ser exatamente neste tipo de contrato. Sua previsão se justifica porque neles é fundamental buscar ao máximo a preservação do vínculo, pois ele é instrumento de satisfação de demandas da coletividade, de responsabilidade do Estado. A justificativa para a intervenção, nesse sentido, é a necessidade de preservação da prestação do serviço público concedido. Eis o núcleo duro da ideia de continuidade, afinal, proteger o contrato é assegurar que os benefícios dele esperados sejam efetivados.

Concessões são relações que transcendem o vínculo contratual celebrado, projetando efeitos sobre a coletividade. Nessa acepção que dizemos que contratos de concessão são instrumentos de concretização de interesses coletivos. Em especial, na exata medida em que o contrato se executa por conta e risco do particular, diversos elementos necessários à prestação do serviço dependem do concessionário, especialmente no que se refere ao financiamento e custeio do empreendimento. O concessionário não é apenas

um contratado da Administração, mas um particular que colabora diretamente para efetivação de tarefas públicas.

Portanto, se nas relações contratuais ordinárias da Administração não faz sentido cogitar desse regime de administração temporária, nas concessões é fundamental que o Estado atue com vistas a preservar o instrumento contratual, pois ele se destina à satisfação de uma responsabilidade que, em última instância, é estatal. Nos contratos administrativos ordinários, o inadimplemento substancial é tratado – a rigor – diretamente a partir do sistema de sanções (em especial, a rescisão unilateral), não havendo, a princípio, intervenção direta da Administração para sanear a execução contratual.

Nas concessões é diferente. Nelas, há a possibilidade de uma etapa destinada ao saneamento do estado de crise. E isso faz todo sentido, já que a extinção anômala de contratos de concessão é medida traumática. Tanto é assim que se instituiu o regime de relicitação, precisamente, como meio de estruturar uma espécie de administração de crise até que seja possível a extinção do contrato, sem que haja solução de continuidade.

Extinguir contratos de concessão traz turbulências graves para a prestação do serviço. Declarar juridicamente extinto o vínculo não é o problema; o problema é conviver com o dayafter, em que alguém deverá se ocupar de atender às necessidades coletivas subjacentes ao contrato. Esse é o verdadeiro desafio nos procedimentos de intervenção.

Nesse contexto, a intervenção instala um regime de suspensão da administração do contrato, voltado, precisamente ao saneamento da relação. Por isso, se viável, ela deve ter precedência em relação à caducidade, até mesmo porque a extinção do vínculo é ainda mais traumática que a instalação de um regime de administração direta do contrato por representante do Poder Concedente.

Entender a intervenção como instituto voltado à preservação do contrato é fundamental para compreendê-lo. Definir o que deve ser feito pelo interventor, até onde ele pode ir, qual a natureza da sua responsabilidade etc.: tudo isto se explica a partir da percepção de que a intervenção é um regime de administração de crise do contrato.

Note-se que o Estado, por meio de um interventor, assume o direito de organizar os fatores necessários à gestão do empreendimento, perseguindo o objetivo de regularizar a situação de inadimplemento que autorizou a intervenção. Daí que o interventor é investido nos poderes necessários a dirigir a execução do contrato; o que lhe é assegurado é o direito de gerir o empreendimento, assumindo o controle dos ativos necessários a tanto. No exercício desse múnus, compete ao interventor tomar as decisões necessárias à administração do empreendimento, substituindo-se ao privado, que – pelo período em que persistir a medida – será despido da prerrogativa de gerir o serviço. Nesses casos, o direito de propriedade do particular cede em prol da afetação da atividade à satisfação de interesses públicos. A incapacidade de produzir os benefícios contratuais esperados é suficiente para justificar o seu afastamento da gestão do empreendimento. Mas isso não isenta a responsabilidade, do interventor e da Administração, de reparar eventuais danos causados a direitos dos concessionários. Aquele que administra bens de terceiros, responde pelos eventuais danos a que vier a dar causa.

Até mesmo para viabilizar essa responsabilização, conteúdo essencial do Decreto que declara a intervenção é a definição dos poderes do interventor: quais medidas ele pode tomar com o objetivo de fazer retornar o estado de normalidade do contrato? Se é bem verdade que, uma vez nomeado, o interventor poderá definir os rumos do empreendi-

mento, adotando as medidas de saneamento necessárias, também é verdade que seus poderes não são ilimitados, sendo necessário que sua atuação durante a intervenção seja compatível com os poderes a ele atribuídos no Decreto. Inclusive, tal como será explicado abaixo, a transferência do ativo para outro particular, capaz de garantir a satisfação dos objetivos do contrato, é medida à disposição do interventor.

A técnica, aliás, não configura novidade em nosso Direito. Pense-se por exemplo na intervenção que o Banco Central pode implementar em instituições financeiras. Já houve no Brasil situações em que, diante da crise de liquidez das instituições financeiras, a solução foi a alienação de ativos a outras instituições financeiras, de modo a garantir a saúde do sistema bancário, evitando riscos sistêmicos.

4. RESPONSABILIDADE DO INTERVENTOR E DO PODER CONCEDENTE: DUPLICIDADE DE SISTEMAS DE RESPONSABILIZAÇÃO

Como visto, a intervenção é procedimento que suspende temporariamente a capacidade de o concessionário gerir a atividade a ele delegada. Durante o período em que a medida vigorar, quem organizará a atividade é o interventor. É assim porque a posição do particular no contrato de prestação de serviços públicos é funcionalizada. As decisões particulares são legítimas se e quando capazes de dar boa execução ao contrato. Verificando-se a incapacidade de o particular atender aos objetivos subjacentes à concessão, o Poder Concedente tem a prerrogativa de afastar o particular da gestão do contrato, passando a tomar as decisões necessárias à tutela dos interesses coletivos de que é titular.

A atividade delegada é materialmente pública e assim persiste sendo mesmo quando concedida. O que se transfere é a gestão da atividade, não sua titularidade – a concessão não é uma forma de privatização substancial.

Nesse cenário, dado que a intervenção implica o afastamento do particular e a atribuição da gestão do empreendimento a um terceiro, surge a questão fundamental de definir o regime de responsabilidades inerente ao instituto. Isso se trata de tema complexo, uma vez que nas intervenções há sistemas de responsabilização distintos. Para compreender a questão é necessário ter claro que o interventor responde a partir de certas premissas que são distintas das aplicáveis ao Poder Concedente, conforme detalhado abaixo.

4.1 NATUREZA JURÍDICA DO PAPEL DO INTERVENTOR

No procedimento de intervenção, o interventor atua substituindo a vontade do concessionário na execução da concessão. Ele age gerindo bens e interesses de terceiros, administrando patrimônio alheio; e o faz perseguindo interesses que não são necessariamente os do concessionário, e até podem ser antagônicos a estes. Sua atuação se dá buscando regularizar o estado de crise contratual. Essa é a medida da legitimidade da sua conduta.

Como se percebe, o que se implementa na intervenção é uma espécie peculiar de administração de interesse de terceiros, instaurada por ato unilateral do Poder Concedente. Uma vez que seja implementada a transferência de competência para o interventor, opera-se a suspensão dos direitos de controle do concessionário. O Decreto é título

autônomo para atribuição dos poderes de gestão. Ele tem por efeito não apenas implementar a investidura do interventor nos poderes de gestão, mas também suspender o controle do concessionário.

Com efeito, como está administrando bens privados (ou públicos sob gestão particular), o interventor tem o dever de prestar contas, assim como responder pelos prejuízos que suas decisões venham a causar (cf. art. 28 do Decreto Lei nº 4.657/1942). Isto é, embora a intervenção afaste o concessionário da gestão do empreendimento, ela não implica por si só qualquer sacrifício dos direitos que emergem do contrato em favor do concessionário (lembre-se, não se trata de sanção). Os direitos contratuais persistem íntegros. Por isto que o interventor tem o dever pessoal de prestar contas e responder pelos danos que causar, tal como todo aquele que administra interesses que não são seus.

Ademais, é fundamental perceber aqui que o interventor não é preposto do Poder Concedente. Ele não é uma longa manus da Administração como poderia se pensar, mas alguém capaz de tomar as decisões de modo autônomo. E isso decorre do próprio regime legal da intervenção. Nos termos da Lei, quem gere o empreendimento é o interventor, e não o Poder Concedente. A Lei imputa ao interventor a responsabilidade pessoal pelas decisões que toma, o que demonstra que ele age de modo autônomo.

Dito de outro modo: o Poder Concedente atua por intermédio do interventor, que é designado para fins de cumprir o múnus que lhe é assinalado pelo Decreto. Embora nomeado pela Administração, o interventor atua de modo independente (em nome próprio), a ele se imputando os deveres de boa administração que se colocam a qualquer administrador de interesses de terceiros. Se o interventor fosse mero representante do Estado, caberia ao Poder Concedente responder pelos danos causados, à luz do art. 37, §6º da Constituição Federal.

A responsabilidade pela gestão do empreendimento é do interventor, precisamente, porque compete a ele administrar o contrato, decidindo de acordo com o seu juízo acerca da questão. O sistema de responsabilização previsto é a melhor demonstração de que o interventor age em nome próprio, e não como representante do Estado. Se assim fosse, por força da teoria do órgão, a responsabilidade seria do ente público.

Inclusive, o interventor deve negar cumprimento a determinações que agridam o contrato. Seu dever é garantir a regularização do contrato, e não perseguir os interesses do particular ou da Administração. Até por isso, importante ponderar se o interventor pode ser substituído livremente pela Administração. O primeiro impulso é responder positivamente, afinal, se o Poder Concedente pode nomear livremente, pode exonerar livremente. Contudo, uma reflexão mais apurada afasta essa impressão. O interventor é nomeado pelo prazo da intervenção e isso predica que durante esse prazo ele tem direito de exercer seu múnus; seu afastamento exige fundamentação idônea no sentido de que o interventor está agindo de maneira irregular.

Enfim, uma primeira premissa que precisa ser assentada é que o interventor é administrador nomeado pelo Estado cuja atuação se destina a sanear os vícios que impedem o correto desenvolvimento da concessão. A natureza do seu vínculo é de administrador de bens de terceiros; ele atua gerindo o patrimônio da concessionária, sujeitando-se ao dever de reparar os danos a que der causa. Ele não é e não deve ser tratado como um mero proposto do Estado.

Quanto à atuação do interventor, os limites dos poderes assumidos são os definidos

pelo Decreto. Como a Lei fala que o Decreto deve trazer os “limites da intervenção”, percebe-se que pode haver diferentes intensidades no que se refere à medida.

Admitem-se, ainda que em tese, intervenções pontuais, desde que haja uma relação de causa e efeito entre a atuação do interventor e a correção de uma irregularidade que está impedindo o efetivo cumprimento do contrato. No limite, em caso de grave crise, todos os poderes inerentes à direção do empreendimento podem ser transferidos para o interventor. Essa, aliás, é a regra, pois é difícil compatibilizar a separação de atribuições entre interventor e concessionário quando instalado o estado de crise.

Em qualquer caso, a atuação do interventor será legítima desde que ele atue para fins de retomar a normalidade contratual. E isso implica que ele pode tomar decisões que em princípio foram refutadas pelo concessionário; essa é a medida a ser adotada para a avaliação de eventual (ir)regularidade da atuação do interventor. Há, ademais, potencial desalinhamento entre as ações do interventor e aquelas que seriam tomadas pelo concessionário, mas isso, por si só, não justifica a sua responsabilização.

4.2 A RESPONSABILIDADE DO INTERVENTOR É SUBJETIVA E LIMITADA À SUA CONDIÇÃO DE ADMINISTRADOR

Delineada qual a posição jurídica do interventor, pode se enfrentar o tema da natureza da sua responsabilidade. Eis aqui um dos pontos sensíveis da intervenção. Na medida em que o interventor responde pelos danos que causar, é necessário definir quais os pressupostos dessa responsabilização. Isto porque tornar a atuação do interventor insegura do ponto de vista jurídico depõe contra a efetividade do sistema de administração de crise do contrato.

Assentado que o interventor não é agente público, percebe-se que sua responsabilidade é de natureza privada. Ele responderá pessoalmente quando suas decisões forem além das prerrogativas a ele transferidas ou quando houver negligência, imprudência ou imperícia. O sistema a ele aplicável é o de responsabilidade do gestor privado. Para além disso, o interventor não pode ser imputado por eventuais prejuízos da companhia. Aplica-se aqui o regime ordinário de responsabilização dos administradores perante a sociedade. O excesso no exercício das atribuições ou a culpa grave são os pressupostos da responsabilização do interventor. Embora não tenha sido atribuído um mandato ao interventor, ele recebe poderes de administração decorrentes do Decreto. Enquanto sua atuação se contiver dentro das competências que ele recebeu, não há que se falar em responsabilização, ainda que seus atos vão em sentido oposto ao que seria o interesse do concessionário. Como dito: o administrador age como um gestor de crise, e não para proteger o concessionário ou mesmo o Poder Concedente.

A ele compete a prerrogativa de tomar as decisões necessárias e suficientes ao saneamento do contrato, não podendo ser responsabilizado pessoalmente por todo e qualquer prejuízo que venha a causar, mas tão somente nos casos em que sua atuação seja equivalente à do mau administrador. Ou seja, não basta que haja prejuízo para o concessionário, é necessário demonstrar o pressuposto subjetivo para que o interventor seja responsabilizado por suas decisões, porque “é claro que a responsabilidade do Estado é mais ampla que a do interventor. Esse responderá segundo os princípios comuns da responsabilidade civil subjetiva. Já o Estado se sujeita ao regime da responsabilidade civil objetiva”.

Este regime é fundamental para que a intervenção possa ser viável. Caso houvesse responsabilidade objetiva do interventor, o exercício desse múnus seria tão arriscado que dificilmente alguém se disporia a exercê-lo de maneira séria. O xis da questão é que sempre haverá potencial descompasso entre a vontade do interventor e a do concessionário e isso não pode, por si só, ser tomado como pressuposto para responsabilização. Com efeito, o limite da responsabilização do interventor é ele ter causado prejuízos ao concessionário decorrente de abuso no exercício das suas funções ou de culpa grave/ erro grosseiro. Não basta para a responsabilização que ele tenha contrariado os interesses do concessionário. Agindo dentro dos limites do Decreto e de maneira diligente, o interventor não poderá ser responsabilizado pessoalmente, pois ele está dando execução correta ao Decreto de intervenção, que afastou o concessionário da execução do contrato precisamente para debelar um estado de crise.

A solução para eventuais danos causados pela intervenção, especialmente caso se considerem inexistentes os pressupostos da intervenção, é outra que não a responsabilidade pessoal do interventor. Caso haja danos decorrentes da intervenção que não podem ser atribuídos ao interventor, é o Poder Concedente que responde objetivamente por eles.

4.3 RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PODER CONCEDENTE

Há como dito acima, dois sistemas de responsabilização no que se refere à intervenção. Há a responsabilidade do interventor, de natureza privada. Ela se dá dentro das premissas em que nosso direito autoriza a responsabilidade de administradores, tendo natureza subjetiva. E há também a responsabilidade do Poder Concedente, que responde pelos eventuais danos causados pela intervenção como ato jurídico externo ao contrato. Ela se dá objetivamente, com base nos pressupostos que regem a responsabilidade extracontratual do Estado.

Como a intervenção é ato alheio ao contrato, derivado de um poder que a Administração detém de assumir transitoriamente a gestão da concessão, impõe-se aqui a responsabilização objetiva no caso de haver prejuízos causados por desvios na sua implementação. Havendo dano causado ao particular, ele deve ser indenizado, notadamente nos casos em que a intervenção não tem por motivo inadimplemento do concessionário. Os pressupostos aplicáveis aqui são os da responsabilização extracontratual, tal como ela é prevista na Constituição.

Isto é assim porque a intervenção não é sanção e não deriva do contrato. É sim uma técnica de gestão de crise. Ela, por si só, não pode justificar qualquer prejuízo ao particular. A intervenção per se não elimina qualquer direito do concessionário emergente do contrato, salvo – por tempo determinado – o direito de gerir o empreendimento. Qualquer lesão a interesse patrimonial legítimo do concessionário deve ser reparada; e isso corre à conta do Poder Concedente.

Em suma: caso a intervenção venha a causar prejuízos ao patrimônio do concessionário, o Estado deve responder por eles. Isso porque, do contrário, admitir-se-ia que a atuação estatal fundada no interesse público causasse danos ao patrimônio privado que não seriam reparados. Aqui pode-se fazer analogia com a requisição, em que o Estado se serve de bens particulares para atender objetivos públicos, obrigando-se, contudo, a indenizar eventuais prejuízos decorrentes da sua utilização.

Disso decorre que ao lado do sistema privado de responsabilidade do interventor, per-

siste íntegro o sistema geral de responsabilidade do Estado. Se houver danos causados ao patrimônio do concessionário pela intervenção eles devem ser indenizados. Como a intervenção não é sanção ela não pode, por si só, ser fonte de agravos econômicos ao particular.

Claro que para isso ocorrer é necessário demonstrar que há nexo entre a intervenção e os danos. Eis o xis da questão. A intervenção pressupõe crise, o que por si só pode causar prejuízos ao particular. Logo, o ponto central da responsabilização objetiva é o nexo. Deve se comprovar que os danos que o particular suporta não decorrem da crise da concessão, mas sim da intervenção em si.

Confundir os sistemas de responsabilidade é fonte de inseguranças que depõem contra a efetividade do instituto da intervenção, por agravar de modo indevido os riscos que se impõem ao interventor. O interventor, na condição de administrador temporário da empresa, não responde de forma objetiva. Por outro lado, mesmo nos casos em que o dano não pode ser imputado ao interventor, não há como se admitir prejuízos ao particular. Naquilo que escapa à responsabilidade do interventor, cabe ao Estado indenizar, e sua responsabilidade é objetiva.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS: LIMITES E POSSIBILIDADES DA INTERVENÇÃO COMO TÉCNICA DE ADMINISTRAÇÃO DE CRISE: A POSSIBILIDADE DA PRÁTICA DE ATOS DE ALIENAÇÃO E REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA

Como visto, a intervenção é medida cujo objetivo primário é a preservação do contrato. A manutenção dos contratos de concessão em boas condições interessa à coletividade, pois é por meio deles que se materializam funções públicas. O concessionário (e a gestão que ele faz da atividade) tem sua atuação funcionalizada. O espaço de autonomia concedido a ele é protegido, desde que sua atuação seja capaz de implementar os benefícios esperados.

Logo, embora o concessionário tenha o direito de organizar a prestação do serviço, este direito cede lugar à atuação do interventor caso o concessionário não tenha condições de executar o contrato. Como anotado acima, a tutela da continuidade na prestação dos serviços implica o dever de proteção desses contratos.

Tais contratos vão além do simples vínculo jurídico que se forma entre os contratantes; eles são instrumentos de satisfação de interesses coletivos. Antes de serem contratos, são vias de materialização de atividades públicas. A concessão é uma técnica de organização da prestação das tarefas estatais. E é por isso que nesses contratos prevê-se a possibilidade de um regime próprio para a administração de crises, que não existe nos vínculos ordinários com a Administração Pública.

A intervenção não é um simples “poder” inerente à condição do Estado de titular do serviço público; ela é um instrumento que serve à preservação do próprio contrato. O estado intervém não porque é titular da atividade, mas sim porque a atividade gera benefícios públicos.

O ponto relevante aqui é perceber que o interventor tem por missão institucional assegurar a capacidade de o contrato produzir os resultados previstos. E ele atua quando já se instalou uma crise na execução dos serviços. A questão é definir até que ponto o interventor pode atuar. Ele apenas gerencia o contrato ou a ele é dado o poder de adotar as medidas previstas em lei que visam à substituição do próprio concessionário? A

resposta à questão é que compete ao interventor adotar todas as medidas necessárias à preservação do contrato, inclusive, as que possam implicar a transferência do contrato a outro particular que demonstre a capacidade de bem executar a atividade de maneira adequada.

Para debelar a crise, o interventor pode adotar todas as medidas cabíveis para tentar preservar o contrato. Isso significa que a ele não são concedidos apenas os poderes ordinários de gestão, ele poderá dispor do ativo de modo a tentar preservar o contrato. Do ponto de vista objetivo, isso implica o poder de buscar alienar o empreendimento a outro particular, que seja capaz de preservar o contrato. Outra medida cabível, é buscar implementar as regras relativas à relicitação, buscando um regime de administração da transferência.

A intervenção transfere ao interventor as atribuições necessárias a assegurar a retomada da normalidade contratual. Nada na Lei impede que para tanto ele se valha das técnicas de gestão de crise previstas para buscar a transferência da atividade para outro prestador de serviços. Nos limites da intervenção, a pessoa designada pelo Decreto atua como se fosse titular do ativo, podendo dele dispor. Daí ser desnecessária uma habilitação específica em lei que preveja essa possibilidade, pois ela decorre dos efeitos naturais da intervenção.

Para tanto, contudo, o Decreto que fixa os limites e atribuições do interventor deve prever essa possibilidade, pois o art. 32, par. ún., da Lei nº 8.987/1999, exige que se fixem os objetivos e limites da intervenção. Se conferidos poderes dessa ordem ao interventor ele poderá adotar as medidas necessárias à transferência da concessão, seja pelas vias negociais ordinárias, seja requerendo a implementação do regime da relicitação.

E nos termos defendidos acima, caso haja danos ao particular, em caso de abuso de qualquer natureza ou mesmo discussão acerca do valor do negócio em caso de alienação, quem responderá por isso é a Administração. Daí a importância em analisar o duplo regime de responsabilização subjacente à intervenção. Como defendido acima, o interventor responde apenas sob a lógica do direito privado, como qualquer administrador. Em suma, não se devem suprimir do interventor as opções necessárias à retomada da normalidade. Em um ambiente em que as transferências de ativo ou a implementação de um regime de substituição administrado pelo próprio Estado são opções válidas, como se dá com as concessões, tais medidas são imprescindíveis aos objetivos da intervenção.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Eurico de Andrade e DE ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei. Concessão de Serviços Públicos: Comentários às Leis 8.987 e 9.074. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

BINENBOJM, Gustavo. CYRINO, André. O art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 203, nov. 2018.

BRASIL, Constituição da República (1989). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL, Lei da Intervenção e Liquidação Extrajudicial de Instituições Financeiras (1974). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6024.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%206.024%2C%20DE%2013,financeiras%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAsncias.

BRASIL, Lei das Concessões e Permissões da Prestação de Serviços Públicos (1995). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987compilada.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.987%2C%20DE%2013%20DE%20FEVEREIRO%20DE%201995.&text=-Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20regime%20de,Federal%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAsncias.

BRASIL, Lei da Extinção das Concessões de Serviço Público de Energia Elétrica e a Prestação Temporária do Serviço (2012). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12767.htm.

BRASIL, Lei das Parcerias Público Privadas (2004). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm.

BRASIL, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (1942). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm.

BRASIL, Lei de Licitações e Contratos Administrativos (1993). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm.

BRASIL, Lei de Licitações e Contratos Administrativos (2021). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm.

BRASIL, Lei do Processo Administrativo (1999). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 31ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias da Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. Concessões de Serviço Público (Comentários às Leis nos 8.987 e 9.074, de 1995), São Paulo: Dialética, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003.

LAUBADÈRE, André de. Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs, t. II, Paris: LGDJ, 1956.

LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Tradução de Alfredo Gallego Anabitart e. 2. ed. 3. reimp. Barcelona: Ariel, 1983.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 29^a ed, São Paulo: Malheiros, 2004.

MORAES, Antão de. Concessão de serviço público - Intervenção do poder concedente - Greve. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 62, p. 315–326, 1960. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/21176>.

MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das concessões de serviço público: (concessões, parcerias, permissões e autorizações). 2^a Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

MOREIRA, Egon Bockmann. Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei nº 9.784/1999 (com especial atenção à LINDB). 6^a ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2022.

RIBEIRO, Maurício Portugal. Concessões e PPPs – Melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS nº 20.900. Rel. Min. Moreira Alves. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1482947>

A MATERNIDADE NO CÁRCERE E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL MOTHERHOOD IN PRISON AND THE UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS

Júlia Silveira Nunes Costa¹

RESUMO

Este texto aborda a complexa questão dos direitos das detentas gestantes, lactantes e mães no sistema prisional brasileiro, analisando as instruções normativas cronologicamente e enfatizando a necessidade de avaliar a eficácia da legislação existente, os desafios persistentes, como a superlotação carcerária, e a importância do Estado na proteção desses direitos. Por fim, destaca que o reconhecimento do “Estado de Coisas Inconstitucional” pelo Supremo Tribunal Federal ressalta a urgência de cooperação e ação efetiva para corrigir as profundas falhas estruturais do sistema prisional.

PALAVRAS CHAVE

Maternidade, Cárcere, Direitos Humanos, Constituição Federal, Sistema Prisional, Estado de Coisas Inconstitucional.

ABSTRACT

This text addresses the complex issue of the rights of incarcerated pregnant, lactating, and mother inmates in the Brazilian prison system, examining the normative instructions in chronological order and emphasizing the need to assess the effectiveness of existing legislation, persistent challenges such as prison overcrowding, and the role of the state in protecting these rights. Finally, it highlights that the recognition of the “Unconstitutional State of Affairs” by the Brazilian Supreme Federal Court underscores the urgency of cooperation and effective action to rectify the profound structural flaws in the prison system.

KEYWORDS

Motherhood, Incarceration, Human Rights, Federal Constitution, Prison System, Unconstitutional State of Affairs.

INTRODUÇÃO

No cenário complexo e multifacetado das políticas públicas e dos direitos humanos, um tema de importância indiscutível é o tratamento e as garantias de direitos das detentas gestantes, lactantes e mães no sistema prisional brasileiro. Este texto busca aprofundar-se nessa questão sensível e crítica.

O papel central do Estado na proteção e promoção dos direitos humanos é ressaltado na tríplice estrutura do princípio da convivência familiar, que demanda a preservação dos laços entre mães e filhos, mesmo diante das circunstâncias desafiadoras da privação de liberdade. No entanto, a realidade no sistema prisional brasileiro é marcada por superlotação carcerária, condições inadequadas e uma série de obstáculos à efetivação desses direitos fundamentais (INFOPEN, 2018).

Este texto também aborda o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) do “Estado de Coisas Inconstitucional”, um marco que sinaliza a necessidade premente de

uma abordagem crítica e colaborativa para enfrentar as profundas falhas estruturais do sistema carcerário do país.

Ao longo deste ensaio, será apontado, desde toda a construção normativa do tema, partindo da Constituição de 1988, até algumas das lacunas na efetivação da proteção dos direitos das detentas e de seus filhos, tendo em vista a complexidades dessa questão.

CONSTRUÇÃO NORMATIVA ACERCA DA MATERNIDADE NO CÁRCERE A LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Ao longo dos anos, o ordenamento jurídico foi tornando-se mais detalhado no que diz respeito aos direitos das mães que estão encarceradas e seus filhos, legislando sobre os direitos das crianças, os direitos das mulheres encarceradas e o direito da convivência familiar em si.

Segundo Andrade (2010), os direitos e a história das crianças foram criados por uma construção social paradoxal entre a necessidade do direito e a sua efetivação. De acordo com a autora, somente a partir do século XIX passou-se a existir a estruturação de práticas normativas nesse sentido, através de investimento na área psicológica e pedagógica. Esse estudo gerou um discurso predominante acerca da infância, no entanto, o reconhecimento desses como sujeitos de direitos veio depois de um século, através de dispositivos legais e documentos internacionais como a Declaração de Genebra (1923), a Declaração Universal de Direitos da Criança (1959) e a Convenção dos Direitos da Criança (1989).

No que tange a população carcerária feminina, após período como indivíduos invisíveis, hoje o crescente número de mulheres presas se encontra em evidência como um fato que não pode mais ser ignorado (DAVIM, 2016). Nesse sentido, apesar da evolução do direito da mulher, as leis ainda revelam em suas construções um viés sexista. Dessa forma: “a justiça dos homens não se dispõe a compreender e a atender às especificidades do incremento do encarceramento de mulheres e, quando o faz, normalmente cumpre medidas irrisórias em relação às reais demandas do segmento” (MACHADO, 2017, p.13).

A importância da convivência familiar também vem sendo discutida e sua presença na lei também é motivo de debate, como se pode observar:

A convivência familiar é um dos mais importantes direitos das crianças e dos adolescentes. Nem sempre foi assim, e é um direito em franca evolução, encontrando ainda sérios obstáculos à sua plena aceitação, pela longa trajetória histórica de rejeição de tal direito (ARANTES, 2006, p. 104).

Dessa forma, percebemos que a implementação dos direitos das crianças, das mulheres encarceradas e da convivência familiar é lenta e gradual. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 foi um grande marco nesse sentido e aos poucos o ordenamento jurídico brasileiro passou a inserir de forma mais específica esses direitos.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) é a norma suprema do ordenamento jurídico brasileiro. Tal lei conduz toda a legislação vigente no país, garantindo os direitos fundamentais dos cidadãos e os deveres do Estado (MARMELSTEIN, 2009).

Segundo Marmelstein (2009, p.69), CRFB/88 proporcionou uma grande mudança na legislação brasileira, conforme aduzido:

Desde a promulgação da Constituição de 88, está havendo uma profunda mudança de

paradigma na forma de encarar o direito. O direito brasileiro, tradicionalmente, sempre foi conservador e formalista, prevalecendo o legalismo dos códigos em detrimento dos valores de justiça e da vontade de realizar os princípios constitucionais. Contudo, sob a égide da Constituição cidadã, o ordenamento jurídico brasileiro tornou-se nitidamente comprometido com os direitos fundamentais e com a mudança social, conforme se observa na simples leitura do art. 3º, que traça os objetivos da República Federativa do Brasil. Lá está escrito claramente que o papel do Estado brasileiro é acabar com a miséria e reduzir as desigualdades sociais, demonstrando um inegável compromisso com a transformação da sociedade. É a própria Constituição, como norma suprema do ordenamento jurídico, que está dizendo isso (MARMELSTEIN, 2009, p.69).

Diante da sua preocupação com a sociedade, a Constituição dispõe, em seu art. 227, que é dever da família, da sociedade e do Estado garantir, de forma prioritária, os direitos da criança, do adolescente e do jovem. Além de proteger esses indivíduos da negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Põe-se em relevo que dentre os direitos citados está o direito de convivência familiar.

Ressalta-se que a convivência familiar é uma necessidade vital da criança, afinal “a família é o primeiro agente socializador do ser humano. A falta de afeto e de amor da família gravará para sempre seu futuro” (LIBERATI, 2008, p. 22). Ademais, a família também assegura a efetivação dos direitos fundamentais na infância e adolescência.

No que tange aos direitos das mulheres encarceradas, a CRFB/88, em seu art. 5º, inciso L, dispõe que “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”. Dessa forma, podemos perceber uma preocupação da legislação com a amamentação, que, segundo o Ministério da Saúde, possui um grandioso impacto na promoção da saúde integral da dupla mãe/bebê refletindo em toda a sociedade (BRASIL, 2009).

Com objetivo de regulamentar o supracitado art. 227 da CRFB/88 foi promulgada a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e dá outras providências. Sendo esse um marco regulatório dos direitos humanos infante-juvenis. Acerca da importância dessa nova lei, discorre Amaral e Silva (1989, 261-262):

O novo Direito traz normas e institutos exclusivos, não de alguns, mas de todas as crianças e adolescentes. Consagrada na ordem jurídica a doutrina da proteção integral, reúne, sistematiza e normatiza a proteção preconizada pelas Nações Unidas.

O Direito do Menor não é o direito de todos os menores, apenas os menores de 18 anos em situação irregular. Agora surge o Direito da Criança e do Adolescente. De todas as crianças e adolescentes. Não se cuida da situação irregular da criança. Mas a situação irregular dos que violam os direitos de crianças e jovens. (AMARAL E SILVA, 1989, 261-262)

O ECA pode ser considerado uma legislação de vanguarda “(...) pois rompe com a doutrina da situação irregular e reafirma a noção da proteção da infância e juventude brasileiras, implicando a discriminação positiva da criança e do adolescente (GONÇALVES, 2005, pg. 37).

O art. 3º do Estatuto preceitua que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, devendo ser assegurado o seu desenvolvi-

mento em condições de liberdade e de dignidade. O Parágrafo único desse artigo faz questão de destacar que esses direitos são assegurados sem discriminação pela situação familiar das crianças e dos adolescentes.

O capítulo III do ECA dedica-se a falar sobre o Direito à Convivência Familiar e Comunitária, destarte legisla acerca do direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família.

Outro importante marco no que diz respeito aos direitos das mães encarceradas e seus filhos é a Lei nº 11.942, de 27 de maio de 2009, ao alterar a Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal (LEP). Essa lei tem como objetivo assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência.

O objetivo da LEP é efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado (BRASIL, 1984). Dispondo sobre assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa dos egressos. Além de demais aspectos como regime, penas, trabalho, direitos, deveres e disciplina.

Desde sua criação, a LEP, em seu art. 14, legisla sobre o direito de assistência à saúde do preso e internado, que deve ser de caráter preventivo e curativo, como também compreender atendimento médico, farmacêutico e odontológico. Contudo, somente com a criação da Lei nº 11.942/2009, foi acrescido nesse artigo o § 3º que diz que “será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido” (BRASIL, 2009).

Ademais, a Lei nº 11.942/2009 propiciou melhores delimitações para os berçários e creches nas penitenciárias femininas. A LEP já previa os berçários para que as mulheres pudessem amamentar seus filhos, contudo o art. 2º da Lei nº 11.942/2009 acrescentou no art. 89 da LEP que esses berçários também tem a função de cuidado e que eles devem existir até que a criança complete, no mínimo, 6 meses de idade.

Melhores delimitações também foram implementadas pela Lei nº 11.942/2009 no art. 89 da LEP, em sua redação original o art. 89 possuía o seguinte texto: “Além dos requisitos referidos no artigo anterior, a penitenciária de mulheres poderá ser dotada de seção para gestante e parturiente e de creche com a finalidade de assistir ao menor desamparado cuja responsável esteja presa” (BRASIL, 1984). A partir de 2009 o texto foi aprimorado da seguinte forma:

Art. 2º O § 2º do art. 83 e o art. 89 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, passam a vigorar com a seguinte redação:

(...)

Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.

Parágrafo único. São requisitos básicos da seção e da creche referidas neste artigo:

I – atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas; e

II – horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável. (BRASIL, 2009)

É possível perceber que a Lei nº 11.942/2009 implementou melhores definições à LEP, o que favorece a efetivação de medidas assistenciais a um grupo vulnerável.

A Lei nº 12.962, de 8 de abril de 2014, altera o Estatuto da Criança e do Adolescente, visando assegurar a convivência da criança e do adolescente com os pais privados de liberdade. Essa lei propiciou o acréscimo de mais um dispositivo no ECA para o favorecimento da convivência familiar, como podemos ver a seguir:

Art. 1º A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 19.

.....

§ 4º Será garantida a convivência da criança e do adolescente com a mãe ou o pai privado de liberdade, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independentemente de autorização judicial.” (NR) (BRASIL, 2014)

Isto posto, percebe-se a continuidade da preocupação acerca da convivência familiar, no caso garantindo visitas periódicas, não só à mãe como também ao pai privado de liberdade. Outros dispositivos dessa lei também foram legislados nesse mesmo sentido, mas posteriormente aprimorados por outras leis que, no atual momento, vigem.

No ano 2010, as Regras de Bangkok, aprovadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas – ONU, estabeleceram consenso internacional acerca do tratamento adequado para com as mulheres e mães em situação de cárcere. No respectivo documento da ONU são reafirmados os direitos humanos relativos à saúde, maternidade, família e aos direitos dos filhos concebidos durante o encarceramento, com o intuito de delegar responsabilidades e compromissos aos países, resultando na obrigação da necessária implementação de leis e políticas de proteção aos direitos humanos, de forma adequada, para condição basilar que assegure a dignidade da mulher, da mulher grávida e de seus respectivos filhos.

Essas regras consideram que as mulheres encarceradas possuem necessidades e exigências específicas, pois são um grupo de vulneráveis. Com isso, incentiva os Estados-membros a adotarem legislação para estabelecer penas alternativas à prisão. A nona recomendação diz especificamente sobre mulheres grávidas e mães:

Enfatiza que ao sentenciar ou decidir medidas cautelares a mulheres grávidas ou pessoa que seja fonte primária ou única de cuidado de uma criança, medidas não privativas de liberdade devem ser preferíveis quando possível e apropriado, e considerar impor penas privativas de liberdade a casos de crimes graves ou violentos; (BANGKOK, 2016)

O Conselho Nacional de Justiça - CNJ (2016, p. 10), buscou atender o que propõe as Regras de Bangkok na dimensão das mulheres privadas de liberdade, como é possível observar:

Essas Regras propõem olhar diferenciado para as especificidades de gênero no encarceramento feminino, tanto no campo da execução penal, como também na priorização de medidas não privativas de liberdade, ou seja, que evitem a entrada de mulheres no sistema carcerário (CNJ, 2016, p.10).

Portanto, a resolução prioriza por não manter a mulher encarcerada, mas caso ela não atenda o critério para as penas alternativas, as regras de Bangkok preveem cuidados a serem adotados. A regra 28 delinea que as visitas que envolvam crianças devem ser realizadas em um ambiente adequado e de forma prolongada. Já a regra 33-3 diz que os funcionários do presídio devem conhecer as necessidades de desenvolvimento e saúde das crianças quando essas acompanharem a mãe.

Ademais, a regra 49 define que as decisões para autorizar os filhos a permanecerem com suas mães devem buscar atender o melhor interesse do menor, ressaltando que as crianças que estão na prisão com suas mães não devem jamais serem tratadas como presas.

Já a regra 51, dentro da presente abordagem, preocupa-se com os serviços de saúde e educação que devem ser oferecidos a essas crianças filhas das mulheres encarceradas, devendo ser o mais próximo possível daqueles oferecidos fora da prisão.

A decisão acerca do momento da separação entre mãe e filho também é uma preocupação desse conjunto de regras. O bem-estar da criança deve ser prioridade e tal momento deve ser conduzido com delicadeza.

Após a separação, a criança deve ficar com familiares ou parentes. Além disso, mesmo em seu novo lar, o encontro dos filhos com suas mães deve ser facilitado através de visitas periódicas, desde que não representem nenhum perigo para o menor.

Em sua última regra, esse compilado propõe capacitação para elevar a consciência e sensibilidade dos funcionários competentes da justiça criminal sobre seu conteúdo.

Seguindo o que é disposto nas Regras de Bangkok, o Ministério da Justiça, através da Portaria Interministerial nº 210, de 16 de janeiro de 2014, instituiu a Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional (PNAMPE), com o objetivo de reformular as práticas já existentes, contribuindo para a garantia dos direitos das mulheres (BRASIL, 2014).

O Art. 4º da PNAMPE apresenta as metas dessa Política que envolvem a criação e reformulação de banco de dados do sistema prisional, inclusive no que diz respeito à “quantidade e idade dos filhos em ambiente intra e extramuros, bem como pessoas ou órgãos responsáveis pelos seus cuidados” (BRASIL, 2014).

Outra meta é o incentivo à efetivação dos direitos fundamentais no âmbito dos estabelecimentos prisionais. Destaca-se que deve existir uma atenção específica à maternidade e à criança intramuros, observando aspectos como a inserção desses em local adequado com uma equipe multidisciplinar, respeito ao período mínimo de amamentação e convivência familiar, acompanhamento social e familiar, dentre outros.

O art. 5º trouxe a preocupação com a efetivação dos direitos presentes na PNAMPE e dispõe acerca do dever de serem assegurados recursos humanos e espaços físicos adequados para as atividades de integração das mães e seus filhos.

O seu art. 13, por fim, diz que o que foi disposto na Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional deve ser observado pelo Departamento Penitenciário (DEPEN) e pela Secretaria de Políticas para as Mulheres na celebração de convênios e nos repasses de recursos aos órgãos e entidades federais e estaduais do sistema prisional brasileiro.

Outra alteração normativa veio com a Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016, que

dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância fazendo alterações no ECA, no Código de Processo Penal e na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Tendo o propósito de delimitar e resguardar os direitos da primeira infância, sendo esse o período que abrange os primeiros 6 (seis) anos completos ou 72 (setenta e dois) meses de vida da criança, conforme definição do art. 2º dessa lei (BRASIL, 2016).

A manutenção da família de origem está prevista no ECA desde a instituição da Lei nº 12.962/2014, mas com a nova lei de 2016 foi estabelecido que a família de origem deve ser incluída em serviços e programas oficiais de proteção, apoio e promoção. Dessa forma, a manutenção da família da mulher encarcerada deve ser resguardada, incluindo sua relação com seus filhos.

A Lei nº 13.257/2016 também aperfeiçoou o § 2º do art. 23 do ECA, incluído pela Lei nº 12.962/2014, que instituía que a destituição do poder familiar ocorreria somente na hipótese de condenação por crime doloso, sujeito à pena de reclusão, contra o próprio filho ou filha. Com essa atualização a destituição também irá acontecer caso esses crimes ocorram contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra qualquer outro descendente.

Outra lei que faz alterações no ECA é a Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017, que dispõe sobre a adoção. No que diz respeito ao ECA, ela trata sobre entrega voluntária, destituição do poder familiar, acolhimento, apadrinhamento, guarda e adoção de crianças e adolescentes.

O art. 19 da Lei nº 13.257/2016 instituiu a prioridade da criança de ser criada no seio de sua família em um ambiente que favoreça seu desenvolvimento. Mas somente com o acréscimo do §5º, do art. 19 pela Lei nº 13.509/2017 que foi garantida a convivência integral da criança com a mãe adolescente que estiver em acolhimento institucional.

Enfim, a Lei nº 13.769, de 19 de dezembro de 2018, altera o Código de Processo Penal (CPP), a Lei de Execução Penal e a Lei dos Crimes Hediondos, com o objetivo de estabelecer: "(...) a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência e disciplina o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação" (BRASIL, 2018).

O art. 318 no CPP estabelece ao juiz a possibilidade de substituir a prisão preventiva pela domiciliar de acordo com critérios específicos. Dentre esses critérios, desde a Lei nº 13.257/2016, estão a gestante e a mulher com filhos de até 12 anos de idade incompletos. A Lei nº 13.769/2018 acrescentou critérios para essa substituição de pena, sendo eles o não cometimento de crime com violência ou grave ameaça a pessoa e também que não tenha ocorrido crime contra o filho ou dependente da mulher encarcerada (art. 318-A). Já o art. 318-B, também acrescentado em 2018, destaca que essa substituição poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas.

Cabe destacar, também, a inclusão do §3º no art. 112 na Lei de Execução Penal que acrescentou critérios mais brandos para a progressão de regime para mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência. Sendo esses, cumulativamente: o não cometimento de crime com violência ou grave ameaça a pessoa e crime contra seu filho ou dependente, o cumprimento de ao menos 1/8 da pena no regime anterior, ser primária com um bom comportamento carcerário e não ter integrado organização criminosa.

Desde a Constituição de 1988 até a Lei nº 13.769/2018 existiu uma grande evolução dos direitos das mulheres encarceradas e seus filhos, devendo existir agora uma preocupação com a efetivação desses direitos.

EFETIVAÇÃO DAS NORMAS REFERENTES À MATERNIDADE O ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL

Após a abordagem acerca do histórico legislativo pertinente ao tratamento de detentas gestantes, lactantes e/ou mães é necessário avaliar se, de fato, tais direitos são efetivos e quais as consequências dessa realidade para os indivíduos atingidos.

Ressalta-se que, quando se trata dos filhos das presidiárias, o Estado possui um papel de suma importância, sendo parte elementar da tríplice estrutura do princípio da convivência familiar (família, sociedade e Estado), como também é o responsável direto pelas penitenciárias (ALENCASTRO, 2015).

Muito além do que viver em família, a convivência familiar deve abranger as condições necessárias para um desenvolvimento de cada fase da vida da criança e do adolescente, com a atenção, o cuidado e o amor necessários. Devendo ser respeitado o princípio da proteção integral infanto juvenil, satisfazendo o que é necessário para a qualidade de vida do menor (ALENCASTRO, 2015).

Outrem, dentro do contexto das mães custodiadas, como observado no capítulo anterior, existe uma extensa base normativa no ordenamento jurídico brasileiro, que deve ser analisada com cautela, pois abrange tanto os direitos das detentas em condições de maternidade, quanto o direito à infância.

No que tange ao estabelecimento prisional, o levantamento de dados realizado pelo INFOPEN – Mulheres, em 2018, apontou que “74% das unidades prisionais destinam-se aos homens, 7% ao público feminino e outro 16% são caracterizados como mistos” (INFOPEN, 2018). Os presídios mistos são presídios originalmente masculinos que possuem alas ou celas para detentas.

Ressalta-se que a existência de presídios construídos especificamente para as mulheres é fundamental para que as necessidades específicas femininas sejam atendidas, promovendo sua dignidade no sistema prisional, como os espaços para os filhos das mulheres privadas de liberdade e equipes multidisciplinares de atenção à saúde da mulher e da criança (INFOPEN, 2018)

Uma grande dificuldade para a efetivação dos direitos dessas mulheres é a ausência da quantidade de vagas necessárias para as detentas nos presídios. Nesse sentido, o levantamento de 2018 informa que existia um déficit de 15.326 vagas para mulheres na época e uma taxa de ocupação de 156,7% das vagas femininas (INFOPEN, 2018).

Destaca-se que o INFOPEN/2018 constatou que somente 55 unidades prisionais em todo o país declaram possuir celas ou alas específicas para gestantes, lactantes e/ou mães reclusas. Nesse mesmo sentido, apenas 14% das unidades femininas ou mistas possuem berçário para crianças de até 2 anos de idade, ao todo, todas as unidades do Brasil possuíam na época do Levantamento a capacidade total para receber até 467 bebês. (INFOPEN, 2018).

Percentual ainda menor diz respeito ao número de creches destinadas às crianças maiores de 2 anos de idade, nesse caso apenas 3% das unidades prisionais femininas ou mistas declaram possuir tal instalação, dessa forma há uma capacidade total de 72 crianças (INFOPEN, 2018).

Neste seguimento, o relatório sobre prisões femininas produzido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2017, também revela que a maior parte das penitenciárias do Brasil não possuem a infraestrutura necessária para o acolhimento das genitoras e seus filhos. O Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, possui uma única prisão materno-infantil em todo o seu território, tornando inviável que todos esses vulneráveis tenham o tratamento apropriado (CNJ, 2017).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948, marcou o início de uma nova perspectiva global em relação à evolução do Direito, com foco especial nos direitos humanos. Contudo, embora o Brasil tenha incorporado essas garantias na Constituição Federal de 1988 (CF/1988), e tenha participado ativamente da elaboração de diversos tratados internacionais que ampliaram essas garantias, a concretização desses princípios jurídicos em políticas públicas efetivas tem sido um desafio persistente (ROCHA, 2021).

É importante lembrar que a implementação dos direitos humanos é uma responsabilidade do Estado, e todos os poderes têm a obrigação de desenvolver políticas públicas que efetivem esse compromisso assumido perante a comunidade internacional.

Em particular, no que diz respeito ao sistema carcerário, o Brasil enfrenta dificuldades em implementar políticas eficazes devido a questões econômicas e sociopolíticas. Isso resultou em condições precárias nas prisões, com superlotação, insalubridade, propagação de doenças, falta de condições básicas de vida, violência e abusos generalizados, tanto por parte de detentos quanto de agentes do Estado. Ademais, também existem problemas como: ausência de assistência jurídica adequada, acesso à educação, saúde e oportunidades de trabalho (STF, 2016, fl. 4).

De acordo com um acórdão do Supremo Tribunal Federal (STF), na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, o sistema prisional brasileiro é descrito como um “verdadeiro inferno dantesco”. O STF reconheceu essa situação como um “Estado de Coisas Inconstitucional” e buscou garantir a proteção jurisdicional dos direitos sociais por meio do uso do instituto da decisão estruturante.

Em 2018, a Suprema Corte novamente se referiu a esse Estado de Coisas no Habeas Corpus Coletivo nº 143.641/SP, declarando a situação inadmissível de violação dos direitos humanos das mulheres em situação de cárcere (STF, 2018).

Mesmo que a Resolução nº 2.010/16 tenha recomendado a adoção das Regras de Bangkok, na prática não vem sendo efetiva e eficaz essas regras no Brasil. Visando suprir essa lacuna, o STF tem apresentado entendimento firme acerca da efetividade das Regras de Bangkok no atendimento às mulheres encarceradas:

HABEAS CORPUS COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. DOCTRINA BRASILEIRA DO HABEAS CORPUS. MÁXIMA EFETIVIDADE DO WRIT. MÃES E GESTANTES PRESAS. RELAÇÕES SOCIAIS MASSIFICADAS E BUROCRATIZADAS. GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS. ACESSO À JUSTIÇA. FACILITAÇÃO. EMPREGO DE REMÉDIOS PROCESSUAIS ADEQUADOS. LEGITIMIDADE ATIVA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 13.300/2016. MULHERES GRÁVIDAS OU COM CRIANÇAS SOB SUA GUARDA. PRISÕES PREVENTIVAS CUMPRIDAS EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. INADMISSIBILIDADE. PRIVAÇÃO DE CUIDADOS MÉDICOS PRÉ-NATAL E PÓS-PARTO. FALTA DE BERÇARIOS E CRECHES. ADPF 347 MC/DF. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL. CULTURA DO ENCARCERAMENTO. NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO. DETENÇÕES CAUTELARES

DECRETADAS DE FORMA ABUSIVA E IRRAZOÁVEL. INCAPACIDADE DO ESTADO DE ASSEGURAR DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS ENCARCERADAS. OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO E DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. REGRAS DE BANGKOK. ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. APLICAÇÃO À ESPÉCIE. ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO DE OFÍCIO. (BRASIL, 2018, STF, HC 143641 / SP. MIN. RICARDO LEWANDOWSKI).

A figura do “Estado de Coisas Inconstitucional” foi elaborada pela Corte Constitucional Colombiana, através da Sentença de Unificação SU 559, de 6 de novembro de 1997, devido a uma intensa dinâmica entre seus poderes o que gerou a judicialização de aspectos que antes eram políticos, como a luta contra a corrupção e passou a ser adotada para casos pragmáticos pela corte do país (YEPES, 2007).

No que tange, ao “Estado de Coisas Inconstitucional” incorporado no Brasil, a proposta da ADPF 347 é promover um processo dialógico que envolva todos os Poderes, entidades, autoridades e a sociedade em geral.

Isso envolve fornecer incentivos, estabelecer parâmetros e objetivos específicos para cada um deles, com o objetivo de encontrar respostas eficazes para o problema em questão. A intenção da Corte Suprema ao declarar o Estado de Coisas Inconstitucional é criar e gerenciar ferramentas que possam superar obstáculos políticos e institucionais, sem desviar os demais Poderes de suas responsabilidades e do processo de formulação de políticas públicas.

A questão central está em determinar quais instrumentos serão utilizados, como eles serão implementados e como serão acompanhados no esforço de superar a grave falha estrutural e a situação crítica que se instalou nos sistemas de encarceramento.

CONCLUSÃO

Ao examinar o histórico legislativo relacionado aos direitos das detentas gestantes, lactantes e mães, torna-se evidente a necessidade de avaliar a eficácia desses direitos e suas consequências para as partes envolvidas.

O papel crucial do Estado na tríplice estrutura do princípio da convivência familiar, bem como a importância de atender às necessidades específicas das mulheres e de seus filhos no sistema prisional, destacam-se como imperativos.

No entanto, os desafios persistem, refletidos na superlotação carcerária, na falta de instalações adequadas e na ausência de políticas eficazes de proteção e assistência. É essencial lembrar que a implementação dos direitos humanos é uma responsabilidade do Estado, e o Brasil enfrenta desafios em garantir esses direitos devido a questões econômicas e sociopolíticas complexas.

O reconhecimento do “Estado de Coisas Inconstitucional” pelo Supremo Tribunal Federal (STF) demonstra a necessidade urgente de diálogo, cooperação e implementação de medidas efetivas para superar as deficiências estruturais do sistema carcerário brasileiro. O desafio reside em determinar quais instrumentos serão utilizados e como serão monitorados para corrigir as falhas profundas que afetam o sistema prisional do país.

Vários fatores vão de encontro com a realidade que circundam a vida de uma mulher em cárcere, a partir de todo o apanhado do texto, fica claro está presente nas leis brasileiras direitos tanto das mães encarceradas quanto de seus filhos. Contudo, também foi possível perceber que a legislação não é efetiva. Nota-se que a estrutura dos presídios se

encontra defasada e o sistema carcerário não favorece a convivência familiar entre mães e filhos.

Sendo assim, a realidade da mulher mãe encarcerada deve ser, indubitavelmente, área mais explorada, debatida e desenvolvida no país, visando avanços e a melhor estruturação do sistema prisional pela justiça brasileira, órgãos governamentais, o Conselho Nacional de Justiça e de Política Criminal e Penitenciária, incentivando Serviço Social universidades, ONG's, importantes mediadores e a sociedade civil, como um conjunto, a tratar sobre o tema e a buscar soluções para as mulheres. Deve existir, também, a preocupação que mulheres sejam escutadas para que suas necessidades sejam compreendidas de maneira clara.

Desta forma mais humanizada, que a sociedade encare essa realidade e perceba que o favorecimento de uma estrutura familiar, mesmo entre aquelas famílias que possuem indivíduos encarcerados, proporciona condições mais dignas para as crianças e ajuda a impedir que essas ingressem no mundo do crime. Ademais, a sociedade deve exercer sua função de cobrança, pleiteando a vigência da adequada política prisional para as mulheres que já se encontram dentro do sistema penitenciário brasileiro, e de seus filhos, como consequência. O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional auxilia a colocar nesse assunto o ênfase necessário.

REFERÊNCIAS

ALENCASTRO, Paola Larroque. Mães presidiárias e o direito da criança e do adolescente à convivência familiar. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wpcontent/uploads/sites/11/2018/09/paola_alencastro.pdf. Acesso em: 10 de set. de 2023.

AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do. Justiça da Infância e Juventude. Jurisprudência Catarinense. Florianópolis, 1989.

ANDRADE, Lucimary Bernabé Pedrosa de. Educação infantil: discurso, legislação e práticas institucionais. São Paulo: Editora Unesp; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2010. 193 p. ISBN 978-85-7983-085-3. Disponível em: <<http://books.scielo.org>>. Acesso em: 11 de set. de 2023.

ARANTES, Geraldo Claret de. Manual de prática jurídica do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/1990, comentários, modelos e procedimentos. 2. ed. Belo Horizonte: Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social e Esportes, Diretoria de Apoio aos Municípios e Conselhos, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 de set. de 2023.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 8.069/90, de 13 de julho de 1990.

BRASIL. Lei nº 13.257, de 08 de março de 2016. Lei da Primeira Infância. Brasília, DF, 08 mar 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm. Acesso em: 10 de set. de 2023.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a lei de execução penal. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, DF, 11 jul. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm. Acesso em: 10 de set. de 2023.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Regras de Bangkok. Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. 2016. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2019/09/cd8bc11ffdc397c32eecdc40afbb74.pdf>>. Acesso em: 10 de set. de 2023.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 22 de fev. 2022. BRASIL. Lei no 7210 de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 10 de set. de 2023.

BRASIL. Habeas Corpus 130. 152.932, São Paulo, 2018. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/559866864/habeas-corpus-hc-152932-sp-saopulo-0065620-4020181000000>>. Acesso em: 10 de set. de 2023.

BRASIL. Lei n. 13.769 de dezembro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13769.htm>. Acesso em: 10 de set. de 2023.

BRASIL. Lei nº 11.942 de 28 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11942.htm>. Acesso em: 10 de set. de 2023.

BRASIL. Lei nº 12.962 de 08 de abril 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12962.htm>. Acesso em: 10 de set. de 2023.

BRASIL. Lei nº 13.257 de 8 março 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm>. Acesso em: 10 de set. de 2023.

BRASIL. Lei nº 13.509 de 22 de novembro 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13509.htm>. Acesso em: 10 de set. de 2023.

BRASIL. Portaria interministerial nº 210, de 16 de janeiro de 2014. Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional –PNAMPE. Disponível em: <<https://carceraria.org.br/wpcontent/uploads/2018/01/documento-portaria-interm-mj-mspm-210-160114.pdf>>. Acesso em: 20 de set. de 2023.

BRASIL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), 3ª edição – Atualização: junho de 2017. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional. Salvador: JusPodivm, 2016.

CNJ. Regras de Bangkok. In: [cnj.jus.br](https://www.cnj.jus.br). 2016. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2019/09/cd8bc11ffdc397c32eecdc40afbb74.pdf>>. Acesso: 11 de set. de 2023.

DAVIM, Brenda Karolina Guedes. Criminalidade Feminina. Desestabilidade familiar e as várias faces do abandono. Disponível em: <file:///C:/Users/Nedir/Desktop/DAVIN.pdf>. Acesso em: 16 de set. de 2023.

GONÇALVES, H. S. Medidas socioeducativas: avanços e retrocessos no trato do adolescente autor de ato infracional. IN: ZAMORA, M. H. (Org.). Para além das grades. Elementos para a transformação do sistema socioeducativo. Rio de Janeiro: Editora PUC-RIO, 2005.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Comentários ao estatuto da criança e do adolescente. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MACHADO. Valeska Berman. Questão penitenciária e encarceramento feminino. Disponível em: <[file:///C:/Users/Nedir/Downloads/27471-141256-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Nedir/Downloads/27471-141256-1-PB%20(1).pdf)>. Acesso em: 21

de mai. de 2019.

MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ROCHA, Rodrigo Silva. A efetivação dos direitos humanos no sistema carcerário e sua relação com o conselho nacional de justiça. Brasília, 2021.

STF. Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental ADPF 347. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 01/06/2015. Disponível em: <stf.jus.br.>. Acesso em: 14 de set. de 2023.

STF. Habeas Corpus HC 446140 SP 2018/0089313-1 (STJ). Relator: Min. Ricardo Lewandowski T6 Sexta Turma DJe 13/08/2018. , disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 12 de set. de 2023.

YEPES, Rodrigo U. A Judicialização Política na Colômbia: Casos, Potencialidades e Riscos.

SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos. Sielo, 2007. Disponível em <<https://www.scielo.br/j/sur/a/ZgmvQKYdgyJFCv5hTHDYygS/>>. Acesso em: 15 de set. de 2023.

O IPTU VERDE: POLÍTICA DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE NO ÂMBITO MUNICIPAL

GREEN IPTU: ENVIRONMENTAL PROTECTION POLICY AT THE MUNICIPAL SCOPE

Lucas Gabriel Gomes Alves Cristiana Matos Américo

RESUMO: O progresso mundial desenfreado destrói o meio ambiente e produz externalidades negativas, situação que justifica a intervenção estatal por meio de ações que promovam o bem-estar da coletividade. Neste contexto, o artigo analisa como a introdução de uma política de incentivos fiscais no âmbito municipal pode constituir-se em via efetiva para a proteção ambiental. Partindo da compreensão da função extrafiscal do tributo busca-se demonstrar que para além de arrecadar dinheiro aos cofres públicos, o IPTU também pode ser utilizado como instrumento de defesa e conservação do patrimônio ambiental e imaterial da humanidade. Partindo do método indutivo, a técnica de pesquisa utilizada foi a revisão bibliográfica de trabalhos e ensaios empíricos publicados sobre o tema. A pesquisa contribui com a literatura, visto que clarifica como a faceta extrafiscal do tributo propicia o uso da tributação para a implementação pelo Estado de instrumentos que induzam determinados comportamentos dos contribuintes. Concluiu-se que para além da função arrecadatória, o tributo, em especial o IPTU Verde pode ser instrumento de incentivo a comportamentos individuais conscientes com a proteção ao meio ambiente, fazendo que o contribuinte saia da condição de mero espectador para promotor da tutela ambiental.

PALAVRAS CHAVE: Extrafiscalidade; Tributação Ambiental; IPTU Verde.

ABSTRACT: Unbridled global progress destroys the environment and produces negative externalities, a situation that justifies state intervention through actions that promote the well-being of the community. In this context, the article analyzes how the introduction of a tax incentive policy at the municipal level can constitute an effective path towards environmental protection. Starting from the understanding of the extra-fiscal function of the tax, we seek to demonstrate that in addition to raising money for public coffers, the IPTU can also be used as an instrument for the defense and conservation of humanity's environmental and intangible heritage. Starting from the inductive method, the research technique used was the bibliographic review of empirical works and essays published on the topic. The research contributes to the literature, as it clarifies how the extra-fiscal facet of the tax allows the use of taxation for the implementation by the State of instruments that induce certain taxpayer behaviors. It was concluded that in addition to the collection function, the tax, especially the Green IPTU, can be an instrument for encouraging individual behavior conscious of protecting the environment, transforming the taxpayer from being a mere spectator to promoting environmental protection.

KEYWORDS: Extradisfiscalidade; Environmental Taxation; Green IPTU.

Introdução

Ao elencar os valores que guiam o texto constitucional o preâmbulo da Carta Magna Brasileira de 1988, afirma que o Estado Democrático de Direito tem como intenção assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

Dentre os direitos sociais e individuais assegurados pela Constituição vigente, a sustentabilidade ambiental se transformou nas últimas décadas em uma pauta sine qua non nas discussões jurídicas. Com destaque para a compreensão da celeuma que abrange as questões ambientais, especialmente a partir da constatação que a aceleração dos processos que envolvem mudanças climáticas torna imperiosa a necessidade impor limites à corrida desenfreada pelo desenvolvimento econômico, sem cogitar minimamente as sequelas no plano ambiental.

De forma que, os debates sobre questões ambientais devem ser inseridos em um renovado conceito de desenvolvimento sustentável, derivado da compreensão de que os recursos ambientais são finitos. No mesmo diapasão, se faz indispensável a efetivação dos princípios da prevenção e da precaução, como condutores das políticas de desenvolvimento de longo prazo e, edificadas sobre o pressuposto que não se podem desconsiderar os riscos ambientais oriundos de determinadas políticas econômicas.

Adotando como premissa a função extradifical do tributo de gerar incentivos ou desincentivos para determinadas práticas e atuar com instrumento para efetivar políticas públicas e princípios de ordem econômica e social, o presente trabalho presta contribuição aos estudos que propõem a utilização do tributo como instrumento de proteção ambiental, especificamente por meio do "IPTU VERDE".

Neste contexto, ao partir da investigação se a utilização do IPTU Verde pode ser considerada uma via efetiva para a proteção ambiental, o presente artigo tem como objetivo principal demonstrar como a aplicação das disposições legais existentes na legislação tributária nacional, pode ser efetivamente empregado na defesa e conservação do patrimônio ambiental no âmbito municipal.

O chamado IPTU VERDE é uma política de incentivo fiscal cuja finalidade é reduzir o importe do tributo devido para os indivíduos que adotarem ações e práticas consideradas sustentáveis em seus imóveis. Ao julgar o meio ambiente como sustentáculo de toda a coletividade, nasce então a necessidade de criar novos mecanismos na busca de minimizar os efeitos nocivos causados pelas décadas de degradação desenfreada.

Neste trabalho, abordou-se a simbiose entre o Direito Tributário e Ambiental como ferreamentas chaves no processo de construção de novos paradigmas na esfera da proteção e conservação dos recursos naturais.

Assim, a pesquisa justifica-se tanto pela atualidade e relevância do tema quanto pela possibilidade de utilização de um tributo (IPTU) com caráter extradifical, como alternativa para proteção ambiental. Destaque que, dos 5.568 municípios brasileiros, apenas 55 utilizam o referido instrumento.

Para a consecução do objetivo da presente pesquisa, numa perspectiva interdisciplinar e dialética, realizou-se uma investigação do tipo jurídico-compreensiva. A partir do método indutivo, acrescentando informações novas nas premissas que foram dadas anteriormente.

1. Contextualização Legal e Princioplógica do Direito Ambiental no Brasil

O princípio do desenvolvimento sustentável está previsto de forma implícita na Carta Magna de 1988, podendo ser observado por meio de interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais, com destaque para o caput do 225 e artigo 170, inciso VI.

Os referidos artigos, impõem ao Estado e a coletividade obrigações interpretados pelo Supremo Tribunal Federal como irrenunciáveis no fim de salvaguardar "...os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5.340-MC/DF.2006)

O lampejo de criação dos artigos constitucionais supramencionados encontra-se alicerçado nos dogmas defendidos pelas conferências da ONU, com ápice na Conferência de 1972 em Estocolmo, tendo sido o seu princípio norteador a capacidade de transformar o meio ambiente em direito fundamental, a seguir:

O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequada em um meio, cuja qualidade lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, e tem a solene obrigação de proteger e melhorar esse meio para as gerações presentes e futuras (ONU, [2015?], (<https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente>)).

Diante do exposto, pode-se reputar o direito ao meio ambiente um direito fundamental, ainda que não esteja posto no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos, sendo qualificado pelo cunho social e não puramente individual. De tal forma que sua eficácia está umbilicalmente ligada à intervenção estatal, sendo fundamental o fornecimento dos subsídios para sua implementação à coletividade, coibindo as práticas perniciosas ao meio ambiente.

O legislador constituinte responsabiliza solidariamente o Poder Público e coletividade, pela salvaguarda do meio ambiente, com a intenção da sociedade abandonar práticas arcaicas responsáveis pela devastação dos recursos naturais, dizimando frações significativas dos elementos bióticos e abióticos (SILVA, P. F., 2018, p. 46).

Neste contexto, o direito ambiental surge como um ramo da ciência jurídica recente cuja previsão legal está ancorada na Constituição Federal de 1988 (artigo 225), como diploma acolhedor da Lei 6.938/81, propiciando o prosseguimento da política nacional de meio ambiente (DANTAS, 2014, p. 43).

Aos princípios do direito ambiental enquanto ramo autônomo, são construções teóricas que auxiliam na formação de uma corrente lógica de desenvolvimento por meio de conceitos básicos que orientam na construção dos instrumentos normativos da política ambiental (FARIA, 2012, p. 25).

Dentre os principais princípios ambientais sobressaem os princípios do poluidor-pagador, prevenção, precaução e da participação. Entretanto, insta salientar que não são ex-

clusivos do direito ambiental, pois são encontrados em outros ramos do direito, inclusive no direito econômico, por isso, a necessidade de um estudo conjunto desses ramos do direito (FARIA, 2012, p. 25).

A breve análise dos princípios supramencionados, demonstra que o do poluidor-pagador é o mais antigo e célebre deles. Seu objetivo é transpassar os custos da preservação e criar mecanismos de desestímulo aos poluidores, isto é, os gastos das medidas de preservação ambiental devem estar incluídos nos custos dos bens e serviços. A sua função precípua é incumbir o gerador pela emissão da poluição a considerar os custos ambientais no seu processo.

Faz-se mister definir que o princípio a longo prazo, busca que as empresas invistam em tecnologias menos poluentes, o que conseqüentemente reduzirá os custos de produção (BURSZTYN, M. A; BURSZTYN, M., 2013, p. 188-189). O referido princípio está disposto no artigo 4º, VII da Lei nº 6.938/81, que prevê a imposição de recuperar e/ou indenizar os danos causados na utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

Sustenta Faria (2012, p. 33) que o princípio do poluidor-pagador possui dois objetivos, quais sejam prevenir a ocorrência de dano ambiental, e quando necessário, repará-los, sendo sua responsabilidade arcar com os custos necessários à diminuição ou eliminação do dano causado. Ou seja, neste princípio o Estado impele o poluidor arcar com as despesas de prevenção dos danos que sua atividade gerou. Aspira a prevenção, porém após ocorrido o dano deverá o poluidor ser responsabilizado pela reparação do dano.

Já o princípio da prevenção, em consonância com a política ambiental, reafirma o entendimento que para o direito ambiental prevenir é melhor e menos oneroso do que remediar. Cabe tanto ao empreendedor público quanto privado adotar ações de prevenção de danos ambientais graves e irreversíveis com um custo aceitável e utilizando as melhores técnicas existentes, para controlar e evitar ações agressivas ao meio ambiente. Portanto, são medidas de gestão de riscos (BURSZTYN, M. A; BURSZTYN, M., 2013, p.191-192).

Acerca do princípio da precaução, este expande e acresce o princípio da prevenção, na medida em que possibilita ação desvinculada de uma certeza científica. Com o intuito de evadir-se do irreversível, é imprescindível instruir-se a pensar e agir com uma visão de longo prazo. Adotando medidas preventivas sempre que houver intervenção humana no meio ambiente, ainda que perante a incerteza quanto “à gravidade e a irreversibilidade dos efeitos adversos desta intervenção” (BURSZTYN, M. A; BURSZTYN, M., 2013, p. 192-193).

De acordo com este princípio, no momento da dúvida, originam-se os processos preventivos, de maneira que a prevenção e precaução sejam aplicados de forma conjunta visando a proteção da coletividade dos perigos que comprometam a integridade do meio ambiente e da vida no planeta (FARIA, 2012, p. 32)

Sobre o princípio da participação, entende-se que está diretamente ligado ao direito à informação, condição principal para garantir a participação da sociedade (cidadãos, associações, organizações) no confronto dos imbróglios ambientais. Afinal, os pagantes direta ou indiretamente dos custos da degradação ambiental é a sociedade, seja por meio do aumento de impostos, ou até mesmo com a depreciação da qualidade de vida (BURSZTYN, M. A; BURSZTYN, M., 2013, p. 196).

Nessa mesma seara desponta o princípio do desenvolvimento sustentável, visto que to-

dos os princípios discutidos culminam nele. De logo, cabe frisar que não há um conceito pacificado que defina desenvolvimento sustentável. O cerne da questão consiste em atingir a homeostase entre os recursos naturais disponíveis e o desenvolvimento humano, sem que haja para isso, o comprometimento da capacidade das futuras gerações (SILVA, P. F., 2018, p. 40-41).

Portanto, a sustentabilidade caminha em uma linha tênue visando a harmonia de interesses econômicos, ecológicos e sociais, sobrepujando a concepção de que os conflitos de interesses da sociedade podem ser resolvidos através da política de gestão do diálogo entre a coletividade.

Em virtude do que já foi tecido, infere-se que o Estado por meio de políticas públicas ambientais, pode colaborar para o desenvolvimento sustentável, a fim de garantir o asseverado no artigo 225 da Constituição Federal de 1988.

No concernente à competência em matéria ambiental, a Carta Constitucional atribui à União de forma concorrente com os demais entes federativos a defesa dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição.

Sobre a competência específica dos municípios e que serão objeto de estudo do presente trabalho, a Carta Magna estabelece que compete a estes legislar sobre interesse local. Assim, ao ponto em que se tornou pauta essencial o desenvolvimento sustentável, os municípios começaram a planejar o uso do meio ambiente de forma a atender a pressão sobre o meio físico, e almejando eficiência e equidade na distribuição de recursos naturais.

Neste contexto, tratando-se de política ambiental merece destaque a constatação de que “as cidades estão buscando, cada vez mais, mecanismos para a real sustentabilidade ambiental, no caso urbana, a fim de que seus habitantes vivam de uma forma mais saudável” (JAHNKE, 2012, p. 7).

Dentre as políticas adotadas na esfera de competência local ou descentralizada pelos municípios destacamos a utilização de instrumentos legais em matéria tributária, a exemplo do IPTU Verde.

O IPTU verde é um incentivo fiscal que surgiu visando fomentar a consciência da preservação ambiental na coletividade, e que de acordo com Vieira (2014) trata-se de um abatimento para o proprietário que “construir ou reformar o seu imóvel implantando sistemas ambientalmente eficientes, como captação e reuso de água, geração de energia e tratamento de resíduos”.

A análise conjunta dos princípios ambientais já destacados com as políticas tributárias voltadas a desestimular comportamento poluidor nos permite concluir que a tributação ambiental não tem como escopo obstar o progresso econômico, mas o referido progresso tem que estar em consonância com as normas, que tenham como efeito a manutenção dos bens ambientais ou, ao menos, retração significativa dos impactos sobre o meio ambiente.

2. A faceta extrafiscal do tributo e a tributação ambiental como instrumento de correção de externalidades negativas

O direito, mais que um conjunto de normas jurídicas, é um instrumento norteador de condutas que visa a concretização dos valores fundados em seu ordenamento. Anali-

sando essa proposição, verifica-se o seu caráter proeminentemente instrumental, visto que por meio das normas, o direito busca concretizar os fins e finalidades do ordenamento jurídico.

A tributação extrafiscal é uma expressão desse caráter instrumental do direito no âmbito tributário, pois utiliza o tributo com fito diverso do fiscal. O descrito acima se traduz na entrega de parcela do seu patrimônio ao Estado com repercussões além da meramente arrecadatória, estimulando ou dissuadindo a prática de diversas condutas.

Em que pese o aspecto compulsório das relações jurídico-tributárias, para o Sistema Tributário Nacional, tributo não é sanção, de tal maneira torna-se impossível criar tributos incidentes sobre ações danosas ao meio ambiente, porém é lícito utilizar a extrafiscalidade para majorar ou minorar estes de forma a incentivar ou desestimular comportamentos (FARIA, 2012, p. 41).

O tributo pode ter funções fiscal, extrafiscal ou parafiscal, sendo possível ainda que tenham mais de uma função simultaneamente. Enquanto a tributação fiscal é puramente arrecadatória, a função extrafiscal vale-se do tributo com intento de regular, incentivar ou desestimular os contribuintes a atuar de maneira estipulada, por julgar apropriado ou danoso ao interesse público.

A extrafiscalidade tributária está direcionada à acessão do bem comum, propiciada pelo Estado que utiliza de seu poder-dever, respeitando os limites Constitucionais ou estabelecidos por leis. Mecanismos esses, capazes de proporcionar, ao Estado, resultados da intervenção estatal no meio social e econômico. Afirmando ainda que o Estado é o encarregado em apresentar uma contrapartida desses tributos que incidem a extrafiscalidade (MARTINS, 2012, p. 2).

O interesse comumente manifestado com a extrafiscalidade surge com o intuito de corrigir as situações sociais ou econômicas destoantes e indesejadas - estímulo ou desestímulo de certas atividades, nos termos da Constituição (arts. 43, § 2º, III; 151, I, 153, I e II; 153, § 4º; e 182, § 4º).

Compreendida a extrafiscalidade enquanto uma das atribuições empreendidas pelos tributos, bem como a possibilidade de criar ou majorar tributo como forma de sanção. Passa-se investigar de que maneira a tributação pode ser empregada como instrumento governamental para defesa do meio ambiente e prevenção à poluição, em suas diversas modalidades.

O tributo com propósito de proteção ambiental, bifurca-se em, no mínimo, duas funções fundamentais, quais sejam; i) buscar compor com a arrecadação de recursos destinados a remediar a degradação ambiental perpetrada; ii) induzir, seja positiva ou negativamente, condutas visando a defesa e preservação ambiental (OLIVEIRA, 1999, p. 19).

A segunda bifurcação elencada acima, trata das externalidades as quais referem-se aos impactos da produção de bens ou serviços sobre pessoas que não estão diretamente ligadas com a atividade. Sendo estas, positivas ou negativas. De forma a facilitar a compreensão, a exemplo de positiva, imagine a relação entre um produtor de maçãs e um produtor de mel, tendo em vista que a florada das maçãs tem reflexos positivos sobre a produção de mel. Da mesma maneira que as negativas são traduzidas pelos custos econômicos que conduzem externamente ao mercado e que, não há uma compensação pecuniária, tendo em vista a sua transferência sem preço, por exemplo a poluição do ar (DANTAS, 2014, p. 50).

Conseqüentemente, buscando corrigir as externalidades ambientais negativas, o Estado, por meio de políticas públicas, aspira persuadir os agentes econômicos a ponderar os custos sociais da degradação ambiental em seus cálculos. Essas políticas são materializadas por meio da regulação direta ou pela adoção de incentivos e instrumentos econômicos eficientes para induzir o poluidor a controlar os níveis de consumo dos recursos naturais e o volume de suas emissões (DANTAS, 2014, p. 51-52).

Existem dois métodos do Estado atuar na economia: a atuação direta, por absorção ou por participação; e a atuação indireta - também chamada de intervenção - seja por direção ou por indução. A que nos interessa para o presente trabalho é a indução, denominada como intervenção melhor e mais comumente aplicada ao Direito Ambiental, uma vez que é se apresenta como a medida mais eficaz para impedir danos ambientais significativos (DANTAS, 2014, p. 52-53).

Em síntese, os problemas ambientais decorrem da falha dos mecanismos de mercado na alocação ótima dos recursos. Em outros termos, a degradação ambiental acontece quando agentes econômicos ignoram os custos impostos à sociedade pelos danos causados ao meio ambiente. Sendo necessário nesse momento, a internalização das externalidades ambientais, buscando o uso racional dos recursos naturais, derivando intervenção do Estado no domínio econômico para sua contenção (MENDES, 2008, p.88). Surge então a tributação ambiental como forma legítima e necessária na medida em que alcança o bem comum e atende ao princípio constitucional de proteção ambiental pelo Poder Público e pela coletividade, preceituado no art. 225 da Constituição Federal. A união entre meio ambiente e economia necessariamente tem de se fazer sentir no interior do ordenamento jurídico, tendo em vista que a realização do art. 225 da Constituição Federal passa pela efetivação do art. 170, e vice-versa (MENDES, 2008, p.69).

É imprescindível destacar que a tributação ambiental não objetiva punir comportamentos ilícitos. De maneira oposta, fundamentado no reconhecimento da necessidade de uma atividade econômica para a sociedade empenhar-se-á na readaptação de condutas ambientais indesejáveis, por intermédio do reflexo originado pela imposição tributária.

A Constituição de 1988, em seu art. 170, manifesta de forma clara a propensão do legislador constituinte pela atuação intervencionista em contraposição aos moldes da economia liberal, alicerçado pelo princípio da auto-regulamentação da economia. Os princípios relativos à ordem econômica contemplam a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente e a redução das desigualdades regionais e sociais, como objetivos que podem justificar a intervenção do Estado na sua garantia e efetivação (MENDES, 2008, p.86).

De modo que, uma interpretação sistemática do texto constitucional nos permite concluir que a eficiência do sistema tributário ambiental “deve atender aos requisitos da ordem econômica, conjugando legalidade, tributação e proteção ambiental, racionalizando os gastos estatais na perspectiva da preservação” (FARIA, 2012, p. 42).

Portanto, a extrafiscalidade tributária, em sua vertente de Tributo Ambiental *stricto sensu*, é apoiada essencialmente na proteção do meio ambiente, e constitui-se por “isenções, benefícios fiscais, progressividade de alíquotas, finalidades especiais, entre outras formas que assume, criando diferenças entre os indivíduos” (MIGUEL, LIMA, 2012, p.10). Uma importante observação a ser destacada ainda refere-se ao aludido por Heleno Tôr-

res, quando refere-se ao exercício da competência tributária, visando a proteção ambiental, sustenta que está deve “vir acompanhando os próprios contornos da autorização para legislar em matéria ambiental” (TÔRRES,2005,p.99), com a intenção de distanciar-se da utilização do pretexto de preservação ambiental, seja este o meio ambiente artificial, natural, cultural ou até mesmo do trabalho, cria-se tributo novo com propósito puramente arrecadatário.

3- O IPTU verde e a proteção ambiental

Estudamos ao longo dos capítulos anteriores sobre a base legal e principiológica do direito ambiental brasileiro e examinamos a extrafiscalidade do tributo e sua instrumentalização como meio de proteção ambiental. Inferimos que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Mas protegê-lo e preservá-lo, é papel tanto do Estado quanto da própria coletividade em benefício das presentes e futuras gerações. Tudo o que foi compreendido até o momento culmina na questão central do presente trabalho, o IPTU Verde e a possibilidade da sua efetiva utilização na defesa e conservação do patrimônio ambiental.

De forma inicial, faz-se mister destacar que o Imposto Predial e Territorial Urbano, de acordo com o artigo 16 do Código Tributário Nacional é “o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte”. Este de competência municipal disposto no artigo 156, 1 da Constituição Federal tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel urbano.

Além da CF/88, as políticas ambientais municipais são tuteladas pelo Estatuto da Cidade, lei que determina as diretrizes gerais da política urbana. E para o desenvolvimento e execução desta, o seu art. 4º, enumerou vários mecanismos, dentre os quais estão os institutos tributários e financeiros (inciso IV), através do IPTU.

Apesar do IPTU possuir, via de regra, natureza fiscal, com a finalidade de salvaguardar o funcionamento Estado e da coletividade, também detém função extrafiscal que tem por objetivo induzir determinados comportamentos. Dentre eles, cumprir a função social da propriedade a partir do Estatuto da Cidade, fixando alíquotas diferentes conforme a localização e utilização do imóvel e descontos em diferentes níveis para contribuintes que adotem práticas sustentáveis em seu imóvel urbano.

O viés ambiental do IPTU, goza de várias nomenclaturas entre as mais populares estão o “IPTU VERDE”, “IPTU ECOLÓGICO”, “IPTU AMBIENTAL” ou ainda “IPTU SUSTENTÁVEL”, todas com o propósito de demonstrar que este imposto está em consonância com as diretrizes do Estatuto da Cidade, posto que enfatiza a função socioambiental, buscando provocar e estimular comportamentos alinhados com a sustentabilidade ambiental.

Como sustentado por Regina Helena Costa, o IPTU é um instrumento tributário baluarte para a preservação ambiental, visto que a propriedade urbana “está igualmente afetada ao cumprimento da função social e satisfaz esse requisito quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”. (COSTA,2005. p.327). Por outro lado, é mais célere e eficaz que ao invés de criar novos tributos, especialmente em um país com a carga tributária do Brasil, adote-se medidas de incentivos fiscais para as pessoas físicas e jurídicas que optem por investir na proteção ambiental. Instauran-

do-se então o IPTU Verde como forma de sanção premial (DANTAS, 2014, p. 75-76).

O IPTU verde é um mecanismo por meio do qual se aplica descontos em diferentes níveis para contribuintes que adotam práticas sustentáveis em sua propriedade urbana, por ser um tributo municipal, os descontos e as medidas levadas em conta para o IPTU variam de acordo com cada localidade (LIMA, 2017, não paginado).

Dessa forma, percebe-se que o direito de propriedade cedeu seu foco individualista e patrimonialista, para uma perspectiva coletiva, condicionando o exercício da função social ao respeito ambiental e o direito/dever de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Com isso, a preservação, conservação e uso sustentável dos recursos naturais além de proporcionar uma melhora na qualidade de vida dos indivíduos, também proporciona economia ao contribuinte por meio da redução do valor pago pelo Imposto Predial e Territorial Urbano.

Deste modo, o contribuinte do IPTU deixar de portar-se como mero expectador na salvaguarda do patrimônio ambiental para assumir ativamente o papel que lhe é devido de proteger o meio ambiente, como uma fonte finita de recursos naturais que foram com o decurso do tempo tornando-se escassos, cumprindo os preceitos do art. 225 da CF/88. Malgrado as discussões ambientais terem ganhado maior relevância desde 1972, com a Conferência de Estocolmo, sendo adotados em cidades como Berlim, Dublin, Helsinque, Medellín e Bogotá, somente a partir de 2017 os municípios brasileiros vêm despertando para sua função no desenvolvimento sustentável com a proposição de leis ambientais. Dentre o universo dos municípios brasileiros que adotaram as leis de concessão de benefícios fiscais, por meio do chamado IPTU Verde, foram analisadas aproximadamente 30%, sendo citados como exemplos os municípios de Salvador/BA e Guarulhos/SP, da análise constatou-se a inexistência de critérios comuns para estabelecer os percentuais de descontos das respectivas alíquotas.

Na cidade de Salvador, na Bahia, o desconto se dá pela seguinte maneira:

Artigo 1. A certificação IPTU VERDE será obtida pelo empreendimento que adotar ações e práticas de sustentabilidade relacionadas no ANEXO 1, correspondendo cada ação à pontuação ali estabelecida, da seguinte forma:

I - o empreendimento que atingir, no mínimo, 50 (cinquenta) pontos será classificado como BRONZE;

II - o empreendimento que atingir, no mínimo, 70 (setenta) pontos será classificado como PRATA;

III - o empreendimento que atingir, no mínimo, 100 (cem) pontos será classificado como OURO.(...)

Artigo 1. Será concedido desconto na cobrança do IPTU para todas as unidades imobiliárias autônomas que compõem a edificação, da seguinte forma:

I - desconto de 5% (cinco por cento), quando houver a certificação BRONZE;

II- desconto de 7% (sete por cento), quando houver a certificação PRATA;

III - desconto de 10% (dez por cento), quando houver a certificação OURO.

(...)

Já em Guarulhos, o desconto está exposto no artigo 61, da Lei 6.793/10, nos termos a se-

guir:

Art. 61 Será concedido desconto de até no máximo 20% (vinte por cento) no valor do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU anual devido, pelo período de cinco exercícios consecutivos contados a partir do exercício seguinte ao da efetiva implantação ou no caso de imóveis que já tenham adotado as medidas ambientais na data da publicação da presente Lei, a partir do exercício seguinte ao da comunicação ao órgão fazendário, para os imóveis edificadas que adotem duas ou mais medidas a seguir enumeradas:

- I - sistema de captação da água da chuva: 3% (três por cento) de desconto;
- II - sistema de reuso de água: 3% (três por cento) de desconto;
- III- sistema de aquecimento hidráulico solar: 3% (três por cento) de desconto;
- IV - sistema de aquecimento elétrico solar: 3% (três por cento) de desconto;
- V- construções com material sustentável: 3% (três por cento) de desconto;
- VI - utilização de energia passiva: 3% (três por cento) de desconto;
- VII- sistema de utilização de energia eólica: 5% (cinco por cento) de desconto;
- VIII - instalação de telhado verde, em todos os telhados disponíveis no imóvel para esse tipo de cobertura: 3% (três por cento) de desconto;
- IX - separação de resíduos sólidos, benefício a ser concedido exclusivamente aos condomínios horizontais ou verticais, e que, comprovadamente, destinem sua coleta para reciclagem e aproveitamento: 5% (cinco por cento) de desconto.

Da leitura do artigo supramencionado, resta claro que as hipóteses dos incentivos fiscais a título de IPTU Verde, aplicado pelo Município de Guarulhos são demasiadamente extensas, de modo que não se restringe somente à arborização; estão em absoluta conformidade com evolução tecnológica dos materiais, serviços e recursos disponíveis (DANTAS, 2014, p. 91).

Em geral, a regra-matriz de incidência do IPTU Verde, comporta a redução ou até mesmo isenção de alíquotas. A primeira, ocorre quando há redução do quantum de tributo que deve ser pago, não culminando no desaparecimento do objeto da obrigação, propiciando apenas a redução do montante a ser recolhido aos cofres públicos. Já no segundo, ocorre a dispensa legal do pagamento da obrigação tributária, consoante artigo 175, 1 do CTN (DANTAS, 2014, p. 84).

Dantas (2014, p. 85) dispõe ainda que na: regra-matriz do IPTU verde, na forma premial aqui proposta, todos os critérios permanecem os mesmos, com exceção do elemento material, que será qualificado com os comportamentos que o ente tributante visa estimular por reputá-los adequados à proteção e preservação do meio ambiente, e do critério quantitativo que será modificado. Essa modificação poderá ocorrer por meio de norma isentiva ou pelo mecanismo de redução de alíquota. (DANTAS, 2014, p. 85)

Endossa ainda Dantas (2014, p.85), alicerçado nos artigos 32 e 34 do CTN, que a extração da regra matriz de incidência tributária (hipótese + consequência) do IPTU, tem como norte os critérios e componentes a seguir:

- 1 - Critério material: é o comportamento humano, isto é, ser proprietário de um bem imóvel ou ser titular do seu domínio útil ou ser possuidor deste imóvel;

2 - critério espacial: a zona urbana do Município que instituiu o IPTU (art. 32, caput do CTN);

3- critério temporal: é a identificação do momento da incidência do fato, pois é esse o momento em que surge a obrigação tributária, e depende da disposição da legislação municipal. Em regra, contudo, esse critério temporal corresponde a 1º de janeiro de cada exercício;

4 - Critério pessoal: o sujeito passivo é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título (art. 34 do CTN), e o sujeito ativo é o Município ou a Fazenda Pública Municipal (art. 32, caput do CTN);

5 - critério quantitativo: a base de cálculo é o valor venal do imóvel (art. 33 do CTN) e a(s) alíquota(s) será(ão) aquela(s) fixada(s) pelo Município.

De maneira geral, estão entre as principais medidas incentivadas pelo instituto do IPTU Verde a instalação de sistemas de captação de água de chuva, construção de cobertura vegetal, preservação de áreas permeáveis maiores que as exigidas pela municipalidade, instalação de sistemas de captação de energia solar, plantio de árvores em frente à residência e construção com materiais sustentáveis (LIMA, 2017, não paginado).

Levando em consideração as circunstâncias urbanas insustentáveis, no que concerne a grande produção de resíduos, sem meio adequado para reciclagem, assim como a crescente urbanização e êxodo rural, críticas são feitas em relação ao conceito de cidades sustentáveis. Não existem de fato cidades sustentáveis modelos, mas são um conceito a ser perseguido, cada vez mais, com o intuito de solucionar os problemas locais (PESSOA, 2008, p. 36).

Depreende-se que o IPTU Verde, concretiza-se como um dos mecanismos da política urbana, resultado em benefício fiscal, sendo um cristalino exemplo da aplicação da extrafiscalidade. Dessa forma, contribui de modo direto para a causa ambiental, assessora contundentemente a mudança de paradigma cultural ao comprometer os habitantes dos municípios na proteção da natureza, transformando a sociedade em agentes conscientes de práticas sustentáveis e a necessidade de tomá-las.

Em relação aos critérios do campo da legalidade do IPTU Verde, deve-se observar que em razão de regularem incentivos fiscais de natureza tributária, a sua concessão está subordinada ao respeito do regime jurídico tributário. Pois dele emanam os preceitos de cumprimento inquestionáveis. Logo, em conformidade com o já aludido, o IPTU verde e todo e qualquer tributo só será constitucional se plenamente previsto em lei, sem que nenhum dos critérios da regra matriz seja delegado para regulamentação por parte da Administração.

A lei que institui o IPTU verde deve prever ainda de forma clara e exata como deve ser realizada a concessão do benefício fiscal, em consonância com as regras do artigo 170 do Código Tributário Nacional já que não se trata de uma redução concedida de forma geral, dependendo a concessão do benefício de requerimento do interessado e despacho fundamentado da autoridade administrativa que reconheça a existência dos pré-requisitos legais.

Embora ainda pouco utilizado, o IPTU verde pode constituir-se em mecanismo eficaz para a efetivação da proteção ambiental ao ponto tem o condão de estimular o comportamento do contribuinte para a o gozo consciente dos recursos naturais, evitando a

poluição desenfreada, exercendo o seu dever de proteção ambiental, e proporcionando o desenvolvimento sustentável da cidade. E em contrapartida, o Município premia as condutas induzidas por meio de redução do imposto pago pelo contribuinte (DANTAS, 2014, p. 92).

A adesão de mais municípios ao IPTU VERDE, pode significar em alternativa de controle à degradação ambiental perpetrada no meio urbano, ao passo que incentiva práticas sustentáveis pelos contribuintes do imposto, proporcionando uma gradativa rumo à adoção do consumo consciente de recursos naturais.

4- Conclusão

O conceito de desenvolvimento sustentável carrega em seu bojo algumas divergências no que tange a maneira de garanti-lo e efetivá-lo. Tendo em vista que por um lado existe a proposição de impossibilidade da promoção de um desenvolvimento adequado com os parâmetros de sustentabilidade atuais, e da outra, há o confronto que só seria possível preservar os ideais adequados de uma vida digna se a concepção de sustentabilidade estiver intrínseca.

Nessa seara, faz-se mister a transformação da ideologia coletiva a respeito do cenário ambiental no qual o Brasil está inserido. Torna-se evidente a importância da inserção de uma postura ativa dos cidadãos que é viabilizada, dentre outras, por meio da tributação ambiental.

É imperioso destacar que juntamente com os instrumentos legais, é preciso a implementação de uma educação politizada como um dos principais vieses para a fomentar e manter um desenvolvimento sustentável, partindo do pressuposto que os indivíduos não costumam proteger ou preservar aquilo que acreditam que não seja seu ou não influencie diretamente sobre as suas vidas. Portanto, assim como em outros campos, a educação é um instrumento responsável por conscientizar a coletividade sobre a relevância de se preservar.

A inserção de educação politizada em matéria ambiental em conjunto com uma política de incentivos fiscais se sobressai como uma maneira concreta e eficaz de induzir comportamentos. À vista disso, os indivíduos que praticam atos que levem ao benefício ecológico, recebem uma redução de alíquota do IPTU, como forma de valorização dos atos ecologicamente praticados.

Desse modo, o Imposto Territorial Predial Urbano (IPTU) na sua faceta extrafiscal denominado IPTU Verde, tem por finalidade incentivar medidas de preservação de imóveis urbanos. E de acordo com o Estatuto da Cidade, esse viés ambiental é fundamental por também fazer com que a propriedade imobiliária cumpra sua função social.

Nessa perspectiva, o IPTU Verde situa-se no contexto dos benefícios extrafiscais ao garantir alíquotas reduzidas, descontos, ou até mesmo isenções para os contribuintes que praticarem ações reputadas como ambientalmente importantes para a lei municipal.

Por isso, se entendermos as cidades como construções dinâmicas e contingentes, e compreendendo que não podemos retirar o ser humano delas, para almejar uma cidade sustentável é preciso garantir também o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento básico, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações..

Partindo das premissas trazidas durante o presente artigo, entendemos que o IPTU Verde é uma temática de essencial relevância e interesse social, tanto por tratar-se de uma concepção relativamente nova sobre o desenvolvimento sustentável no meio urbano, quanto diante da necessidade de gerar instrumentos para frear a degradação ambiental causada pelos seres humanos.

No intuito de preservar e proteger os recursos naturais, o IPTU Verde se destaca como um mecanismo integralmente apto a efetivar o direito ao meio ambiente saudável e equilibrado, por meio de políticas públicas.

A utilização sustentável dos recursos da natureza, a proteção e preservação ambiental são primordiais para a manutenção da vida humana. Dessa forma, a redução ou isenção do valor do IPTU fornece em diversos sentidos, um estímulo para a efetivação da cultura de equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e o meio ambiente, alicerçados nas práticas sustentáveis e na consciência de viver em um ambiente saudável no presente e no futuro.

Referências Bibliográficas

BRASIL, Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001). Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm>. Acesso em: 13. jun. 2022;

BRASIL. Conferência Rio-92 sobre o meio ambiente do planeta: desenvolvimento sustentável dos países. Em discussão, Brasília, [201-]. Disponível em:< <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/rio20/a-rio20/conferencia-rio-92-sobre-o-meio-ambiente-do-planeta-desenvolvimento-sustentavel-dos-paises.aspx>>. Acesso em: 05 jun. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional). Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm>. Acesso em: 10 jun. 2022;

BRASIL. Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 ago. 1981. Disponível em:< <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5.340-MC/DF. Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Melo. Brasília DJ 03 fev. 2006. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%205340%20MC%20DF%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cx8uowy>>.

Acesso em: 21 jun. 2022;

BURSZTYN, M. A ; BURSZTYN, M. Fundamentos de política e gestão ambiental: os caminhos do desenvolvimento sustentável. Rio de Janeiro: Garamond, 2012.

COSTA, Regina Helena. Apontamentos sobre a tributação ambiental no Brasil. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). Direito Tributário Ambiental. São Paulo: Malheiros, 2005;

DANTAS, Gisane Tourinho. O IPTU verde como instrumento de efetividade da função socioambiental da propriedade privada urbana. 2014. Disponível em:<<https://repositorio>

ufba.br/bitstream/ri/15271/1/GISAN E%20TOURINH0%2 ODANTAS.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2022;

FARIA, Ana Luisa Sousa. O Iptu e a tributação indutora como instrumento para o desenvolvimento sustentável. 2012. fls. 106. Dissertação (Mestrado)-Universidade do Estado do Amazonas, Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental, 2012. Disponível em: <http://www.pos.uea.edu.br/data/area/titulado/download/58-1.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2022.

JAHNKE, Letícia Thomasi; WILLANI, Sheila Marione Uhlmann; ARAUJO, Tiago Luiz Rigon. O IPTU verde: práticas sustentáveis trazem benefícios financeiros à população. "Revista Eletrônica do Curso de Direito - UFSM". Disponível em:< <http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs2.2.2/index.php/revistadireito/article/viewFile/8341/5026>>. Acesso em: 24 jan. 2014;

JESUS, Paulo Roberto Rocha de.Coerção, Coação e Imperatividade: Como Distinguilos? Disponível em: <<http://www.artigojus.com.br/2012/04/coercao-coacao-e-imperatividade.html>>. Acesso em: 28 jun. 2022;

LIMA, Valdeci Bento Ferreira. IPTU "verde ou ecológico". Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 28 out. 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50171/iptu-quot-verde-ou-ecologico-quot>. Acesso em: 20 jun. 2022.

MARTINS, Juliana Xavier Fernandes; MURARI, Gabriel Garcia. Os princípios ambientais na política nacional dos resíduos sólidos. A Questão principiológica. In: BECHARA, Erika (Organizadora). Aspectos relevantes da Política Nacional de Resíduos Sólidos. São Paulo: Atlas, 2013;

MENDES, Leonardo Costa Andrade. A extrafiscalidade na tributação ambiental no Brasil. 2008. Tese de Doutorado. Dissertação em Mestrado. Itajaí (SC). Disponível em: <http://siai-bib1.univali.br/pdf/Leonardo%20Costa%20Andrade%20Mendes.pdf>>. Acesso em: 10 de junho de 2022.

MIGUEL, Luciano Costa; LIMA, Lucas Azevedo de. A função socioambiental do IPTU e do ITR. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/view/1455/1046>>. Acesso em: 26 de junho de 2022.

MUNICÍPIO DE GUARULHOS-SP. Lei nº 6.793/2010. Disponível em:<http://leis.guarulhos.sp.gov.br/06_prefeitura/leis/leis_download/06793lei.pdf>. Acesso em: 23 maio. 2022;

MUNICÍPIO DO SALVADOR-BA. Lei nº 8.474/2013. Disponível em:< http://www.dom.salvador.ba.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=196 > Acesso em: 23 maio. 2022;

OLIVEIRA, José Marcos Domingues. Proteção ambiental e sistema tributário - Brasil e Japão: problemas em comum? In: MARINS, Jaime (Coord.). Tributação e Meio Ambiente. Livro 2.1.ed. (ano 2002). 9. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011 (Coleção Tributação em Debate, v.2) PESSOA, Rodrigo Magalhães. O IPTU ambiental fundamentos jurídicos para sua aplicação. Belém/PA. 2008.

NOVAS FONTES DE FINANCIAMENTO PARA GASTO PÚBLICO

NEW SOURCES OF FINANCING FOR PUBLIC EXPENDITURE

Mateus Rodarte de Carvalho

Resumo

O tema deste trabalho propõe responder à seguinte questão: como implantar novos tributos no contexto da economia digital e da reforma tributária para custear despesa pública do Estado? O objetivo central deste projeto de pesquisa é discutir os novos tributos a serem implantados no atual contexto da economia digital e a reforma tributária para financiar os presentes e os futuros gastos públicos. Para o país, é importante o equilíbrio entre o tamanho do gasto público que reflete no desenvolvimento e no crescimento econômico dos setores privado e público e tamanho da sua efetiva arrecadação de tributos. O mundo já vem observando reflexos da 4ª Revolução Industrial com a economia digital que modificou a forma de comercializar bens e serviços. Pensar em reforma tributária para o aumento da arrecadação como forma de custear os gastos públicos é adentrar no mundo da economia internacional porque envolverá transações comerciais entre países, sem falar da rigidez para se alterar a legislação tributária brasileira. Neste aspecto, no caso do Brasil, é pensar em implantar contribuições de intervenção de domínio econômico; porque o processo legislativo para sua aprovação, publicação e validação é menos burocrático. Outra possibilidade de incremento na arrecadação é a criação do IGF, uma vez que já existe o mapeamento dos dados da população e qual renda tributar, porém, a desvantagem é o custo político de sua implantação.

Palavras-chave: Tributo. Financiamento. Arrecadação. Gasto Público. Economia Digital.

Abstract

The theme of this work proposes to answer the following question: how to implement new taxes in the context of the digital economy and tax reform to cover the State's public expenditure? The central objective of this research project is to discuss the new taxes to be implemented in the current context of the digital economy and tax reform to finance current and future public spending. For the country, it is important to strike a balance between the size of public spending that reflects the development and economic growth of the private and public sectors and the size of its effective tax collection. The world is already observing the effects of the 4th Industrial Revolution with the digital economy that has changed the way goods and services are sold. Thinking about tax reform to increase revenue as a way of paying for public spending is to enter the world of the international economy because it will involve commercial transactions between

countries, not to mention the rigidity of changing Brazilian tax legislation. In this aspect, in the case of Brazil, it is thinking about implementing intervention contributions in the economic domain; because the legislative process for its approval, publication and validation is less bureaucratic. Another possibility of increasing revenue is the creation of the IGF, since mapping of population data and what income to tax already exists, however, the disadvantage is the political cost of its implementation.

Keywords: Tribute. Financing. Collection. Public Spending. Digital Economy.

1-) INTRODUÇÃO

A atual conjuntura econômica, financeira e social do mundo associada à economia digital, em especial o Brasil, trouxe em discussão as novas fontes de financiamento de políticas públicas. Nesse contexto, o tema deste trabalho de pesquisa trata das possíveis e novas receitas tributárias para custear o gasto público.

A tributação na economia digital tem se tornado cada vez mais relevante e importante, pois com o crescimento exponencial das atividades econômicas online, muitos países têm buscado formas de garantir que as empresas do setor contribuam adequadamente para a arrecadação dos respectivos tributos.

No contexto da nova tributação concomitante com a economia digital, o Estado deve se preocupar como administrar o gasto público e prover políticas públicas equilibrando as contas públicas e atendendo as demandas sociais e econômicas da sociedade, ou seja, equalizando políticas públicas com gasto e receitas públicas, buscando a eficiência de Pareto.

A hipótese desta pesquisa baseia-se na implantação de novos tributos e na reforma tributária considerando o cenário da economia digital, como por exemplo, a tributação das plataformas de streaming, criptomoedas por meio da Contribuição Provisória de Movimentação Financeira - CPMF, assim como a instituição do Imposto sobre Grandes Fortunas – IGF que está previsto na Constituição Federal – CF para custear o gasto público do Estado.

O objetivo central deste projeto de pesquisa é discutir os novos tributos a serem implantados no atual contexto da economia digital e da reforma tributária para financiar os gastos públicos presentes e posteriores.

Conforme trabalho de FOSSATI e NAVARRO (2022), observa-se que os aplicativos são uma das principais novas fontes de inovação na economia e continuam tendo um crescimento espetacular nas vendas, mesmo durante crises econômicas. Os aplicativos móveis permitem ganhos de eficiência significativos, melhorando a maneira como as pessoas se comunicam, acessam informações e obtêm serviços. Os aplicativos estendem o alcance de comunicação da internet além do computador tradicional e permitem que os usuários se beneficiem de uma miríade de serviços de informação praticamente em qualquer lugar ou a qualquer hora que desejarem. Esse acesso quase ilimitado suscita uma diferença comportamental dos consumidores em comparação a canais tradicionais, objeto de estudo na Academia.

A implantação do Imposto Sobre Grandes Fortunas - IGF é um instrumento imprescindível para a instauração de uma política fiscal mais equitativa e equilibrada, promovendo

a diminuição da regressividade do sistema tributário do Brasil. Salienta-se que IGF é um tributo com a capacidade de realizar justiça tributária e social ao promover a redução das desigualdades sociais e regionais, por meio da distribuição e participação de todos os entes federativos do Brasil (QUINTELA, 2018).

O objetivo primordial do trabalho é desmembrado em objetivos específicos que melhor detalham o escopo, são eles: abordar os gastos públicos a serem financiadas pelas novas fontes de arrecadação, descrever os novos tributos na economia digital, a reforma tributária com a implantação de novos tributos como o caso do IGF.

1.1-) Justificativa

Na atual conjuntura de aumento dos gastos públicos decorrentes das mudanças de legislação trabalhista, respingos econômicos e sociais da pandemia do COVID-19 e crise financeira; o Brasil enfrenta redução da arrecadação tributária e aumento da despesa pública, enfatizando o aumento da despesa com seguridade social. Portanto, o assunto sobre a criação de novos tributos na economia digital como a atualização da base de cálculos de alguns tributos, implantação de novos, seja nas atividades comerciais no mundo virtual como, a as moedas digitais, assim como, a instituição do Imposto sobre Grandes Fortunas, são temas atuais e tempestivos. Justifica-se a criação de novos tributos, porque esse recai sobre e-commerce que já existe e há uma lacuna tributária e a situação do IGF que recai sobre a população mais rica. Ao taxar as transações virtuais como comercialização de assinaturas de streaming, bitcoins, jogos virtuais e os grandes patrimônios (fortunas), a sua respectiva arrecadação será destinada a equalizar o custo de oportunidade com a arrecadação destes tributos que serão utilizados para o custeio dos gastos públicos.

Segundo a PISCITELLI (2019), tributação da economia digital envolve a imposição de ônus sobre diversas atividades e transações que se verificam pelo uso maciço da internet, que expandiu as possibilidades de realização de operações comerciais. Isso vale, naturalmente, tanto para o comércio de bens físicos, por meio de plataformas digitais ou sites de e-commerce, quanto para as operações que envolvem bens e serviços digitais, como programas de computador, acesso à conteúdo de áudio e vídeo disponibilizado via streaming, computação na nuvem e outros..

No caso do IGF, os exemplos internacionais apresentaram uma arrecadação satisfatória após sua implantação, justificando a instituição deste tributo como nova fonte de receita para financiar as despesas públicas do Estado. Por auxiliar a arrecadação dos demais tributos por conta da logística de arrecadação e do cruzamento de dados, merece destaque, uma vez que a declaração geral de bens amenizaria o risco de sonegação fiscal existente em outros tributos. Desta forma, o potencial arrecadatório e a efetividade do Imposto sobre Grandes Fortunas, caso seja instituído e implementado no Brasil, são relevantes. Assim, ressalta-se que o IGF é um tributo condizente e correlacionado com os princípios da capacidade contributiva, da igualdade e da progressividade, e mais, tem-se bons exemplos internacionais de sucesso na sua aplicação, com resultados positivos, efetivos e satisfatórios que amparam e justificam sua aplicação, mostrando que os argumentos contrários a implantação ao imposto não passam de questões de ideologia e política (SOUZA, 2014).

As democracias mundiais defendem o regime de equilíbrio e justiça social, isto é, o regime de governo adotado prevê o interesse do povo. O IGF e os tributos do comércio digital visam tributar um nicho econômico que não se tributa e proporcionar recursos financeiros públicos suficientes para a manutenção das políticas públicas, ou seja, para o pagamento das despesas públicas atuais e futuras.

A riqueza constitui uma base fiscal independente, que pode ser tributada anualmente por um imposto incidindo sobre o patrimônio das famílias. Acredita-se que a elevada tributação sobre heranças, doações e herdeiros no Japão tem obtido um efeito maior e mais forte sobre a distribuição de renda e riqueza desse país do que o Imposto de Renda, (CARVALHO, P., 2011).

1.2-) Metodologia

O método utilizado nesta pesquisa foi à pesquisa teórica com a utilização predominante de artigos científicos e livros acadêmicos, além de outras publicações de qualidade científica e técnicas disponíveis no mundo acadêmico.

A pesquisa desenvolvida é qualitativa e foram coletados e interpretados os citados dados e as referidas informações relevantes a partir dos aspectos destacados nos artigos científicos selecionados para o estudo.

Sabe-se que a pesquisa teórica de cunho bibliográfico se enquadra como o tipo de pesquisa de revisão de literatura. O artigo de revisão de literatura é aquele que se vincula a outros artigos acadêmicos e científicos ou, ainda, a livros e capítulos de livros e que são considerados referências basilares para uma temática específica (GONÇALVES, 2020).

2-) DESENVOLVIMENTO

É necessário que o país busque o equilíbrio entre o tamanho do gasto público que resulte tanto no desenvolvimento e quanto no crescimento econômico dos setores privado e público, assim como, a oferta de políticas públicas à sociedade e o tamanho da sua efetiva arrecadação de tributos. Nesta parte do texto, será abordado o conceito de gasto público e a situação atual do Brasil, posteriormente, será descrito as possíveis novas fontes de financiamento, isto, novas formas de arrecadações tributárias com a implantação de novos tributos e a reforma tributária à luz da economia digital.

2.1-) Gasto Público

De acordo com CARVALHO, M., (2021), com a promulgação da CF de 1988, as políticas públicas de governo levaram às mudanças na composição dos gastos públicos do Brasil, principalmente nos Estados brasileiros, direcionando-os às despesas públicas com programas sociais. Todavia, ocorreu uma tímida diminuição do tamanho da máquina pública por conta da redução de despesa com pessoal e custeio administrativo e uma desaceleração da despesa pública com infraestrutura, segundo dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA. No final da década de noventa, o Brasil promoveu ajuste fiscal com a implantação do regime de metas inflacionárias e da imposição do

superávit primário objetivando o controle das contas públicas.

O princípio do equilíbrio das finanças públicas é o balizador dos gastos públicos e deve ser reverenciado para obter o equilíbrio das contas públicas que influencia diretamente na arrecadação das receitas públicas. Quando o Estado apresenta baixas taxas de crescimento econômico e estagnação da arrecadação que financia o setor público, o Estado recorre a empréstimos para pagar seus gastos, porém, a amortização do financiamento público gera aumentos de despesa nos próximos anos ou mesmo aumento da alíquota ou da base de cálculos dos tributos atuais, mas se sabe que alteração na legislação tributária não é simples e nem tempestiva, por conta dos princípios de legalidade, anterioridade, irretroatividade e isonomia o qual devem ser respeitados.

Segundo ROCHA e GIUBERTI (2007), o aumento dos gastos públicos feito de forma regrada e disciplinada aumenta a renda disponível que por sua vez aumenta o consumo das famílias no curto prazo, e reestabelece o equilíbrio orçamentário no médio prazo, obtendo um superávit orçamentário que levará a redução da dívida pública contraída. Essa melhoria nas finanças públicas é acompanhada por uma redução da dívida externa, recessão do produto e deflação no médio prazo. Neste caso, tem-se um aumento de gasto público tímido e conservador que busca o equilíbrio orçamentário no médio prazo. No entanto, uma política fiscal de aumento de gasto público desfreado com o mínimo de disciplina e de regramento fiscal, pode evitar a recessão econômica e a deflação, porém, leva a um nível elevado de dívida pública interna e externa, a uma maior volatilidade na taxa de juros da economia no curto prazo, inflação e aumento dos impostos no curto e no longo prazo.

As políticas fiscal e social relacionadas ao setor público e às políticas públicas daquele país determinam o desenho do gasto público, porque o plano de governo é materializado por meio da peça orçamentária que fixa a despesa e prevê a receita pública. A apresentação desta política impactará a arrecadação da receita e a alocação da despesa pública a ser paga com o respectivo ingresso de receita nos cofres públicos e, neste plano é sinalizado se se haverá déficit ou superávit orçamentário nas contas públicas e, também, se haverá demanda por novos tributos para suprir o déficit sinalizado.

Segundo CARVALHO, M., (2021), a política fiscal no setor público pode ser restritiva ou expansiva, sendo restritiva quando as medidas do governo reduzem dos gastos públicos e ampliam da carga tributária que impacta negativamente na produção do país e no nível do emprego. Já a política fiscal expansiva caminha no sentido inverso à restritiva; é quando o governo aumenta os gastos públicos e reduz a carga tributária. As medidas de política fiscal expansionista estimulam o consumo, pois com a tributação menor, maior será a renda disponível para os indivíduos consumirem mercadorias e serviços, concomitante, o investimento privado segue na mesma direção do consumo; com a redução da tributação, menor será o custo para os empresários investirem na produção das empresas.

Segundo ROCHA e GIUBERTI (2007), o tamanho do setor público é uma questão de escolha pública e sua composição é objeto de disputa política que inicia na campanha eleitoral, o candidato ao cargo de chefe do poder executivo apresenta uma proposta de ações de governo que sinalizará como serão distribuídos os gastos públicos e a população o elege. A distinção entre os gastos públicos “produtivos” que são as despesas que influenciam diretamente a renda nacional do país e os “improdutivos” que são as

despesas de custeios que não influenciam diretamente estabelecem como o país pode melhorar seu desempenho econômico. O governo ajusta a combinação entre esses dois tipos de gastos e melhora a gestão de pagamento das despesas públicas considerando o desenho da arrecadação das receitas públicas.

Segundo as informações da “Análise da Arrecadação das Receitas Federais de Dezembro de 2022”, elaborada pela Receita Federal do Brasil (RFB) do Ministério de Economia do Brasil, em 2022, as Receita Previdenciária teve arrecadação de R\$ 73.386 milhões, com acréscimo real de 5,93%. Esse resultado se deve, principalmente, ao aumento real de 11,88% na massa salarial. Além disso, houve crescimento das compensações tributárias com débitos de receita previdenciária em razão da Lei nº 13.670/18.

A despesa pública, segundo MOTA (2009), consiste na realização de gasto público, quando se aplica os recursos financeiros arrecadados de forma direta na aquisição de meios que possibilite a manutenção e o funcionamento da máquina administrativa pública e a expansão de serviços públicos de infraestrutura ofertados a sociedade ou de forma indireta quando o Estado transfere a terceiros a execução de algum serviço, como exemplo as concessões ou a terceirização de serviços.

No decorrer dos anos, os Governos aumentam suas despesas contínuas com reestruturação de carreiras dos servidores, implantação de benefícios sociais por meios de políticas públicas sociais, aprovando medidas que resultam no aumento de gastos obrigatórios e para pagar tais despesas são necessárias medidas de contenção de gastos ou aumento de arrecadação de receitas públicas. Sabe-se que aumentar a carga tributária não é uma medida sensata, politicamente pensada por não ser uma política pública populista, uma vez que não agrada a sociedade.

O gasto público visa cumprir as funções constitucionais do Estado e atender as demandas e as necessidades da população quanto às áreas de segurança pública, educação, saúde, justiça, transporte, trabalho, habitação, lazer, saneamento e outros. Para executar o gasto público, ou seja, para realizar a despesa pública são necessários dispêndios financeiros e autorização em lei específica, MOTA (2009).

2.2-) Novas Fontes de Financiamento

Com objetivo de equilibrar as contas públicas (receitas e despesas), considerando a situação de aumento de gastos públicos, o Estado precisa aumentar a arrecadação, seja com aumento das alíquotas dos tributos existentes ou criando novos. O mundo já vem observando reflexos da 4ª Revolução Industrial com a economia digital que modificou a forma de comercializar bens e serviços, hoje em dia, um palestrante da França, consegue ministrar palestra no Brasil para uma empresa argentina morando na Grécia. Neste nicho, que os países estão trabalhando e discutindo a nova tributação no mundo, como tributar, respeitando as legislações locais de cada país, evitando a evasão fiscal e buscando a equidade fiscal.

Segundo FOSSATI e NAVARRO (2022), o dinamismo imposto pelo fenômeno da digitalização da economia lança desafios para os formuladores de políticas públicas, não apenas em termos de compreensão da natureza e extensão dos impactos provocados pela nova tecnologia, mas, principalmente, no campo da regulação adequada das relações jurídicas dela derivadas. Por consequência, qualquer assincronia do ordenamento

jurídico nacional com a 4ª Revolução Industrial tem indicação para irradiar seus efeitos no campo tributário, afinal de contas, o Direito Tributário brasileiro se apresenta como um Direito de sobreposição frente aos demais. A ausência de previsão normativa quanto ao correto tratamento a ser dispensado às novas formas da economia digital implica insegurança jurídica, financeira e econômica. Assim, é necessária a compatibilização do sistema tributário nacional com as novas premissas decorrentes dos avanços tecnológicos e digitais no mundo globalizado.

Assim, os Estados têm discutido suas reformas tributárias para alteração e inclusão de novas bases de cálculo ou a implantação de novos tributos. A Constituição Federal prevê o novo tributo que é o Imposto Sobre Grandes Fortunas, contudo, ainda não foi implantado.

Obter novas fontes de financiamentos para o Governo é medir esforços para cumprimentos as metas fiscais ao longo do processo de execução orçamentária e financeira de políticas públicas. Os governantes tomam as decisões sistematicamente que desagravam a sociedade, como por exemplo, a subida das taxas de juros e a desvalorização cambial que tem reflexo indireto na economia por refletir no emprego. Assim, as novas fontes de financiamento do gasto público deve ser pensada e implementada de forma que não desaqueça a economia. A reforma tributária no Brasil tem o potencial de criar novas fontes de financiamento por meio da revisão e melhoria do sistema tributário atual. No entanto, é importante que a proposta de reforma do sistema tributário seja desenvolvida cuidadosamente planejada e implementada para garantir os princípios da tributação: efetividade, justiça e equidade para todos os atores da sociedade envolvidos na tributação.

2.2.1-) Tributação na Economia Digital

Conforme o trabalho de AFONSO et al. (2022), a principal característica das criptomoe-das é que elas são transacionadas no ambiente da internet, com o uso de tecnologia e de criptografia, que garantem níveis de segurança; a emissão, a validação e o registro ocorrem de forma descentralizada – não possuem curso legal e seu valor não é assegurado por nenhuma autoridade estatal; o mecanismo de emissão e de validação não depende de um intermediário, mas de um sistema em cadeias de blocos (blockchain); seu valor é baseado na confiança; o sistema de blockchain permite maior anonimato dos investidores; seu poder liberatório de obrigações advém da própria comunidade virtual; além disso, possui alta volatilidade de preços.

Ainda sobre o trabalho de AFONSO et al. (2022), de acordo com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, dos 50 países que participaram da pesquisa por meio da realização de questionários, quase todos consideram as moedas virtuais uma forma de propriedade; a maioria considera um ativo intangível que não seja ágio, um ativo financeiro ou uma mercadoria. Os ativos seriam como bens operacionais geradores de ganho de capital na maioria das jurisdições e, em casos raros, como ativos geradores de negócios ou receitas diversas. A maioria dos países considera as trocas feitas entre moedas virtuais e moedas fiduciárias como fatos tributáveis. Trocas no pagamento de bens, serviços ou salários também são tratadas como eventos tributáveis em quase todos os países. Por fim, a pluralidade de países respondentes indicou que o

recebimento de um novo token via mineração ocasiona um evento tributável.

O Projeto de Lei - PL nº 640/2021 é uma proposta de criação de um novo tributo com a instituição da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico incidente sobre a receita bruta de serviços digitais prestados pelas grandes empresas de tecnologia (CIDE-Digital).

Segundo a justificativa apresentada no PL nº 640/2021 para a criação da CIDE-Digital, sobre os ajustes na tributação da renda e também do consumo atual na conjuntura digital, a OCDE apontou que o melhor caminho seria a modificação das regras da tributação internacional para que a renda tributável fosse mais bem distribuída entre os vários países em que as empresas de grande porte operem de forma a captar o valor gerado em cada um deles sem depreciar o consumidor e incorrer a evasão fiscal. No caso da empresa Facebook que grande parte do valor da empresa depende de sua base de usuários propagada pelo mundo fazendo com que muitos se resguardam que os países com mais usuários deveriam ter uma participação maior no lucro da referida empresa, e não que ela pudesse centralizar grande parte dos seus rendimentos em sua matriz ou em países com menor faixa de tributação, assim, obtendo uma arrecadação com equidade.

O PL Nº 640/2021 descreve que a CIDE-Digital incidirá somente sobre as empresas grandes de tecnologia em escala nacional e internacional. A empresa de tecnologia, mesmo sendo de grande porte, deve atuar no mercado internacional e não somente no Brasil, uma vez que a mesma não terá como deslocar o lucro para filiais no exterior. O fato é que desestimularia o surgimento de startups nacionais. Sendo assim, as verdadeiras vantagens tributárias só são alcançadas por multinacionais de porte, que possuem estruturas organizacional, financeira e contábil que permitem a realocação de receitas e custos pelo mundo.

2.2.2-) A Reforma Tributária

A reforma tributária no Brasil está intrinsecamente ligada à busca por novas fontes de financiamento para o governo e para atender às necessidades econômicas do país. Uma das principais metas da reforma tributária é simplificar o complexo sistema tributário brasileiro, o que pode aumentar a eficiência na arrecadação de impostos. Com um sistema mais simples e dinâmico será possível combater à evasão fiscal garantindo ao governo a possibilidade de aumentar a receita fiscal capturando receitas que estão sendo deixadas de serem arrecadadas por conta da complexidade do atual sistema tributário brasileira. A reforma tributária bem planejada e ajustada pode melhorar a competitividade do Brasil no cenário internacional, atraindo investimentos estrangeiros e gerando receitas adicionais por meio das transações comerciais, porque o sistema tributário será mais claro e simples, comparando com a tributação em vigor. Outro ponto relevante sobre a reforma tributária, é a questão dos benefícios fiscais que podem ser revistos e até mesmo eliminados que, na prática, não estão proporcionando benefícios significativos para a economia, liberando recursos que podem ser direcionados para o financiamento de gastos públicos.

A Proposta da Emenda à Constituição Federal de 2019 do Sr. Baleia Rossi e outros, o objetivo da PEC 45/2019 é propor uma ampla reforma do modelo brasileiro de tributação de bens e serviços, por meio da substituição de cinco tributos atuais por um único

imposto sobre bens e serviços (IBS). Os tributos que serão substituídos pelo IBS são: (i) Imposto sobre produtos industrializados (IPI); (ii) Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS); (iii) Imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS); (iv) Contribuição para o financiamento da seguridade social (Cofins); e (v) Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS). O IBS terá as características de um bom imposto sobre o valor adicionado (IVA), modelo adotado pela maioria dos países para a tributação do consumo de bens e serviços.

Resumidamente, a principal medida desta PEC 45/2019 é a instituição de um novo imposto (IBS), que, após um período de transição, substituirá os cinco principais tributos que incidem sobre bens e serviços. O IBS será uniforme em todo o território nacional, cabendo à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios exercer sua competência exclusivamente pela administração de alíquotas. Fica vedada a concessão autônoma de isenções, incentivos e quaisquer outros benefícios tributários ou financeiros pelos entes da Federação. A regulamentação do IBS será feita por uma lei complementar, a qual criará o Comitê Gestor Nacional, integrado por representantes dos três entes federados, que ficará responsável pela gestão do imposto em termos da definição de critérios para a cobrança, a fiscalização e a operacionalização da repartição das receitas, entre outras atribuições.

A Reforma Tributária pode apresentar redução da autonomia administrativa dos Estados quando estes precisarem ajustar ou alterar a legislação tributária para implantar política fiscal que vise crescimento econômico.

No Brasil, também se tem discutido o retorno da Contribuição Provisória sobre Movimentações Financeiras - CPMF como forma de aumentar a arrecadação e absorver o mercado das transações financeiras em que se transaciona com moeda digital. Segundo o trabalho de CAGNIN e FREITAS (2015), diferentemente do IOF, o objetivo da CPMF foi, desde sua criação, arrecadatório. Entre 2001 e 2007, contudo, um novo papel lhe foi concedido, fazendo do cruzamento de informações sobre as declarações de renda com a arrecadação da CPMF um instrumento eficaz de combate à sonegação fiscal e à lavagem de dinheiro, assim, a CPMF é um tributo eficaz para se arrecadar.

De acordo com CAGNIN e FREITAS (2015), os principais países discutem a conveniência de tributar as transações financeiras na economia digital, mediante a imposição de uma taxa Tobin sobre os fluxos internacionais, destaca-se a experiência brasileira que poderá fornecer importantes subsídios para este debate. Concomitante, outros países podem extrair importantes lições tanto do êxito da CPMF quanto instrumento de combate à sonegação fiscal e à lavagem de dinheiro como da utilização do IOF como instrumento de controle de capitais stricto sensu. O caso brasileiro fornece evidências sólidas que os tributos sobre transações financeiras são ferramentais auxiliares bastantes úteis na regulação dos mercados privados

2.2.3-) Imposto Sobre Grandes Fortunas - IGF

Considerando a teoria tributária e a ótica das grandes fortunas; IGFs são tributos que incidem sobre o patrimônio pessoal agregado das famílias e/ou das grandes empresas. A logística da base de cálculo, leva em conta o total do patrimônio, excluindo-se os ati-

vos rentáveis isentos de tributação e os referidos descontos concedidos legalmente, são aplicadas alíquotas do imposto que geralmente são progressivas que exceder o limite de isenção. A base de cálculo do IGF é complexa e normalmente incide sobre o patrimônio acumulado em ações, em movimentações bancárias e em poupança, em seguros, em investimentos em ativos reais e empresas de capital fechado, em títulos financeiros, em imóveis urbanos e rurais (inclusive os de residências), em automóveis, em obras de arte, em joias, em barcos, em aeronaves e outros bens de uso pessoal de alto valor aquisitivo (CARVALHO, P., 2011).

O Imposto sobre Grandes Fortunas é um veículo tributário que pode ser utilizado para promover e incentivar o princípio da solidariedade federativa, uma vez que possibilita a redistribuição das riquezas do país em favor da população menos favorecida e ao mesmo tempo é uma nova fonte de financiamento do gasto público. A arrecadação da quantia relativa ao IGF no Brasil ficará a cargo da União, que a redistribuirá aos entes federados de acordo com as necessidades e a peculiaridade de cada um, por meio de investimentos públicos e de políticas de saúde, sociais e de educação, com o intuito de diminuir as desigualdades sociais e regionais (QUINTELA, 2018).

3-) CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta de reforma tributária em discussão no Congresso Nacional visa simplificar e otimizar o sistema tributário brasileiro com intuito de aumentar a arrecadação de tributos e distribuir a receita pública de forma mais equilibrada entre os entes da federação. Salienta-se notar que a reforma tributária é um processo complexo e sujeito a debates sócio-políticos intensos entre os atores políticos, os entes da federação, a sociedade civil e os empresários. Diferentes setores da sociedade têm interesses diversos, e o desafio está em encontrar um equilíbrio que promova o desenvolvimento econômico sustentável e a justiça fiscal. A discussão em torno da PEC 45/2019 envolve considerações e ponderações políticas, econômicas, administrativas, ideológicas e sociais, e é importante avaliar os impactos potenciais em diferentes segmentos da sociedade antes de sua implementação. A simplificação tributária com a reforma pode reduzir os custos administrativos e operacionais das empresas, tornando-as mais produtivas e competitivas no cenário internacional e pode tornar o Brasil mais atrativo para investidores estrangeiros e nacionais. A previsibilidade fiscal é um fator importante na tomada de decisões de investimento.

O cenário da economia digital não é complexo e demanda informações de diversos setores, países e diferentes legislações, tais como: os sujeitos passivos que consomem as compras virtuais e as redes sociais, o fisco local, nacional e internacional, as empresas internacionais e estas informações são modeladas para convergir em denominador comum para poder tributar sem que ocorra a evasão e erosão fiscal, por isso a importância e dificuldade de tratar o tema.

De acordo com FOSSATI e MCCLASKEY (2022), uma das consequências naturais da alta complexidade da legislação tributária e do aumento exponencial dos processos tributários são os elevados custos de compliance fiscal. As empresas brasileiras e as empresas estrangeiras com operações no território nacional precisam despende elevadas quantias financeiras para custear o aparato de contadores, advogados e auditores internos ou

externos para acompanhar adequadamente as obrigações principais e acessórias impostas pelo Poder Público. Mesmo incorrendo em todos esses custos, as empresas não ficam livres de autuações e de eventuais pedidos de consulta aos órgãos fazendários para esclarecer pontos obscuros, incompletos ou contraditórios da legislação tributária. Segundo FOSSATI e MCCLASKEY (2022), há espaço de afinação no tratamento da economia digital no contexto brasileiro, para contextualização, segundo dados da OCDE, em 2019, apenas 21% das empresas brasileiras operava vendas on line, o que demonstra que há um grande hiato ainda a ser explorado na potencialidade do mercado brasileiro de 107,5 milhões de usuários adultos da Internet. Se aprovada a regulação tributária pelo seu viés econômico-financeiro, objetivando os tributos como nudges ao mercado, fomentando ou inviabilizando certas condutas, torna-se ainda mais evidente a necessidade de a reforma tributária atingir padrões ótimos de Pareto. Assim, cumpre aos formuladores de políticas públicas o dever de acompanhamento da marcha acelerada das inovações tecnológicas para a pronta regulação tributária adequada, de forma que o Brasil não fique excluído da Quarta e das vindouras Revoluções Industriais, delas extraindo o melhor para o seu futuro na nova tributação.

No que se refere Imposto Sobre Grandes Fortunas, o Brasil tem potencial arrecadatório do IGF e respeitaria os princípios da capacidade distributiva e da igualdade, considerando os exemplos internacionais bem-sucedidos. Os benefícios para a sociedade brasileira com a instituição do Imposto sobre Grandes Fortunas serão observados com equalização regional ao efetivar-se o princípio da solidariedade federativa e equilibrando as contas públicas com pagamento dos gastos públicos.

Pensar em reforma tributária para aumento da arrecadação como forma de custeio dos atuais e dos futuros gastos públicos é adentrar na seara da economia internacional porque envolverá, também, transações comerciais entre países, salienta-se a rigidez para se alterar a legislação brasileira, fato que pode dificultar a reestruturação do sistema tributário. Neste aspecto, para o Brasil, é pensar em implantar contribuições de intervenção de domínio econômico, as tais CIDEs porque o processo legislativo para sua aprovação, publicação e validação é menos burocrático e mais rápido. A vantagem do IGF é que existe a base de cálculos mapeada pelos cruzamentos de dados da faixa da população e com a respectiva renda do contribuinte, quais são os sujeitos passivos e a respectiva base a ser tributada; porém, a dificuldade, neste caso, é o custo político de sua implantação, uma vez que em aprova a lei de implantação são os possíveis sujeitos passivos desta arrecadação.

4-) REFERÊNCIAS BIOGRÁFICAS

AFONSO, José Roberto; NÓBREGA, Marcos A. R. da; CASTILHOS, Núbia N. A. O. de. Cripto-moedas e Moedas Digitais dos Bancos Centrais – Desafios e Perspectivas da Tributação no Brasil. Revista de Direito Público (RDP), Brasília, Volume 19, n. 102, 441-475, abr./jun. 2021.

ARAUJO, José Evande C.; AFONSO, José Roberto. A Tributação do Lucro das Gigantes de Tecnologia: Possibilidades para o Brasil. In: AFONSO, José R.; SANTANA, Hadassah L.

(Coord.) Tributação 4.0. São Paulo: Almedina, 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Emenda a Constituição n. 45/2019. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2196833> Acesso em 13 maio. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 2358/2020. Institui a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico incidente sobre a receita bruta de serviços digitais prestados pelas grandes empresas de tecnologia (CIDEDigital).

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 13 maio. 2023.

BRASIL. Lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 13 maio. 2023.

CAGNIN, Rafael F.; FREITAS, Maria C. P. de. Tributação das Transações Financeiras: a Experiência Brasileira com o IOF e a CPMF. *Análise Econômica*, Porto Alegre, ano 33, n. 63, p. 139-169, mar. 2015.

CARVALHO, Mateus R. Impostos sobre grandes fortunas: trade off entre os custos econômicos e políticos e os benefícios sociais. *Revista Processus Multidisciplinar*, ano II. v. 2, n. 4 (2021), p. 198-220, jul-dez. 2021.

CARVALHO, Mateus R. O gasto público influencia o crescimento econômico ou é o crescimento econômico que influencia o gasto público? Estudo das finanças públicas do Distrito Federal. Dissertação (Mestrado em Gestão Econômica de Finanças Públicas pela Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Gestão de Políticas Públicas – FACE – Departamento de Economia da Universidade de Brasília – UnB). Brasília-DF. 2021.

CARVALHO, Pedro Humberto Bruno de. Nota Técnica 7: As discussões sobre a regulamentação do Imposto sobre Grandes Fortunas: a situação no Brasil e a experiência internacional. *Repositório do Conhecimento do IPEA*. pp. 01-50, out., 2011. Disponível em: <www.ipea.gov.br>. Acesso em: 13 maio 2023.

Dados extraídos da seção de notícias. Disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/555563-proposta-simplifica-sistema-tributario-e-unifica-tributos-sobre-consumo> Acesso em 13 maio. 2023

FOSSATI, G.; NAVARRO, G. A tributação da economia digital na esfera federal. Rio de Janeiro, EDIÇÃO FGV. Vol. 1 Direito Rio, 2022.

GOBET, S. W., AMADO, A. M. Ajuste fiscal no Brasil: algumas considerações de caráter pós keynesiano. *Revista de Economia Aplicada*, v. 31, n. 1 (121), p. 139-159, jan-mar. 2011.

GOMES, J. M. A definição do gasto público: aspectos institucionais e a disputa política. 1999. Dissertação (Mestrado no curso de pós-graduação da FGV/EASP – Fundação Getúlio Vargas/Escola de Administração de Empresas de São Paulo). São Paulo. 1999.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. *Manual de Projeto de Pesquisa*. Brasília: Processus, 2019 (Coleção Trabalho de Curso, vol. I).

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. *Metodologia Científica e Redação Acadêmica*. 8. ed. Brasília: JRG, 2019.

MOREIRA, F. L. Os usuários como geradores de valor na economia digital e a possibilidade de sua tributação pelo Imposto de Renda no Brasil em um modelo de Digital Services Tax. 2022. Tese (Doutorado no curso de doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – área de concentração: Direito Econômico, Financeiro e Tributário). São Paulo. 2022.

MOTA, Sérgio Ricardo Ferreira. *Imposto sobre grandes fortunas no Brasil: origens, especulações e arquétipo constitucional*. São Paulo: MP Ed., 2010.

PISCITELLI, Tathiane. Tributação indireta da economia digital: o Brasil está pronto para aderir às orientações da OCDE? *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, Ano 37, n. 43, p. 530, 2º Semestre 2019.

ROCHA, F.; GIUBERTI, A. C. Composição do gasto público e crescimento econômico: uma avaliação macroeconômica da qualidade dos gastos dos Estados brasileiros. *Revista Economia Aplicada*, São Paulo, v. 11, n. 4, p. 463-485, out-dez. 2007.

ROITBARG, H. A. La rigidez del gasto público brasileño a largo plazo . *Apuntes CENES*, v. 37, n. 66, p. 77-86, jul-dez. 2018.

QUINTELA, Guilherme Camargos; SÉRGIO, Samille Rodrigues O imposto sobre grandes fortunas como instrumento de redução das desigualdades sociais e regionais: uma análise com base no princípio da solidariedade federativa. *Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento*, v. VI, n. VII, pp. 33-68, jul/dez, 2018.

SOUZA, Felipe Broering de. Imposto sobre grandes fortunas: projetos de lei apresentados e casos internacionais similares. *Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento*. Ano II, volume II, n. 2, 2014.

A AVALIAÇÃO PERICIAL POR EQUIPE MULTIDISCIPLINAR: DESAFIOS NA IMPLEMENTAÇÃO PELO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

MULTIDISCIPLINARY TEAM EVALUATION IN THE CURATERY PROCESS: CHALLENGES IN IMPLEMENTATION BY THE BRAZILIAN JUDICIARY

Patrícia Cerqueira Kertzman Szporer

Luciana Silva Garcia

Eu vejo o futuro repetir o passado.

Eu vejo um museu de grandes novidades.

(Cazuza – O tempo não para)

RESUMO:

O presente artigo se propõe a analisar o funcionamento do sistema de justiça brasileiro no âmbito das avaliações periciais de deficiência realizadas em ações de curatela. Embora a legislação brasileira estabeleça claramente a necessidade de envolvimento de múltiplos profissionais para garantir os direitos das pessoas com deficiência, surge a incerteza sobre se essa determinação legal é efetivamente cumprida na prática. Utilizando uma abordagem baseada em pesquisa bibliográfica, coleta e análise de dados, esta investigação visa a reconciliar a realidade observada com as intenções do legislador, a fim de contextualizar o estado atual das discussões e práticas relacionadas aos procedimentos de curatela.

PALAVRAS-CHAVE: Pessoa com Deficiência; Curatela; Equipe Multidisciplinar; Acesso à Justiça.

ABSTRACT:

This article aims to analyze the functioning of the Brazilian justice system within the scope of expert assessments of disability carried out in curatorship actions. Although Brazilian legislation clearly establishes the need for the involvement of multiple professionals to guarantee the rights of people with disabilities, uncertainty arises as to whether this legal determination is effectively fulfilled in practice. Using an approach based on bibliographic research, data collection and analysis, this investigation aims to reconcile the observed reality with the legislator's intentions, in order to contextualize the current state of discussions and practices related to guardianship procedures.

KEYWORDS: Person with Disabilities; Curatorship actions; Multidisciplinary Team; Access to Justice.

1. INTRODUÇÃO

O debate sobre o tratamento dispensado às pessoas com deficiência envolvidas em demandas judiciais tem gravitado muito em torno de estudos que partem da perspectiva como o Direito classifica esses sujeitos e do imperativo de sua efetiva inclusão social. Muito se fala na superação de barreiras arquitetônicas estruturais ao acesso das pessoas com deficiência aos serviços públicos, sem, contudo, aprofundar em questões processuais inerentes às ações de curatela, que sofreu consideráveis mudanças ao longo de décadas, tomando por ponto de partida a Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, ocorrida em Nova York no ano de 2007, da qual o Brasil é signatário e que inaugurou um novo tempo na luta pelo reconhecimento desses sujeitos como pessoa humana em toda sua magnitude.

Muito antes disso, a Constituição de 1988 instituiu o Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

O texto constitucional destaca a cidadania e a dignidade da pessoa humana entre os fundamentos da República Federativa do Brasil, e consagra a prevalência dos direitos humanos como um dos seus princípios fundamentais, tornando evidente o apreço do constituinte originário pelo tema, na medida em que foram tratados logo no início da carta política, consoante clara lição de Mendes :

A Constituição brasileira de 1988 atribuiu significado ímpar aos direitos individuais. Já a colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional denota a intenção do constituinte de lhes emprestar significado especial. A ideia de que os direitos individuais devem ter eficácia imediata ressalta a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardar-lhes estrita observância.

A Constituição fertilizou o terreno para garantia dos direitos humanos e ampliação de direitos fundamentais, permitindo consideráveis mudanças nos anos 90 e início do século XXI, invertendo a tradicional relação entre o Estado e o indivíduo, porque passou a reconhecer que “o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que este tem, em relação ao indivíduo, primeiro, deveres e, depois, direitos”, vinculando, diretamente, os órgãos estatais e impondo-lhes o dever de respeitá-los, nas palavras de Branco .

Com a Convenção e suas implicações no ordenamento jurídico, a pessoa com deficiência passou a ser destinatária de garantias de dignidade humana, autonomia individual, participação e inclusão plenas e efetivas na sociedade, além da acessibilidade, obrigando o estado brasileiro a adotar medidas legislativas e políticas públicas, sob pena de descumprir o tratado internacional de que participou o país.

Mais de quinze anos depois, o sistema de justiça ainda carece de medidas efetivas para cumprir aquilo a que se comprometeu o Brasil em alguns aspectos operacionais, razão pela qual o presente artigo analisará questão afeta às perícias multidisciplinares em ações de curatela, tomando por base dados coletados perante os tribunais brasileiros e recente estudo publicado pelo Conselho Nacional de Justiça-CNJ, em parceria com a Universidade de São Paulo – USP, intitulado “Estudos empíricos das demandas envol-

vendo pessoas com deficiência”.

Inicialmente, serão feitas considerações acerca dos direitos assegurados na Convenção, dos fundamentos constitucionais do tema, para, então, refletir sobre aspectos processuais das ações de curatela que foram alterados em obediência à CDPD e à Lei n.13.146/2015 (Lei Brasileira de Inclusão – LBI), concentrando a atenção especificamente nas avaliações periciais de deficiência por equipes multidisciplinares, para, a partir dos resultados do estudo da USP/CNJ, observar as anomalias ainda encontrada no sistema de justiça, numa tentativa de superar o debate exclusivamente teórico, para buscar na pesquisa empírica o preenchimento de uma lacuna existente no trato do assunto.

O saber jurídico em si já não se apresenta suficiente para a compreensão de fenômenos que não se esgotam na juridicidade normativa, a exemplo da percepção e alcance da complexidade e amplitude do sujeito com deficiência enquanto pessoa humana e suas potencialidades, reclamando, por isso, a “contribuição de outros saberes que, na explicação da facticidade, podem oferecer os subsídios para a adequada realização dos valores de que o direito, como reflexo da ordem social, acaba por contemplar e reduzir”, o que confere especial importância à multidisciplinariedade quando o sistema de justiça é desafiado a conhecer e compreender o sujeito em toda sua concretude.

2. DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NA PERSPECTIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD) e seu Protocolo facultativo, assinado em 2007, foi ratificada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008, e promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, sob o rito previsto no art.5º, §3º introduzido no texto constitucional pela EC 45/2004. Logo, a CDPD foi a primeira Convenção sobre direitos humanos que ingressou no sistema jurídico com quórum de Emenda Constitucional.

Falar da Convenção é, pois, falar da Constituição.

A Convenção em si compreende 50 artigos que abrangem uma gama de direitos substantivos, começando com uma cláusula anti-discriminação. O preâmbulo da CDPD reconhece a diversidade das pessoas com deficiência e a importância de promover e proteger os direitos humanos de todas elas, incluindo aquelas que necessitam de maior apoio. Os Estados Partes declaram sua convicção de que uma convenção internacional abrangente e geral para promover e proteger os direitos e a dignidade das pessoas com deficiência contribuiria significativamente para a redução das profundas desigualdades sociais enfrentadas por esse grupo e para a promoção de sua plena participação na vida econômica, social e cultural em igualdade de oportunidades, tanto em países em desenvolvimento quanto em países desenvolvidos.

Em seu Artigo 1, apresentou o propósito de “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”, de modo que é possível dizer que, ao menos formalmente, retirou a pessoa com deficiência daquela situação de pessoa condenada ao isolamento em que se encontrava até o início do século XXI, ou, nas palavras de Goffman, “situação do indivíduo que está inabilitado para a aceitação social plena”.

Entre seus princípios gerais, a CDPD elencou o respeito à dignidade, à autonomia individual, à liberdade de fazer as próprias escolhas, a independência das pessoas, a não-discriminação, a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade, o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade, a igualdade de oportunidades, a acessibilidade, a igualdade entre homem e mulher e o respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade (Artigo 3), assegurando, dentre outros, o direito à vida, ao acesso à justiça, liberdade e segurança, prevenção contra tortura ou tratamento ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, prevenção contra violência, exploração e abuso, proteção à integridade da pessoa, respeito à privacidade, saúde, habilitação e reabilitação, participação na vida pública e política.

Alguns desses direitos já eram previstos na CF/88, mas, agora, a convenção internacional consagrou fossem assegurados às pessoas com deficiência, prevendo alguns direitos específicos a esse grupo, que foram chamados por Almeida de “direitos humanos tardios”, vinculados à promoção e proteção de sujeitos historicamente invisibilizados e vulneráveis.

A CDPD acaba por ser um exemplo perfeito de direitos fundamentais previstos fora do catálogo da Constituição Federal, uma vez que calçados no princípio da dignidade humana ou por ele inspirados.

Ela adota o modelo social de deficiência desde o seu primeiro artigo, reconhecendo que a deficiência é um conceito em evolução e é resultado da interação entre as pessoas com deficiência e as barreiras decorrentes de atitudes e ambientes que impedem sua participação plena e efetiva na sociedade, em igualdade de condições com as demais pessoas.

Anos depois, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº. 13.146/2015 – Estatuto Brasileiro da Inclusão (ou Estatuto da Pessoa com Deficiência - EPD), que trouxe modificações substanciais no Direito Civil brasileiro, não se restringiu à mera alteração de procedimentos, sendo perceptível a irradiação de seus efeitos por todo sistema jurídico, consagrando-se, então, um novo momento na compreensão das capacidades, com o advento de uma legislação destinada a “assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania”.

A Lei n.13.146/2015 preservou a autonomia da pessoa com deficiência para casar-se e constituir união estável; exercer direitos sexuais e reprodutivos; exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, exaltando, a todo tempo, as potencialidades da pessoa com deficiência.

A Lei Brasileira de Inclusão (LBI), fortemente influenciada pela CDPD, introduziu a concepção de superação do modelo anterior, que era egocêntrico e excludente, segregando os indivíduos com deficiência da sociedade. Em vez disso, a LBI adota uma abordagem baseada nos direitos humanos, na dignidade e na fraternidade.

É relevante destacar que transcorreram quase dez anos desde a Convenção de Nova York até a LBI. No entanto, ainda persistia a prática da interdição civil de pessoas com deficiência mental ou intelectual, frequentemente rotuladas de forma pejorativa como “loucos de todo tipo”.

A professora Heloisa Helena Barboza atribui a demora na implementação da LBI, entre outros fatores, à invisibilidade social das pessoas com deficiência, ou seja, à sua sistemática exclusão consciente pela maioria da sociedade, que delegava ao Estado a responsabilidade exclusiva pelo seu cuidado, quando não as considerava simplesmente como um “problema” restrito a seus familiares.

Rosenvald observa que a LBI reuniu em um único estatuto temas previamente dispersos em outras leis, decretos e portarias, destacando que seu objetivo principal foi a regulamentação da CDPD em nível nacional. No entanto, o civilista mineiro ressalta que a comunidade jurídica não participou ativamente do debate sobre o conteúdo da lei, o que levanta questões não sobre as intenções do legislador, mas sobre a técnica legislativa. Assim, cabe à doutrina, de maneira responsável, analisar a compatibilidade do texto da LBI com o ordenamento jurídico.

Desde o início, a lei adota a concepção social de deficiência, conforme estipulado em seu artigo 2º, e também prevê a avaliação biopsicossocial, conduzida por uma equipe multiprofissional e interdisciplinar. Essa avaliação deve considerar: i) as limitações nas funções e estruturas do corpo; ii) os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; iii) a restrição no desempenho das atividades; e iv) a limitação na participação.

É evidente que a concepção de deficiência na LBI, inspirada na Convenção de Nova York, afasta-se do paradigma médico anterior, que considerava a deficiência, especialmente a mental ou intelectual, como uma condição patológica, cujas causas eram naturais, biológicas e individuais, e na qual a intervenção médica era vista como meio de “reparação” para alcançar a “normalidade”.

De maneira geral, as alterações introduzidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência reconfiguraram completamente o cenário normativo do tema e influenciaram a revisão da teoria das capacidades, não apenas por uma decisão benevolente do legislador, mas principalmente devido à pressão resultante da Convenção internacional. A curatela, quando aplicada de forma juridicamente relevante para a pessoa com deficiência, não mais implica a completa anulação da vontade individual, mas sim impõe limitações específicas à esfera patrimonial, preservando o direito à participação e à autonomia.

3. A CURATELA NO DIREITO BRASILEIRO

A LBI alterou dispositivos do Código Civil (CC) e do Código de Processo Civil (CPC), alterando toda a disciplina das incapacidades e o procedimento da “interdição”. A redação do artigo 1.767, inciso I do Código Civil de 2002 foi modificada, para prever que as pessoas que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, estariam sujeitas à curatela – logo, não se fala mais em deficiência, nem em loucura, porque adotado o modelo social de incapacidade.

Os artigos 1.768 a 1.773 foram revogados, sendo incluída a previsão da curatela compartilhada por mais de uma pessoa (art. 1.775-A, CC), bem como a previsão de preservação do direito à convivência familiar e comunitária, às pessoas com deficiência para exprimir

vontade, sendo evitado o seu recolhimento em estabelecimento que os afaste desse convívio (art. 1.777).

Assim, sendo relativamente incapaz, a pessoa sujeita a curatela deverá praticar os atos sob a assistência do(a) curador(a), posto que a incapacidade relativa não exclui a presença do(a) sujeito. Além do mais, o novo modelo de (in)capacidade não exclui a manifestação volitiva da pessoa, que atuaria em conjunto com o assistente.

3.1. O CONCEITO SOCIAL DE CURATELA

O atual estado da arte aproxima a curatela de uma definição social. A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) representa um marco significativo ao reconhecer a deficiência como uma característica intrínseca e complexa da pessoa humana, associada a uma série de barreiras que podem impedir a plena participação do indivíduo na sociedade. Esta abordagem representa uma superação do paradigma oitocentista que limitava a deficiência a uma perspectiva exclusivamente médica, e que considerava a proteção como uma forma de punição pela diferença, resultando na segregação e custódia daqueles considerados “problemáticos” em nome da proteção da sociedade.

Portanto, a partir da ratificação da Convenção, a ênfase se desloca da proteção da sociedade para a proteção do sujeito vulnerável dentro da própria sociedade. A CDPD tem o poder de realinhar o debate sobre as pessoas com deficiência no contexto social, enfatizando a necessidade de uma estratégia social que promova o pleno desenvolvimento de cada indivíduo.

Dois pontos cruciais emergem aqui: em primeiro lugar, a compreensão de que o conceito de deficiência está em constante evolução; e, em segundo lugar, o entendimento de que a deficiência é resultante das diversas características funcionais individuais das pessoas, bem como das barreiras de atitude presentes no ambiente que as cercam. O ambiente desempenha um papel importante na amplificação das limitações corporais ou psicológicas, e pode agravar circunstâncias que não estão diretamente relacionadas às características intrínsecas do sujeito.

No artigo 2 da Convenção, que trata das definições, a CDPD apresenta uma conceituação abrangente de “discriminação por motivo de deficiência”. Pode-se dizer que o texto legal como um todo inaugurou uma abordagem pautada nos direitos humanos para a questão das pessoas com deficiência. Essa abordagem foi fundamentada no modelo social de deficiência, enfatizando a importância do respeito à dignidade da pessoa humana, da autonomia individual, da não discriminação, da plena e efetiva participação e inclusão na sociedade, da igualdade de oportunidades e da acessibilidade, entre outros princípios. Esses princípios devem orientar tanto a interpretação quanto a aplicação da Convenção, servindo como um guia fundamental na formulação e implementação de políticas públicas voltadas para as pessoas com deficiência, como destacou com propriedade Agustina Palacios :

El modelo social y la perspectiva de derechos humanos se encuentran reflejados en los principios recogidos por la Convención. Resultan de suma importancia a la hora de elaborar políticas, interpretar o aplicar sus cláusulas, como asimismo indagar en los de-

rechos que el instrumento protege, y en las obligaciones que establece.

A partir da Convenção, ocorre uma ruptura significativa com o passado em que a pessoa com deficiência, especialmente aquela de natureza intelectual ou cognitiva, era considerada completamente incapaz. Atualmente, essa perspectiva mudou. A pessoa com deficiência agora goza plenamente dos direitos civis, reservando-se a incapacidade relativa a alguns atos negociais e patrimoniais àqueles indivíduos que têm limitações na capacidade de expressar sua vontade e de exercer a autodeterminação, independentemente de possuírem ou não uma deficiência.

Conseqüentemente, as medidas de proteção são direcionadas a indivíduos que apresentam dificuldades na capacidade de autogovernança, independentemente de sua condição de deficiência. No entanto, essas medidas são agora moldadas por um “modelo social de direitos humanos”, cujo propósito é reabilitar a sociedade, eliminando as barreiras que levam à exclusão comunitária. Nesse contexto, a noção de proteção está intrinsecamente ligada à promoção da autonomia da pessoa com deficiência.

Com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), tornou-se evidente a incompatibilidade entre o sistema de (in)capacidades e a antiga interdição, em relação às inovações trazidas por esse tratado internacional. Era essencial reformular a curatela, transformando-a em um instrumento de apoio funcionalizado, com o objetivo de promover a emancipação e melhor atender aos interesses das pessoas com deficiência intelectual ou mental.

Dentro desse contexto, o legislador dedicou um capítulo específico às disposições transitórias, identificando os artigos do Código Civil, do Código de Processo Civil e de outras legislações que seriam impactados por meio de revogação ou alteração em decorrência da promulgação desse novo marco legal. A reforma em questão é parte de um projeto emancipatório que atribui às pessoas com deficiência uma presunção de capacidade. Esse aspecto é de grande importância no âmbito da “repersonalização” do Direito Civil, especialmente no que se refere à teoria das (in)capacidades e aos institutos jurídicos a ela associados.

As mudanças refletem não apenas uma reorientação da perspectiva centrada no patrimônio para uma perspectiva voltada para a existência, mas também uma reconfiguração dos valores, com foco na autonomia existencial do indivíduo, que deve ser protegida contra interferências de terceiros, sejam eles familiares ou institucionais, em suas decisões existenciais.

Dentre um dos pontos que merece maior atenção está o pormenor atrelado à avaliação para deferimento da curatela, a ser realizada por equipe multidisciplinar.

4. A EQUIPE MULTIDISCIPLINAR NOS PROCESSOS DE CURATELA

Iniciado o processo de “interdição”, deverá o juiz entrevistar a pessoa em situação de curatela. Esse é o primeiro contato entre a pessoa que passa por um processo de curatela e o juiz, que analisará as potencialidades do caso, sugerindo o legislador a presença de especialista, que tem a função de humanizar o procedimento e facilitar o trabalho do julgador, “repartindo as responsabilidades que, diante do texto da Convenção, são inúmeras para o magistrado”.

Tendo em vista que a curatela não deverá afetar aspectos existenciais do sujeito, ou, como bem afirma Requião, “não se pode realizar restrição da autonomia existencial do sujeito em prol da proteção de interesses patrimoniais, muitas vezes de terceiros” , a presença de alguém com expertise em comportamento humano, cognição, psicologia, neuropsiquiatria, serviço social, ou outras ciências que pressuponham conhecimento da pessoa humana em especificidades que não são do ramo jurídico potencializaria muito a eficácia da entrevista.

Apesar de alguma semelhança com o interrogatório que era previsto na legislação revogada, a entrevista não tem caráter inquisitorial. Agora se concentra em aspectos existenciais do indivíduo, como preferências, habilidades e desejos, uma vez que o objetivo principal é proteger a autonomia do indivíduo em vez de seu patrimônio. Apesar dessa mudança, o sistema de processo judicial eletrônico ainda utiliza a terminologia “audiência de interrogatório”, às vezes mantendo a nomenclatura anterior, refletindo uma discrepância entre as mudanças doutrinárias e a prática judicial.

Veja que, desde esse primeiro momento, a legislação concebeu a presença de especialistas de outras áreas do saber juntamente com o magistrado.

Após a audiência, abre-se o prazo de 15 (quinze) dias para realização das impugnações. O prazo é concedido no intuito de proporcionar tempo para reunir toda documentação necessária e organizar os argumentos para elaborar a impugnação. Após a apresentação da impugnação, a fase subsequente do processo diz respeito à produção de provas. Nessa fase, é necessária uma atenção especial devido à disposição legal que permite que a perícia seja conduzida por uma equipe de especialistas com formação multidisciplinar.

A Lei nº 13.146 de 2015 prevê, em seu artigo 2º, §1º, que a avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar. Acompanhando a nova era pós CDPD, o CPC também trouxe um dispositivo que estabelece que a perícia pode ser realizada por equipe composta por expertos com formação multidisciplinar (art.753, § 1º do CPC).

Os dois textos de lei acabam por reconhecer que são necessários múltiplos saberes para analisar o estado de pessoa humana, em tempos em que a curatela assume uma roupagem biopsicossocial, ou seja, não se esgota nas condições clínicas da pessoa, e passa a dialogar com caracteres sociais, psicológicos, atitudinais e até mesmo com o entorno do indivíduo .

Após o advento da LBI, estende-se a concepção da deficiência a psicólogos, assistentes sociais, terapeutas ocupacionais, enfermeiros, fonoaudiólogos, de modo que a situação clínica da pessoa não conduza ao seu “porvir jurídico” .

A previsão de que a avaliação pericial da deficiência pode ser realizada por uma equipe multidisciplinar está alinhada com a ideia de que a deficiência não pode ser aferida exclusivamente por padrões médico-psiquiátricos e passa a ter contornos sociais, pressupondo a presença de profissionais de diversas áreas, dentre os quais, à guisa de exemplo, pode haver fisioterapeutas, terapeutas ocupacionais, psicólogos, assistentes sociais, psicopedagogos e médicos, atuando conjuntamente na observação dos impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo, dos fatores socioambientais, psicológicos e pessoais, a limitação no desempenho de atividades e a restrição de participação, nos termos do art. 2º, § 1º da LBI.

Desde que o critério subjetivo do déficit cognitivo embasado em padrões puramente médicos foi substituído pelo critério social pela Lei nº 13.146/2015, “ao invés de um diagnóstico técnico que aponte um desvio, qualifica-se a situação de uma pessoa e as suas circunstâncias: a absoluta impossibilidade de interação e comunicação por qualquer modo, meio ou formato adequado” .

Nesse cenário deverá ser realizado o exame biopsicossocial, por equipe multiprofissional e interdisciplinar, consoante previsto no art.2º, §1º, incisos I a IV da LBI, que reflete o reconhecimento da necessidade de diferentes áreas de conhecimento para uma análise abrangente das condições da pessoa com dificuldades na expressão de sua vontade. Isso se torna especialmente relevante devido à variedade de causas que podem levar a essa limitação, considerando a nova abordagem social em relação à deficiência, em estreito diálogo com a multidisciplinariedade.

Isso proporciona uma abordagem mais sensível e adaptada às necessidades individuais de cada pessoa, promovendo assim um tratamento mais justo e respeitoso em consonância com os princípios da LBI e da dignidade humana.

Dessa forma, resta evidente que não é mais necessário que a avaliação seja conduzida exclusivamente por psiquiatras, uma vez que a pessoa não deve mais ser avaliada com base apenas em sua patologia. Pensar de forma contrária seria retroceder a um paradigma superado há mais de uma década, quando a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) foi adotada, e que reconhece a necessidade de uma abordagem mais ampla e inclusiva das capacidades individuais das pessoas com deficiência.

A avaliação por equipe multiprofissional não é uma faculdade do juiz, mas um direito da pessoa com deficiência, porque, como decorrência do novo conceito de deficiência, há um direito à análise das potencialidades de cada indivíduo, diante de uma perícia completa, íntegra, sofisticada, devido ao enfoque funcional da curatela, como defendem Luiz Alberto David Araújo e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk .

Nesse cenário deverá ser realizado o exame biopsicossocial, por equipe multiprofissional e interdisciplinar, consoante previsto no art.2º, §1º, incisos I a IV da LBI.

O olhar lançado para o sujeito em situação de curatela precisa se desvencilhar do estigma médico tradicional de incapacidade. A presença de uma equipe multidisciplinar nos processos de curatela desempenha um papel fundamental na garantia do acesso à justiça, como corolário do princípio da dignidade humana e na promoção da inclusão das pessoas com deficiência.

A complexidade das causas subjacentes à incapacidade requer uma abordagem com caráter holístico que leve em consideração diversos aspectos, sendo uma das principais vantagens dessa abordagem a personalização das medidas de apoio. Em vez de categorizar as pessoas com base em suas deficiências, a avaliação se concentra em suas potencialidades e na expressão da pessoa humana em toda sua magnitude, evitando, assim, julgamentos precipitados ou preconceituosos.

Mercê de todo aparato normativo, o grande problema está no descompasso entre o mundo ideal e a realidade dos tribunais, limitados por questões técnicas e orçamentárias.

5. A REALIDADE DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

A fim de trazer uma percepção fundada na realidade objetiva, a Corregedoria-Geral de Justiça do Estado da Bahia, que já sentia preocupação com a estruturação das unidades judiciárias para atender pessoas em situação de vulnerabilidade qualificada pela curatela e notava descompasso entre o mundo real e o ideal normativo, fez um levantamento nacional, aplicando um questionário a todos os tribunais do Brasil, por meio do Ofício Circular no CGJ 16/2022, intitulado “Questionário de pesquisa sobre o Sistema de Justiça e as ações de curatela – pessoas com deficiência qualificada pela curatela ou vulnerabilidade acrescida”, com objetivo de colher experiências de sucesso e até poder conhecer iniciativas que viessem ao encontro da boa organização e estruturação assegurada a essas pessoas. Dentre os aspectos trazidos no questionário estava a discussão sobre a presença de equipes multidisciplinares, na tentativa de entender se a exigência legal era cumprida.

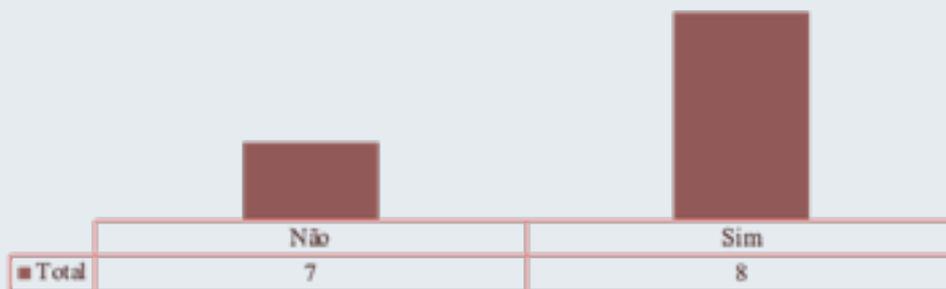
Os estados respondentes do questionário foram: Acre (AC), Amazonas (AM), Amapá (AP), Bahia (BA), Espírito Santo (ES), Goiás (GO), Maranhão (MA), Minas Gerais (MG), Pará (PA), Piauí (PI), Paraná (PR), Rio de Janeiro (RJ), Rio Grande do Norte (RN), Rondônia (RO), Rio Grande do Sul (RS), Santa Catarina (SC), São Paulo (SP), Tocantins (TO), totalizando 18 (dezoito) tribunais em todo país. Embora o questionário tenha sido encaminhado diretamente à Corregedoria do Tribunal, Amazonas, Goiás, Maranhão e Piauí apresentaram mais de uma resposta por formulário. No caso do TJGO, apesar de ter recebido quatro respostas, vieram do mesmo remetente e eram semelhantes, razão pela qual foi considerada a última delas.

Esses dados permitirão compreender o funcionamento do judiciário no país, com relação às ações de “interdição”. A maioria das respostas foi registrada para os estados do Amazonas (19 respostas) e Piauí (29 respostas). Para garantir a precisão das conclusões obtidas e maior validade dos resultados, foi realizada uma análise ideal, que consiste em considerar apenas uma resposta por tribunal ou unidade judicial. Para tanto, foi necessário descartar as respostas adicionais dos estados com mais de uma resposta para analisar com precisão a estrutura das unidades judiciais. É importante ressaltar que, mesmo com a necessidade de descartar as respostas adicionais dos estados com mais de uma resposta, os resultados díspares também são relevantes para a análise da estrutura das unidades judiciais.

Essa abordagem permite fornecer uma visão mais completa e abrangente sobre a estrutura do sistema de justiça relacionado a essas ações, incluindo as diferenças nas respostas entre diferentes unidades judiciais dentro do mesmo tribunal. No caso das respostas recebidas do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, embora com conteúdos diversos, vieram do mesmo endereço eletrônico, enquanto as respostas recebidas do Maranhão foram identificadas com endereços eletrônicos diferentes. As respostas oriundas dos estados de Amazonas e Piauí vieram de diversos juízos, para os quais o questionário foi repassado.

Focando no recorte escolhido para o presente artigo, observou-se que, a despeito da previsão expressa encontrada no art.753, § 1º do CPC, as respostas dos tribunais revelaram ausência de equipes multidisciplinares nos juízos de curatela, por mais que possam ser equipes compartilhadas, conforme evidenciado por leitura do Gráfico 1.

Gráfico 1 - Quantidade de tribunais que dispõem de equipes integradas por expertos com formação multidisciplinar



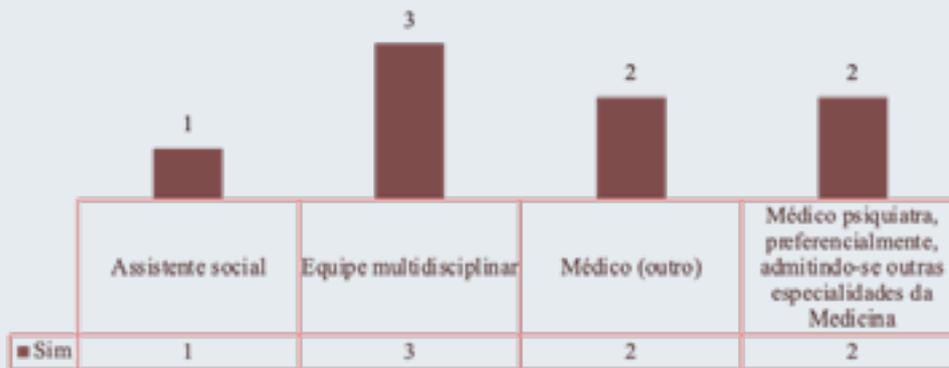
Quando perguntados se há equipes integradas por expertos com formação multidisciplinar em atuação perante os Juízos de curatela/interdição para realização das avaliações periciais, as respostas indicam que metade dos tribunais afirmam possuir equipes integradas por expertos com formação multidisciplinar em atuação, o que é um sinal positivo. No entanto, o fato de sete tribunais responderem negativamente a essa pergunta pode indicar uma falta de estrutura para garantir uma abordagem multidisciplinar nas avaliações.

Entretanto, a maioria dos tribunais que responderam afirmativamente à existência de equipes integradas por expertos com formação multidisciplinar para realização das avaliações periciais em ações de interdição/curatela também afirmaram que essa atuação é compartilhada com ações de outra natureza. Dos oito tribunais que responderam positivamente à pergunta 6, todos afirmaram que a atuação das equipes é compartilhada com outras competências. Isso indica que os tribunais que possuem equipes multidisciplinares para realização das avaliações periciais em ações de interdição/curatela também as utilizam para outras ações, de natureza diversa da curatela.

De acordo com as respostas recebidas, a atuação da equipe multidisciplinar compartilhada em Juízos de Curatela/Interdição ocorre, na maioria dos casos, com ações relacionadas à Infância (6 respostas) e Família (4 respostas). Também foram mencionadas outras naturezas de ações, como Pessoa Idosa (2 respostas), Violência Doméstica (2 respostas) e Outro (2 respostas), além de uma resposta referente a ações de natureza criminal. Essa diversidade de áreas de atuação sugere a importância de uma visão multidisciplinar e integrada na análise das questões relacionadas à curatela.

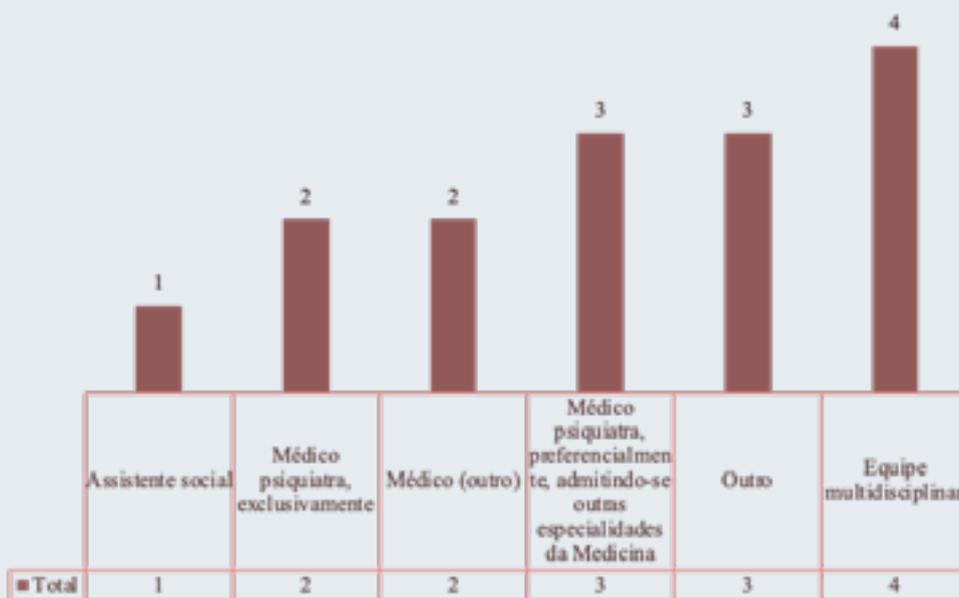
Dentre os tribunais que responderam afirmativamente à existência de equipes integradas por expertos com formação multidisciplinar para realização das avaliações nota-se que em metade deles a avaliação ainda é realizada por médicos e não pela equipe multidisciplinar. O Gráfico 2 retrata a distribuição:

Gráfico 2 - Profissional que faz a avaliação em tribunais onde há equipes integradas por expertos



Quando perguntados sobre a categoria profissional responsável pelas avaliações periciais nas ações de curatela/interdição, apenas 4 (quatro) das 15(quinze) respostas indicaram que é uma equipe multidisciplinar. Das opções apresentadas, 7(sete) se referem a médicos, sendo 2 a médico/outro, 2 se referem a médicos psiquiatras, exclusivamente, e outras três mencionam médicos de outras especialidades, incluindo o psiquiatra preferencialmente. Apenas uma resposta indicou o assistente social como responsável pelas avaliações periciais, e outras quatro respostas indicaram outras categorias profissionais, consoante Gráfico 3.

Gráfico 3 - Contagem de categoria profissional que faz as avaliações periciais



Observa-se que houve uma preponderância das avaliações médicas em relação às avaliações realizadas por uma equipe multidisciplinar, a maioria das respostas “outro” também incluíam especialidades médicas. A predominância das avaliações médicas, em detrimento de outras áreas, pode indicar que a deficiência ainda é compreendida de forma reducionista, sob uma perspectiva meramente biomédica.

Os dados levantados alinham-se com o “Estudo empírico das demandas envolvendo pessoas com deficiência”, realizado em parceria firmada pela USP, DPJ e CNJ. No referi-

do estudo, é indicado que “os operadores do direito mencionam que a avaliação biopsi-
cossocial não existe ainda na prática jurídica brasileira” .

Embora a estrutura da justiça federal não entre no escopo deste artigo uma vez que as
ações de curatela só tramitam na justiça estadual, é válido mencionar que a pesquisa
USP/DPJ/CNJ apontou que “a avaliação multidisciplinar também não tem sido realizada
no âmbito da Justiça Federal” .

Destacando novamente o estudo USP/DP/CNJ, os profissionais que trabalham com pes-
soa com deficiência no Judiciário têm demonstrado preocupação com a falta de recur-
sos e equipes multidisciplinares :

A grande dificuldade nos processos de interdição na Justiça Estadual/ESTADO DO NOR-
DESTE é relativa à perícia, equipe multidisciplinar, uma vez que a grande maioria dos
processos, as partes são beneficiárias da justiça, não havendo equipe multidisciplinar,
bem como peritos capacitados ou mesmo o acompanhamento necessário da pessoa
com deficiência, para estabelecer os limites da curatela, ou mesmo Tomada de Decisão
Apoiada. (MAGISTRADO(A) – comentário ao questionário)

Deficiente aparelhamento da equipe multidisciplinar, com grande dependência da rede
de assistência do Município. (MAGISTRADO(A) – comentário ao questionário)

Na comarca de X, as interdições estão espalhadas em varas cíveis e não contamos com
nenhuma equipe de apoio, da assistência social ou psicólogas para suporte em deci-
sões e processos que este suporte seria necessário. Já tentamos solicitação de auxílio da
equipe que atua em varas de família e/ou infância e sempre foi negado ou pelos juízes
responsáveis pela gestão das equipes ou pela Presidência do TJ. O aparelhamento e
atenção a esta questão segue tocada por desinteresse. (MAGISTRADO(A) – comentário
ao questionário)

Ao longo dos anos tivemos avanços importantes, com maior conscientização e também
por conta da legislação. Porém, ao Poder Judiciário, dolorosamente, falta autonomia fi-
nanceira. Na minha Comarca, no estado X, é preciso pedir ajuda ao Município. (MAGIS-
TRADO(A) – comentário ao questionário)

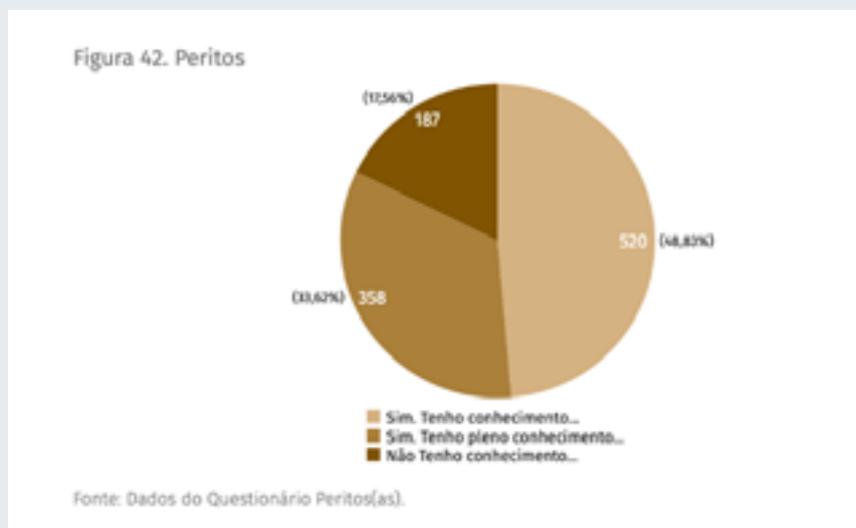
A dificuldade é que depois de tanta coisa que a gente já fez, agora tem poucas coisas,
mas eu poderia lhe dizer que uma melhoria seria ter um quadro de peritos melhor. Por-
que quando as partes não podem pagar, não há perito que aceite. (OD_MP_O5)

Os relatos acima, extraídos do relatório de pesquisa são reveladores da necessidade de
mais investimentos e suporte para atender a demanda. Com efeito, os pesquisadores
concluíram que “o maior empecilho apontado para a realização adequada da avaliação
biopsicossocial por equipe multidisciplinar é a questão orçamentária” , afirmando que
a falta de orçamento impede que haja peritos(as) contratados(as) que conheçam as pe-
culiaridades processuais.

Como já mencionado, as legislações mais recentes sobre o assunto, preconizam que
as pessoas com deficiência têm direito a uma avaliação baseada em uma abordagem
multidisciplinar , que considere não apenas aspectos médicos, mas também sociais, cul-

turais e ambientais.

A pesquisa USP/DP/CNJ também traz outro dado alarmante ao pontuar que mais de 17% dos peritos do judiciário sequer têm conhecimento da LBI, consoante a figura abaixo, extraída do relatório:



Dessa forma, a preponderância das avaliações médicas apontada nas respostas coletadas e as respostas dos peritos sobre o tema indicam a necessidade de uma maior conscientização e capacitação dos profissionais envolvidos nas ações de curatela/interdição sobre a importância de uma abordagem multidisciplinar e de uma compreensão mais ampla da deficiência, em consonância com a legislação.

Os pesquisadores apontaram que uma das principais razões para a falta de equipes multidisciplinares é a escassez de recursos orçamentários e profissionais nos tribunais. A avaliação das capacidades das pessoas requer uma abordagem multidisciplinar que envolve profissionais de diferentes áreas, como psicólogos, assistentes sociais, terapeutas ocupacionais e outros especialistas que costumam ser caros e acabam impactando no orçamento.

6. CONCLUSÃO

Essa breve reflexão sobre a estrutura do sistema de justiça no que concerne às equipes multidisciplinares para realizar avaliação pericial em ações de curatela revela uma realidade ainda muito distante daquela pretendida e assegurada pela legislação brasileira. A garantia de acesso à justiça, como direito fundamental, faz surgir o dever de o estado de colocar à disposição do jurisdicionado uma equipe multidisciplinar para avaliar as potencialidades da pessoa que se apresenta com alegado comprometimento de capacidade de expressão de vontade e autodeterminação.

Além disso, como corolário da dignidade da pessoa humana, e pessoa em situação de curatela tem o direito de ser concebida pelo sistema de justiça em toda sua concretude, cabendo ao judiciário disponibilizar recursos tecnológicos e pessoais que viabilizem a expressão do sujeito e sua comunicação com os atores do processo.

Isso não é faculdade do(a) magistrado(a), nem do estado, mas exigência em decorrência dos comandos da Convenção, de status constitucional e jusfundamental.

Logo, a presença de profissionais capacitados nos mais diversos ramos do saber huma-

no é um direito fundamental da pessoa com deficiência.

A despeito disso, os dados sinalizam que ainda não é satisfatória a presença de equipes multiprofissionais nos tribunais do país para atuar nas ações de curatela e, mesmo onde elas existem, as avaliações ainda são feitas preferencialmente por médicos, numa aparente insistência em olhar a pessoa a partir de sua patologia.

O questionário aplicado aos tribunais e a pesquisa produzida pela USP/DPJ/CNJ oferecem uma visão crítica sobre a lacuna entre o arcabouço legal que regulamenta a curatela, em especial a previsão de avaliação por equipe multidisciplinar, e a sua aplicação efetiva no sistema judiciário brasileiro. Essa discrepância é emblemática do desafio enfrentado pelo país ao implementar legislações progressistas em um contexto em que as mudanças culturais e estruturais necessárias ainda não foram completamente assimiladas.

A evolução da legislação, com ênfase na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) e a subsequente Lei Brasileira de Inclusão (LBI), representou um passo importante na promoção dos direitos e da dignidade das pessoas com deficiência. No entanto, a realidade ainda não conseguiu acompanhar plenamente esses avanços.

Parece, portanto, superada a discussão se essas equipes seriam facultativas ou obrigatórias, porque o marco é constitucional, não cabendo ao legislador infraconstitucional, nem ao intérprete, discutir acerca da aplicabilidade de direito fundamental.

Ainda que se reconheça que o aparelhamento da estrutura do judiciário e da Administração Pública é mais complexa, foi um dever que o estado brasileiro assumiu como estado-parte da Convenção da ONU. O que não se admite é deixar de aplicar ou garantir um direito porque ele é de difícil aplicação.

A própria natureza personalista da curatela pode contribuir para que ela seja relegada a segundo plano em relação a outras questões judiciais. As disputas de família, os litígios comerciais e outros tipos de processos frequentemente recebem mais atenção e prioridade, deixando os casos de curatela em um limbo burocrático.

No entanto, muitos tribunais enfrentam carências de pessoal qualificado para conduzir avaliações abrangentes. Isso cria um gargalo significativo na capacidade do sistema judiciário de lidar eficazmente com os casos de curatela, resultando em atrasos e processos muitas vezes deficientes.

A caminhada em direção à plena integração das pessoas em situação de vulnerabilidade na sociedade é um compromisso coletivo, um desafio que exige uma abordagem multidisciplinar, conscientização e, acima de tudo, a vontade de fazer do respeito às diferenças um pilar fundamental de nossa cultura jurídica e social. Somente através desses esforços coordenados e persistentes será possível alcançar um Estado Democrático genuinamente inclusivo, onde cada indivíduo seja valorizado por sua singularidade e contribuição para o bem comum.

Embora a legislação brasileira tenha feito progressos significativos na proteção dos direitos das pessoas com deficiência, há um longo caminho a percorrer para garantir que esses avanços sejam efetivamente aplicados no sistema judiciário. Isso exige investimentos em capacitação profissional, recursos adequados e uma mudança cultural que coloque a curatela e os direitos das pessoas com deficiência no centro das preocupações do sistema de justiça.

Diversamente da epígrafe desse artigo, o futuro não pode repetir o passado no trato das pessoas com deficiência, pois o tempo não para e é imperativo do estado democrático de direito não retornar ao atraso dos tempos de deficiência chamada de loucura e exclusão. Efetivar a inclusão deve ser um compromisso do judiciário hoje e sempre.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Vitor. A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. A perícia multidisciplinar no processo de curatela e o aparente conflito entre o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Código de Processo Civil: reflexões metodológicas à luz da teoria geral do direito. In: Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. Vitória, v.18., n.1, p.227-256, jan./abr.2017. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-Garant_v.18_n.1.11.pdf. Acesso dia 26 de julho de 2023.

ARBEX, Daniela. Holocausto brasileiro. Prefácio de Eliane Brum. 1.ed. – Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.

BARBOZA, Heloisa Helena. Desafios para a efetividade da lei brasileira de inclusão. In SALLES, Raquel Bellini, Aline Araújo Pasoss, Juliana Gomes Lage. Direito, vulnerabilidade e pessoa com deficiência. Rio de Janeiro: Processo, 2019. p.51 a 72.

BOBBIO, Norberto. Era dos direitos. Elsevier Brasil, 2004.

BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito. Trad. de Daniela Beccaria Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. (2022). ATIVISMO JUDICIAL NA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. Revista De Direito E Atualidades, 2(4). Recuperado de: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/rda/article/view/6658/2683>. Acesso dia 26 de abril de 2023.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em 03 de junho de 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Estudo empírico das demandas envolvendo pessoas com deficiência. Universidade de São Paulo – Brasília:CNJ, 2023. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/relatorio-pessoascomdeficiencia-23-10-08.pdf>. Acesso 07 de setembro de 2023.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Estatuto da Pessoa com deficiência comentado artigo por artigo. – 3. rev. ampl.e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

FIUZA, Cesar. OLIVEIRA, Wanderson Marquiori Gomes de. A necessária revisão prática

da teoria das incapacidades. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?-cod=aca49daec57b423d> . Acesso em 08 de setembro de 2021.

FOUCAULT, Michel. História da Loucura; tradução de José Teixeira Coelho Netto. São Paulo, Editora Perspectiva, 1978.

GOFFMAN, Erving. Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Trad. de Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. – 4.ed. – Reimpr. – Rio de Janeiro: LCT, 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. Revista Jurídica Virtual. Nº 14 – Julho/2000. Disponível em: <http://www.gilmarmendes.com.br/wp-content/uploads/2018/09/OS-DIREITOS-FUNDAMENTAIS-E-SEUS-M%C3%9ALTIPLOS-SIGNIFICADOS-NA-ORDEM-CONSTITUCIONAL.pdf> Acesso em 26 de abril de 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. – 7. ed.rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

PALACIOS, Agustina. Enfoque y perspectiva de discapacidad y derechos humanos. In FERNANDEZ, Silvia. Siutaciones de discapacidad y derechos humanos. 1ª ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Loucura e deficiência mental – uma questão de capacidade. Disponível em <https://www.mpam.mp.br/centros-de-apoio-sp-947110907/civel/artigos/ausentes-e-incapazes/3343-loucura-e-deficiencia-mental-uma-questao-de-capacidade> . Acesso em 05 de setembro de

REQUIÃO, Maurício. Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição. 2.ed. – Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

ROSENVALD, Nelson. A necessária revisão da teoria das incapacidades. Disponível em <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/279.pdf> . Acesso em 09 de setembro de 2021.

ROSENVALD, Nelson. A curatela como terceira margem do rio. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil: Belo Horizonte, v. 16, p. 105-123, abr./jun. 2018. Disponível em file:///C:/Users/patri/Downloads/233-Texto%20do%20Artigo-647-675-10-20180608%20(1).pdf. Acesso em ago.2022.

ROSENVALD, Nelson. Escritos gentilmente disponibilizados pelo autor.

ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Braga. Leis Civis Comentadas. – São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

SEDA, Juan Antonio. Discapacidad y derechos: Impacto de la convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Prólogo de Leandro Vergara. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Editorial Jusbaire, Buenos Aires, 2017. Libro digital, PDF Archivo Digital: descarga y online ISBN 978-987-4057-76-1. Acesso em 26 de setembro de 2022.

SEDA, Juan Antonio. Determinación de la capacidad, deterioro cognitivo y discapacidad intelectual. Revista Juridica Argentina La Ley. Año 2018-D. Edição de 10 de agosto de

2018. p.5-6. Cita on line:AR/DOC/1470/2018. Acesso em 26 de setembro de 2022.

POLIANA OLIVEIRA DE BRITO
PEDRO MOREIRA DE BRITO

A ILEGALIDADE DAS TRANSFERÊNCIAS DE POLICIAIS MILITARES NO SUDOESTE DO ESTADO DA BAHIA.

CARINHANHA

2023

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo verificar a ilegalidade das transferências de servidores públicos militares do sudoeste do Estado da Bahia, especificamente a movimentação por necessidade de serviço à luz da Constituição Federal de 1988, analisando diversos casos de transferências que ocorreram nas unidades operacionais do sudoeste baiano, a fim de apurar alguma arbitrariedade ou ilegalidade do ato para tanto buscou-se criar uma base teórica através de estudos acerca do Decreto estadual 32.903/1986 que regulamenta as movimentações de praças na PMBA e demais legislações pertinentes, de igual maneira buscou-se analisar os princípios constitucionais, administrativos e militares atinentes à transferência por necessidade de serviço. No intuito de verificar empiricamente a ocorrência de ilegalidades nas transferências e seus impactos na segurança pública e na vida pessoal do policial militar, foi realizada uma pesquisa triangular: primária, através de entrevistas e questionários preenchidos pelos policiais militares participantes; secundária, através de documentos e indireta, através de literatura acadêmica, doutrinária e jurisprudencial. Os resultados da pesquisa de campo que serão expostos neste artigo concluem que há ilegalidade na movimentação de policiais militares na Bahia, especialmente nas transferências que ocorrem dentro de uma mesma OPM, que também se mostram responsáveis por diversos prejuízos ao desempenho da atividade policial, à vida do policial militar e à segurança pública.

Palavras-Chave: Disciplina. Direito. Hierarquia. Movimentação. Militar. Polícia

ABSTRACT

The present work aims to verify the illegality of the transfers of military public servants in the State of Bahia, specifically the movement due to the need for service in the light of the Federal Constitution of 1988, analyzing several cases of transfers that occurred in Bahia in order to investigate any arbitrariness or illegality of the act, therefore, we sought to create a theoretical basis through studies about the State Decree 32.903/1986 that regulates the movements of squares in the PMBA and other pertinent legislation, in the

same way, we sought to analyze the constitutional, administrative and military principles related transfer due to service needs. In order to empirically verify the occurrence of illegalities in transfers and their impacts on public safety and on the personal life of the military police, a triangular research was carried out: primary, through interviews and questionnaires completed by the participating military police; secondary, through documents and indirect, through academic, doctrinal and jurisprudential literature. The results of this work conclude that there is illegality in the movement of military police in Bahia, especially in the transfers that occur within the same OPM, which are also responsible for several damages to the performance of police

Keywords: Discipline. Right. Hierarchy. Movement. Militar.

1. INTRODUÇÃO

O Direito Contemporâneo tem evoluído muito nos últimos séculos, com ele, todas as instituições que garantem o mínimo civilizatório vem mudando, transformando ou simplesmente desaparecendo para dar lugar à outras novas instituições, todavia as polícias militares, anteriormente chamadas de força pública, resistem ao tempo e às mudanças sociais como uma espécie de bastião do que há de mais arcaico e antiquado no direito brasileiro

As polícias militares do Brasil, carregam consigo um orgulho ufanista de possuírem, em sua maioria, regulamentos próprios que antecedem a história recente, mudando muito pouco desde o século XIX, a Caxiagem, como é chamada a rigorosidade disciplinar das instituições militares, ainda é presente em todos os aspectos da vida militar. Existem regras para absolutamente qualquer coisa na corporação: Da maneira como trabalhar até a forma correta de se levantar de uma cadeira.

Os guerreiros que honrosamente vestem essa farda costumavam vim das camadas mais humildes da população, chamadas ao serviço militar de segurança mais por características que passavam a imagem de “força bruta” do que algum tipo de concurso, até pouco tempo ainda era assim que se ingressava na corporação. A resistência à mudança explica o fato de existir um certo preconceito dos policiais mais antigos com os policiais mais modernos que normalmente possuem maior grau de escolaridade, essa repugnância contra indivíduos de maior escolaridade encontra um ambiente propício para crescer no militarismo, onde suas competências e conhecimento não significam muita coisa diante da antiguidade e o posto hierárquico.

A falta de “empoderamento” através do conhecimento rotulou a instituição policial militar como o mais claro reflexo de que “policiais são burros”, “entrou na polícia porque não estuda” dentre outras afirmações falaciosas, mas que possuem alguma validade real quando contraposta à situação atual do efetivo. O fato é, a ausência de incentivos laborais, salariais e até pessoais para que o policial se “empodere” e tenha conhecimento de seu papel na sociedade, dos seus deveres com o Estado e acima de tudo, dos deveres do Estado para com ele, causam uma verdadeira nulidade no que se refere ao estado da arte das pesquisas acadêmicas envolvendo a Polícia Militar.

Se nem a polícia está interessada em conhecer a si própria e, para agravar, existem aqueles que enxergam o processo educacional como uma afronta aos valores seculares da instituição. Existem pouquíssimas pesquisas sobre a polícia militar, a grande maioria

das que existem focam apenas na história da corporação ou então de maneira bastante degradante, humilham a corporação, responsabilizando a mesma por todo tipo de conduta socialmente reprovável: Racismo, machismo, elitista, matadora de pobres e pretos, milícia privada. Dentre outros nomes reprováveis que estas pesquisas usam apenas para macular a imagem da polícia.

Este trabalho é pioneiro, pois é o primeiro trabalho acadêmico que abordará um tema extremamente relevante para o público militar, especialmente do Estado da Bahia, bem como trará uma ampla publicidade sobre uma questão crucial para segurança pública: a qualidade de vida do policial militar, que é sempre ignorada em toda e qualquer política pública planejada pelos motivos já ditos anteriormente.

A problemática das transferências de policiais militares transcende a órbita pessoal do militar e vai para sua família, para a cidade que ele é removido, bem como de onde ele saiu, dos seus colegas e de sua relação com cada um destes.

Desde 1825, a Polícia Militar da Bahia fez parte da história do Brasil, se envolvendo em mais de 20 conflitos internos e externos ao longo dos quase 200 anos de história. Por ser uma força auxiliar do Exército, a polícia baiana bem como as demais do Brasil, se subordinam aos regimentos militares especialmente a hierarquia e a disciplina.

O objeto a ser estudado neste trabalho é a Polícia Militar da Bahia (PMBA) que é uma das 27 forças policiais responsáveis pelo policiamento ostensivo e manutenção da ordem pública no Brasil, especificamente, algumas unidades operacionais localizadas no sudoeste do Estado.

Por ser a única instituição pública estadual presente em 100% dos municípios baianos durante as 24h do dia, sua atuação abrange diversas outras questões tais como preservar meio ambiente, atendimento ao público em questões de ordem social, prestar apoio à todos os órgãos públicos que assim solicitam tais como a Polícia Civil, Poder Judiciário, Ministério Público, Prefeituras, SAMU, hospitais, CAPS, Detran entre outros. Para servir e proteger, é necessário que a instituição policial esteja consoante

com o atual ordenamento jurídico brasileiro bem como as normas que regulamentam essa quase bicentenária instituição acompanhe as constantes evoluções sociais.

No entanto, ocorre que a PMBA possui um conjunto de regimentos que disciplinam a transferência ou movimentações de policiais militares que, na maioria das vezes, estão estabilizados nas cidades onde trabalham ou na unidade que estão lotados. A grande maioria possui família com uma estrutura montada, filhos pequenos ou em períodos escolares e, sem solicitação de sua parte, são movimentados de suas cidades, sem serem ouvidos pelos Chefes que tomam as decisões. Fora o impacto causado na vida do policial e de sua família também há impacto direto na segurança pública da localidade, que perde um policial que já conhecia a localidade para dar lugar para um “novato” que muitas vezes também não desejava ir para aquele lugar.

As transferências de servidores civis possuem regimento próprio e algumas categorias de servidores como promotores, juízes entre outros gozam da inamovibilidade, ou seja, não podem ser transferidos salvo a pedido ou interesse público bem relevante. Fato que não se aplica as transferências de militares estaduais na Bahia.

As transferências ou movimentações de policiais militares na Bahia são regulamentadas pelo Decreto Nº 32.903 de 28/01/1986. Segundo este, a transferência ou movimentação

de policiais militares pode ocorrer de duas formas: À Pedido (AP), quando o militar solicita sua transferência. Necessidade de Serviço (NS), quando é determinada por superior hierárquico, esta última será o objeto, *stricto sensu*, deste trabalho.

Esta pesquisa tem por objetivo geral, verificar a (i)legalidade das transferências de servidores públicos militares do sudoeste do Estado da Bahia, especificamente a movimentação por necessidade de serviço (NS) à luz da Constituição Federal de 1988 com base nos diversos casos de transferências que ocorreram na Bahia a fim de apurar alguma arbitrariedade ou ilegalidade do ato.

São Objetivos específicos

-Trazer ao conhecimento de militares e civis, os atuais regramentos sobre transferências e movimentações policiais, que são desconhecidos pela maioria de ambos.

-Entender o decreto 32.903/86 e demais dispositivos legais verificando sua constitucionalidade perante o atual ordenamento jurídico e sua compatibilidade com os princípios do Direito Constitucional Pátrio.

-Expor o impacto das transferências (NS) e como elas afetam a rotina policial, a vida pessoal do policial militar bem como da sua família e a própria segurança pública no âmbito do Estado da Bahia

Dada a parca informação acessível ao público sobre este problema que aflige a corporação, ausência de quaisquer pesquisas sobre o assunto, irresignação silenciosa dos militares quanto aos abusos esta pesquisa se justifica de maneira bem mais evidente. O sistema jurídico é de grande importância para a polícia militar, principalmente o que se refere ao controle da atividade policial pelo MP, jurisprudências entendimentos judiciais sobre diversos aspectos como: Uso de algemas, Uso da força diferenciada, Prisão em flagrante, Busca domiciliar, busca pessoal entre outros que contribuem para constante adaptação do trabalho policial à realidade em que ela está inserida. Logo, este estudo está justificado a transferência de policial militar por necessidade de serviço é um ato jurídico com consequências severas para inocentes.

Como órgão integrante do sistema policial e necessário para que se cumpra o império da lei no âmbito estadual, a PMBA deve seguir princípios legais, preservar direitos, cumprir deveres sem excluir seu público interno pois se estes forem mantidos à margem do direito haverá consequências desastrosas para a missão "Servir e Proteger"

A PMBA, ao contrário de diversas polícias militares brasileiras, não possui um Código de Ética, mas existem diversas leis como o Estatuto dos Policiais Militares (Lei 7990/01), Lei de Organização Básica da Polícia Militar além de um Regulamento Disciplinar (Dec. 29535/83 e um Regulamento de Movimentação Para Oficiais e Praças da Polícia Militar da Bahia (Dec. 32903/86)

Ocorre que a transferência por "Necessidade de Serviço" é uma incerteza jurídica e fática pois abre uma margem para um altíssimo grau de discricionariedade ou ainda cria normas "em branco" que dão muita margem para interpretação de superiores hierárquicos responsáveis pela transferência.

A grande questão que baliza este trabalho é descobrir se o militar do Estado da Bahia tem conhecimento e se usufrui de seus direitos no que se refere a transferência, se existe

algum contraditório ou ampla defesa nas transferências por conveniência da disciplina, por solicitação de órgão público estranho a PMBA, verificar a existência ou não de transferências arbitrárias, imotivadas ou ilegais e descobrir se o regulamento de transferências da PMBA é, ou não, compatível com os princípios constitucionais e administrativos. São hipóteses levantadas por esse trabalho:

O regulamento que disciplina as transferências de praças e oficiais da Polícia Militar da Bahia abre uma margem gigante para que o policial possa ser transferido com ampla discricionariedade, traduzindo-se como um mecanismo de controle massivo da tropa. Militares transferidos por necessidade de não estão sendo abarcados pelo princípio do contraditório e da ampla defesa, sendo transferidos com base em arbitrariedades assim como os atos de suas transferências estão sem motivos ou com motivo genérico e abstrato que poderia justificar qualquer outra transferência.

Militares transferidos por necessidade de serviço podem na verdade estar sendo vítimas de prefeitos, vereadores, secretários além de empresários e terceiros com influência política em cidades pequenas que aproveitam da situação precária do efetivo nas cidades longínquas para controlar a instituição.

A Necessidade De Serviço quase nunca é fundamentada nem explicada os motivos, sendo um fim em si mesma. O que contraria boa parte do ordenamento jurídico atual. A metodologia para compreensão e investigação do tema proposto será: Bibliografia. Tendo como fontes principais, A Constituição Federal e do Estado da Bahia, O Estatuto dos Policiais Militares, Decreto que regulamenta as movimentações de praças e oficiais na Polícia Militar da Bahia, além de doutrinas como Di Pietro, Matheus Carvalho, Coimbra Neves, Carvalho Filho, Diogo de Figueiredo, dentre outros.

Acredita-se que as transferências por necessidade de serviço e por conveniência da disciplina são dispositivos que carecem rigidez legal bem como de legislação mais específica, o que dá margem para seu uso indevido dentro da corporação. A situação legal é somada a dimensão geográfica do Estado da Bahia, com as imensas unidades operacionais do sudoeste baiano e do restante do estado, que potencializa e aumenta o leque de transferências permitindo que a transferência por conveniência da disciplina seja utilizada para beneficiar ou prejudicar alguns policiais específicos.



Um policial que trabalha na cidade de Brumado é movimentado para fora da sua OPM quando é apresentado à outra unidade operacional ex: 79º CIPM – Poções, em verde escuro no mapa. Todavia diz-se que o mesmo policial foi movimentado dentro da sua OPM quando é movimentado dentro da 34º CIPM, que é a sua unidade operacional por exemplo se o indivíduo trabalha na cidade de Brumado e é

movimentado para a cidade de Ibicoara-BA ou qualquer outra cidade dentro da área de cor marrom no mapa.

Apesar de serem diferentes no ponto de vista de procedimento, ambas as transferências são reguladas pelo mesmo decreto e não tem distinções de requisitos, modo e fundamentos na forma do Art. 5º - 2) do Decreto 32.903/1986.

A movimentação para fora da OPM costuma ser publicada em BGO apenas com indicação do artigo e inciso do decreto que ela está fundamentada, limitando-se a essa fundamentação, a doutrina majoritária entende que a mera indicação de dispositivo legal não configura uma fundamentação para o ato administrativo, ou seja, pelo teoria dos motivos determinantes, o ato é nulo. Já a transferência dentro de uma mesma OPM costuma não ter nenhuma formalidade, o policial apenas deixa de aparecer na escala de serviço feita no Excel de um município e no próximo mês ou ciclo aparece em outro município.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma nova gama de conceitos e princípios que garantem aos cidadãos brasileiros direitos e garantias individuais e coletivos, com o decorrer dos anos as leis foram se aprimorando e a sociedade tem cada vez mais direitos todavia, ao que parece os policiais militares do Estado da Bahia estão de fora dessa sociedade pois conforme a pesquisa evidenciou a legislação, além de parca e ultrapassada, não é evidentemente cumprida pois ocorrem diversas transferências de militares estaduais por atos administrativos contrários à lei.

É evidente que o funcionário público estadual militar goza dos direitos e garantias previstas na Magna Carta, apesar da condição de militar, cabe a ele, cumprir e fazer cumprir as leis e os princípios éticos da profissão previstos no Regulamento Disciplinar

Como órgão integrante do Estado Brasileiro, a Administração Militar Estadual também é regida pelo direito administrativo pátrio, cabendo obediência desta aos princípios da Administração Pública tais como legalidade, moralidade, impessoalidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade e outros.

A Polícia Militar da Bahia, é composta dos mais bem intencionados, homens e mulheres, que dedicam suas vidas para garantir a ordem pública e a manutenção da segurança pública todavia a instituição possui uma visão arcaica e antiquada no que se refere aos direitos dos cidadãos que optaram por servi-la o que tem provocado diversas turbulências sociais e hierárquicas, principalmente mas não exclusivamente, no que se refere as movimentações por necessidade de serviço.

Apesar da corporação, de maneira muito lenta e tímida, estar se adequando aos princípios da constituição federal ainda existem alguns artigos no Decreto 32.903/1986 que vão de encontro com as normas legais dos princípios constitucionais e da administração pública, a exemplo dos que foram explanados neste trabalho.

Para melhor entendimento deste trabalho, desenvolveu-se dois quadros comparativos com explicações sobre o direito administrativo e o direito militar para auxiliar no entendimento das explicações e das conclusões propostas em cada subtítulo da pesquisa de campo

Quanto ao objetivo geral deste trabalho, verifica-se que existem sim, ilegalidades na movimentação por necessidade de serviço praticada em desfavor de policiais militares comprovada através de análises de pesquisa de campo feita com um número razoável de policiais para o tipo e tema na pesquisa

Em se tratando de objetivos específicos, o primeiro, foi satisfeito, ao discorrer sobre toda as principais legislações policiais militares baianas que são desconhecidas dos civis e dos próprios militares. Quanto ao segundo objetivo específico, foi satisfeito pois verificou-se que o Decreto 32.903/1986 apesar de compatível em parte com o ordenamento jurídico, deixa muito a desejar e contraria, em partem os mais atuais dispositivos principiológicos do direito administrativo. Quanto ao terceiro objetivo, foi satisfeito pois o impacto das transferências na vida dos policiais militares, na família e na segurança pública foi amplamente debatido e exemplificado em todo trabalho e tais impactos foram ainda especificados no capítulo da pesquisa de campo

Considera-se assim então, que o objetivo geral bem como os objetivos específicos foram plenamente satisfeitos com essa pesquisa de campo quando no decorrer do trabalho, explanou-se sobre o decreto que regulamenta a movimentação de policiais militares, abordou cada inciso importante com exemplos e jurisprudência sobre o assunto, organizou-se um quadro comparativo para trazer luz as peculiaridades do direito administrativo e militar que são desconhecidos da maior parte da academia, fez-se uma pesquisa de campo que abordou sobre a vida dos policiais militares, suas opiniões, condições sociais, conhecimento legislativo, sobre a transferência de policiais militares e sua frequência, período, especificidades de cada policial, caso concreto e ainda opiniões sensíveis serviram para a conclusão inequívoca de sim, existe ilegalidade nas transferências policiais militares do estado da Bahia

Quanto as hipóteses levantadas por este trabalho, a primeira de que “O regulamento que disciplina as transferências de praças e oficiais da Polícia Militar da Bahia abre uma margem gigante para que o policial possa ser transferido com ampla discricionariedade, traduzindo-se como um mecanismo de controle massivo da tropa.” Se mostrou parcialmente verdadeira já que o Decreto 32.903/1986 não determina que toda transferência por necessidade de serviço seja motivada conforme a determina a Lei de Ação Popular (Lei 4717/1965 Art.50), o decreto prevê que apenas as transferências por conveniência da disciplina serão motivadas, que não são objeto deste trabalho. Apesar de não exigir fundamentação, o já citado decreto afirma que todas as movimentações de policiais militares são atos administrativos, logo, necessitam de motivação sob pena de nulidade na forma do Art. 50 da Lei 4717/1965

Quanto a segunda hipótese, de que “Militares transferidos por necessidade de serviço não estão sendo abarcados pelo princípio do contraditório e da ampla defesa, sendo transferidos com base em arbitrariedades assim como os atos de suas transferências estão sem motivos ou com motivo genérico e abstrato que poderia justificar qualquer outra transferência.” Se mostrou verdadeira uma vez que conforme a pesquisa de cam-

po que confirmou que a quase totalidade dos policiais entrevistados que foram transferidos, desconheciam os motivos da sua transferência bem como mais da metade dos que policiais movimentados não tiveram oportunidade de defesa e mais de um terço acreditavam, de maneira incorreta, que a transferência não precisava ser justificada.

Quanto a terceira hipótese, Militares transferidos por necessidade de serviço podem na verdade estar sendo vítimas de prefeitos, vereadores, secretários além de empresários e terceiros com influência política em cidades pequenas que aproveitam da situação precária do efetivo nas cidades longínquas para controlar a instituição. Hipótese confirmada já que por toda a pesquisa de campo foram apresentadas situações que levam a crer que existe influência política e econômica por trás da decisão de algumas transferências por necessidade de serviço, além de que mais de um décimo dos policiais que foram transferidos afirmaram que o poder público municipal pode estar por trás da sua transferência, fora a imensa quantidade de policiais que fizeram vista grossa para atividades delituosas, permitiram sofrer desacato, obedeceram ordens fora de sua competência por receio de transferência, as pessoas beneficiadas por esses atos são certamente, pessoas com algum prestígio econômico, político ou social suficientes para arquitetar a transferência de um policial militar para outra cidade.

Quanto a quarta hipótese “A Necessidade De Serviço quase nunca é fundamentada nem explicada os motivos, sendo um fim em si mesma. O que contraria boa parte do ordenamento jurídico atual” se mostra confirmada quando a

esmagadora maioria das transferências por Necessidade de Serviço analisadas não foram fundamentadas nem motivadas

A conclusão final é que a transferência por necessidade de serviço, especialmente a que ocorre dentro de uma mesma OPM, é mais uma maneira de controle hierárquico/disciplinar sobre a tropa do que um mecanismo para aumentar a eficiência do serviço policial. O processo para institucionalizar a transferência por necessidade de serviço dessa forma que está hoje foi lento e percorre toda a instituição. Começando no Curso de Formação onde é negado ao aluno-soldado o conhecimento sobre seus direitos, depois de formado o soldado vai trabalhar em alguma cidade onde existe uma microfísica do poder bem tênue, com interesses policiais, econômicos e políticos balanceando-se e servindo um ao outro, qualquer desequilíbrio precisa ser removido de maneira bem rápida e de maneira “aparentemente legal”. Eis que surge a movimentação por NS, que é discorrida em legislação policial como um ato administrativo, logo provido de competência, finalidade, forma, motivo e sujeito. Todavia o mesmo não é tratado dessa maneira, inexistindo qualquer motivo por escrito ou fundamentação em alguma transferência por necessidade de serviço dentro de uma mesma OPM sendo assim, as movimentações policiais militares, dentro de uma mesma OPM, que não são fundamentadas e motivadas são nulas por conter vício insanável, na maioria das vezes.

As movimentações que ocorrem dentro de uma mesma OPM carecem de qualquer fundamentação, lógica, justificativa, razão ou circunstância e ficando ao dispor de quem faz a escala. Considerando que a maior parte da tropa reside à distâncias consideráveis de casa, utiliza meios de transporte pouco adequados para ir trabalhar e dadas as opiniões e reações dos policiais sobre essa movimentação específica dentro da OPM é evidente que ela é utilizada no intuito de agravar essa situação anteriormente descrita,

colocando policiais mais longe de casa o que cria uma situação ainda mais difícil para que o mesmo cumpra com seus deveres.

Finalmente, conclui-se que os níveis hierárquicos mais baixos estão submetidos à todo o ônus que o militarismo, a disciplina e a hierarquia proporcionam e os bravos guerreiros da polícia militar baiana que corajosamente defendem os 15 milhões de baianos estão a mercê de uma situação preocupante, com a possibilidade

de serem movimentados para os lugares mais distantes do Estado sem justificativa, sem fundamentação, sem motivo e sem ampla defesa e contraditório. O prejuízo para a segurança pública é incomensurável, não foram poucos os relatos de policiais que se omitiram de suas atribuições por receio de transferência ou ainda agiram em desacordo com a lei por temer esta mesma transferência. O prejuízo para a vida do policial militar, é inimaginável, não foram raros também os casos de policiais que afirmaram sentirem desgosto, problemas em casa, desgaste no relacionamento amoroso, dificuldades no transporte para novo local de trabalho o que contribui para um temor institucionalizado, o medo da transferência que está presente na maior parte do efetivo tem papel de destaque na manutenção do status quo da ilegalidade das transferências de policiais militares.

Dada as deficiências de público participante desta pesquisa, conclui-se ao final que uma nova pesquisa envolvendo um público maior e de com mais unidades operacionais bem como a realização das entrevistas com oficiais e praças podem produzir resultados estatísticos e conhecimentos legislativos mais precisos que amostragem desse trabalho.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

TEIXEIRA, Charles Clemencius Diniz: A movimentação por conveniência da disciplina e a aplicabilidade dos princípios constitucionais no contraditório e da ampla defesa. 2010, Monografia, Curso de Especialização em Segurança Pública, Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho, Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte, 2010.

Bahia, Lei N° 7990 de 27 de dezembro de 2001. Dispõe sobre o Estatuto dos Policiais Militares do Estado da Bahia e dá outras providências. Diário Oficial do Estado da Bahia, BA, V.1, N.2, 27 de dezembro de 2001, disponível em <http://www.pm.ba.gov.br/7990.htm> (Acesso em 02/12/2021 as 16:35)

Bahia, Lei N° 32.903 de 28 de janeiro de 1986. Dispõe sobre o Regulamento de Movimentação para Oficiais e Praças da Polícia Militar da Bahia e dá Outras providências. Diário Oficial do Estado Da Bahia, BA. Ato N° 32903, publicado em 28 de janeiro de 1986, disponível em <http://www.legislabahia.ba.gov.br/documentos/decreto-no-32903-de-28-de-janeiro-de-1986> (Acesso em 02/12/2021 as 16:34)

CARVALHO, Mateus: Manual de Direito Administrativo. 2016, Editora Juspodium. São Paulo, 2016

NEVES, Cicero Robson Coimbra. Manual de direito processual penal militar. 5. ed. rev. atual. ampl. Salvador: JUSPODIVM, 2021. 1232 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense. Acesso em: 01 jul. 2022. 2022

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 35ª Edição. Editora Lumen Juris. 2021

VAZ, Paulo Afonso Brum. Tutelas de urgência e o princípio da fungibilidade: § 7º, do art. 273 do CPC. Revista de Processo, São Paulo, v. 32, n. 144, p. 23-37, fev. 2002.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende de. Curso de Direito Administrativo. 8ª Edição. Editora Método, 2020

ENTRE PRETORES E TRIBUNOS: A LEGITIMIDADE DA POLÍTICA JUDICIAL

BETWEEN PRAETORS AND TRIBUNES: THE LEGITIMACY OF JUDICIAL POLITICS

RESUMO: Este ensaio explora o argumento de legitimidade democrática da judicialização apresentado por William A. Fletcher (1982), no amplo contexto de litígios estruturais corretivos de violações a preceitos constitucionais. São analisadas diferentes perspectivas sobre a problemática da legitimidade judicial, contrapondo, quanto ao fenômeno global do empoderamento judicial e à retórica neoconstitucionalista, a dogmática constitucional às abordagens neoinstitucionalistas de Tom Ginsburg (2003) e Ran Hirsch (2009). Conclui-se que esses processos são apenas uma das múltiplas opções legítimas de veto point no sistema democrático contemporâneo, decorrente, dentre outros fatores, da hegemonia das instituições americanas e da gramática neoliberal de valorização da técnica em detrimento da política.

Palavras-chave: Judicialização da política, neoconstitucionalismo, neoliberalismo, democracia, legitimidade judicial.

ABSTRACT: This essay explores William A. Fletcher's (1982) argument for the democratic legitimacy of judicialization in the wide context of structural litigation to correct violations of constitutional precepts. Different perspectives on the issue of judicial legitimacy are analyzed, contrasting the global phenomenon of judicial empowerment and the neoconstitutionalist rhetoric of constitutional dogmatics with the neoinstitutionalist approaches of Tom Ginsburg (2003) and Ran Hirsch (2009). It concludes that these processes are just one of the multiple legitimate veto point options in the contemporary democratic system, resulting, among other factors, from the hegemony of American institutions and the neoliberal grammar of valuing technique over politics.

Keywords: judicial review, neoconstitutionalism, neoliberalism, democracy, judicial legitimacy.

INTRODUÇÃO

Em seu multicitado artigo “The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy” (1982), William A. Fletcher, então professor da Boalt Hall School of Law, em Berkeley, que se tornaria, anos depois, juiz sênior, apontado por Bill Clinton, para compor o Tribunal de Apelações do 9º Circuito, na Costa Oeste, examina a crescente utilização das chamadas “ações institucionais” nas cortes americanas.

Fletcher (1982) explora como essas estratégias de judicialização, nos EUA, se tornaram uma ferramenta cada vez mais central no enfrentamento a violações constitucionais es-

truturais, em questões políticas de ampla magnitude e complexidade. O autor, de partida, reconhece que uma das principais fragilidades dessas intrusões judiciais no domínio próprio das autoridades eleitas é sua ilegitimidade democrática presumível. Com efeito, a intervenção judicial em políticas públicas abrangentes, à míngua de parâmetros normativos claros, frequentemente demanda uma ampla discricionariedade da tomada de decisão judicial, deslocando o juiz de seu lugar presumível.

O autor, então, analisa diferentes perspectivas sobre a legitimidade judicial, destacando que, embora algum grau de discricionariedade seja inerente à função jurisdicional, é fundamental que os juízes sejam transparentes, coerentes e comprometidos com os valores democráticos e constitucionais ao exercerem esse poder político. Apesar disso, valendo-se de uma virada argumentativa, que implicitamente retorna à gramática dos direitos – que densamente povoa a retórica neoconstitucionalista –, Fletcher (1982) conclui pela indispensabilidade da superação dessa usual presunção de ilegitimidade, em face de quadros mais persistentes e agudos de violação constitucional.

Nesse contexto, o presente artigo problematizará o argumento de Fletcher (1982), explorando as fragilidades do discurso legitimador do empoderamento judicial e da gramática neoconstitucionalista. Para tanto, os argumentos legitimistas de Fletcher (1982) serão contrastados com a tese do seguro eleitoral, de Tom Ginsburg (2003), e com a tese da preservação hegemônica, de Ran Hirsch (2009).

Do ponto de vista metodológico, o presente artigo se valerá de pesquisa bibliográfica, numa abordagem qualitativa e essencialmente teórica, contrapondo a dogmática constitucional à perspectiva neoinstitucionalista, própria da Ciência Política.

Por fim, reconhecendo a indispensabilidade do Estado Democrático de Direito para a operação da democracia liberal, se concluirá que as cortes constitucionais e o ideal de supremacia constitucional não são constitutivos da democracia ou seus elementos indispensáveis. Em revés, tais arranjos são apenas mais uma forma de estruturar veto points num sistema democrático, dentre várias alternativas legítimas existentes. Se apontará, ainda, que o empoderamento judicial, enquanto um fenômeno global, deriva da hegemonia das singulares instituições americanas e de processos subjacentes à gramática tecnocrática neoliberal, de valorização da técnica em detrimento da política e de deferência prioritária às liberdades negativas, próprias da linguagem de mercado.

DESENVOLVIMENTO

DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA: NORMALIZANDO UM EQUILÍBRIO SENSÍVEL

Ao se debruçar sobre o conceito de “ações institucionais”, Fletcher (1982) ressalta a distinção existente entre esses casos e os litígios ordinários. Por envolvem instituições governamentais e apresentam múltiplos interessados – partes, intervenientes e amici curiae –, esses casos seriam mais complexos e desafiadores. Além disso, o resultado dessas ações, as chamadas “decisões corretivas”, têm o propósito de remediar a violação constitucional de forma abrangente, demandando uma ponderação judicial cuidadosa das variadas questões envolvidas.

Fletcher (1982) explora a policentricidade dessas ações, frequentemente compostas por

múltiplos centros interconectados, tanto legais quanto extra-legais. Nesses casos, os juízes forçosamente devem considerar diversos interesses concorrentes, que não necessariamente são legalmente protegidos, tornando o processo de tomada de decisão ainda mais escorregadio.

Examinado como as cortes de primeira instância, nos EUA, podem evitar ou articular o poder discricionário corretivo, Fletcher (1982) busca distinguir a discricionariedade judicial legítima da ilegítima, destacando que, em alguns casos, a discricionariedade será inevitável para que sejam alcançadas soluções satisfatórias, especialmente diante da omissão crônica e deliberada dos órgãos políticos incumbidos do dever de proteção aos direitos constitucionais lesados.

Fletcher (1982) aponta a importância de se encontrar um equilíbrio adequado entre a discricionariedade judicial e a legitimidade democrática. Para o autor, embora a discricionariedade seja inevitável e, em alguns casos, necessária para corrigir violações constitucionais e promover justiça, é crucial que os tribunais atuem de forma responsável e transparente para garantir a confiança da sociedade no Judiciário. Ao reconhecer a complexidade e a natureza política dessas questões, os juízes poderiam contribuir para a busca de soluções mais efetivas e legítimas de promoção do Estado de Direito e da Justiça.

As cortes superiores têm buscado controlar e moldar a discricionariedade corretiva nas instâncias inferiores, em processos institucionais, para enfrentar desafios de legitimidade judicial. Esse esforço visa evitar abusos de poder e garantir que as decisões judiciais sejam fundamentadas, coerentes e alinhadas aos valores constitucionais. Duas abordagens principais são utilizadas: desincentivar o uso excessivo da discricionariedade, favorecendo soluções menos intrusivas e dando preferência a meios alternativos, quando possível; e equiparar a discricionariedade a um “julgamento informado”, ressaltando a importância da informação para se tratar de questões complexas (FLETCHER, 1982).

No entanto, encontrar o equilíbrio adequado entre a necessidade de discricionariedade e o risco de ilegitimidade é um desafio constante. A legitimidade do poder judiciário dependerá tanto das decisões dos tribunais quanto das ações dos demais poderes. Assim, a transparência, a responsabilidade e o compromisso com os valores democráticos são fundamentais para manter a confiança da sociedade no sistema judicial (FLETCHER, 1982).

Em processos institucionais, os juízes tendem a prestigiar injunções negativas, impondo ordens de abstenção, para que o réu cesse uma prática ou evite deflagrá-la. As injunções positivas, ordens cominatórias de obrigações de fazer ou de dar, por outro lado, embora sejam menos preferíveis em casos tais, por vezes, ante as suas particularidades, despontam como inevitáveis (FLETCHER, 1982).

Em meio a vazios normativos, os juízes podem, ainda, lidar com questões complexas sem recorrer à discricionariedade, delegando a decisão às partes e permitindo que elas apresentem propostas de acordo, sinalizando seus interesses prioritários. Caso não cheguem a um acordo, contudo, e não seja suficiente uma injunção negativa, o juiz inevitavelmente deverá arbitrar uma injunção positiva discricionária para dar cabo ao litígio (FLETCHER, 1982).

As cortes ainda enfrentarão desafios para obter informações sobre os múltiplos interesses em jogo, para balancear soluções adequadas. Para preencher essa lacuna de infor-

mação, num recurso à discricionariedade informada, o juiz poderá convocar as demais partes afetadas, além de ouvir testemunhas, especialistas e administradores judiciais designados para levantar informações indispensáveis e que escapam ao conhecimento judicial. Isso porque os juízes precisam equilibrar a proteção dos direitos das partes envolvidas no caso com a consideração também aos interesses de terceiros afetados (FLETCHER, 1982).

Os tribunais recursais tentam controlar a discricionariedade das decisões de primeira instância, mas também enfrentam desafios para estabelecer padrões uniformes. A Suprema Corte desempenha um papel importante na definição de limites para a discricionariedade judicial, ponderando a importância dos valores constitucionais envolvidos. Nesse passo, Fletcher (1982) examina quatro grupos de “casos institucionais” em detalhes, para situar o modo pelo qual a Suprema Corte ampliou ou limitou a discricionariedade das cortes subalternas, na implementação de decisões corretivas: casos de representação eleitoral, casos de dessegregação escolar, casos e reforma prisional e casos de reforma psiquiátrica.

Dentre as categorias de casos examinados em seu artigo, Fletcher (1982) pontua que, em casos relativos a regulação do mercado eleitoral, para mantê-lo aberto e minimamente equilibrado, e também nos relacionados a discriminações estruturadas historicamente, a exemplo a segregação racial, a Suprema Corte mostrou-se tendente a tolerar certa discricionariedade judicial corretiva das instâncias subalternas. Nos grupos de casos relacionados às condições prisionais, porém, Fletcher (1982) aponta que a Corte adotou uma posição intermediária, impondo limites mais rigorosos segundo a extensão e a intensidade das violações - generalizadas ou pontuais - verificadas nos degradantes presídios americanos. Por fim, já nos casos associados às condições de internação em estabelecimentos psiquiátricos, pela distância de tais instituições da realidade forense e amplo desconhecimento de suas especificidades, a Corte optou por uma posição extremamente refratária à discricionariedade judicial corretiva.

Encontrar o equilíbrio entre discricionariedade e aplicação consistente da lei continua sendo um desafio para o sistema judicial. A busca por soluções justas em casos complexos é uma tarefa delicada, e a Suprema Corte desempenha um papel relevante na definição dos parâmetros para o exercício da discricionariedade corretiva. O objetivo final desse delicado equilíbrio seria, segundo Fletcher (1982), sempre garantir proteção aos direitos fundamentais e assegurar a legitimidade da intrusão judicial.

Fletcher (1982) propõe superar a “presunção de ilegitimidade” que paria sobre as decisões judiciais corretivas desdobrando a discussão sobre essa legitimidade em dois níveis. No primeiro nível, a intervenção judicial ocorre como desdobramento de casos de mau funcionamento generalizado das instituições políticas. Num segundo nível, contudo, a intervenção judicial pode ocorrer em casos de baixa abrangência, mirando reformas nas políticas públicas.

Para o autor, a intervenção judicial só seria legítima na primeira hipótese, em casos excepcionais, em que as autoridades constituídas se achem em grave e crônico inadimplemento aos seus deveres legais, quando a ação pretoriana desponta como a última trincheira para assegurar os direitos fundamentais. Fletcher (1982) arremata pontuando que a transformação do Direito pode até incorporar remédios institucionais abrangentes num futuro próximo. Contudo, em casos extremos de falha dos órgãos políticos, já

nem ao menos se deveria discutir a legitimidade da intrusão judicial corretiva.

A HIPÓTESE DO SEGURO ELEITORAL: JUDICIALIZAÇÃO E DECLÍNIO HEGEMÔNICO

A ideia de soberania parlamentar, que erigia o Parlamento à centralidade democrática, surgiu na Inglaterra, como uma forma de limitar o poder absoluto da monarquia e de dar mais controle às elites e às parcelas mais abastadas da sociedade. Esse valor canônico, no entanto, amplamente presente nas revoluções burguesas, foi cedendo à complexificação do Estado e das relações sociais. Com efeito, à medida que as democracias se desenvolveram, surgiram novas ameaças, como os regimes fascistas que chegaram ao poder democraticamente na Europa antes da Segunda Guerra Mundial (GINSBURG, 2003; CAPPELLETTI, 1989; JACKSON, 2016; ELLIOTT, 2001; MONAHAN, 1987; MENDES, 2013; BARROSO, 2017; BRANDÃO, 2017).

Numa abordagem mainstream na dogmática constitucional, os horrores do totalitarismo teriam levado ao reconhecimento da necessidade de se protegerem as liberdades básicas, por meio de cortes constitucionais que funcionariam como guardiães da Constituição, num balanço contramajoritário. Esses tribunais, ao protegerem os direitos fundamentais, se converteram em importantes pontos de veto para garantir que os governos eleitos não abusem de seu poder restringindo as liberdades individuais, moldando um equilíbrio entre a vontade popular expressa pelas urnas e a proteção às liberdades (CAPPELLETTI, 1989; JACKSON, 2016; ELLIOTT, 2001; MONAHAN, 1987; MENDES, 2013; BARROSO, 2017; BRANDÃO, 2017).

Nas últimas décadas, a revisão judicial se expandiu mundialmente, tornando-se uma característica cada vez mais presente nos sistemas legais de diferentes países. Nesse amplo contexto, a expansão global do judicial review tem sido amplamente associada à promoção da gramática dos Direitos Humanos, aos sistemas de proteção global e regional dos direitos coordenados pela ONU e à influência hegemônica das instituições americanas no pós-Segunda Guerra e no pós-Guerra Fria. Essa expansão estaria, assim, relacionada à disseminação da democracia, que trouxe consigo as instituições políticas do Ocidente, incluindo os tribunais constitucionais (NEAL e VALLINDER, 1995; BRANDÃO, 2017; SANTOS, 2018),

No célebre “Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases”, Ginsburg (2003) promove, contudo, certo rompimento com essa simplificação idealista, lançando uma engenhosa perspectiva explicativa sobre o empoderamento global do Judiciário a partir de um olhar atento para as práticas da jurisdição constitucional na Ásia Oriental. Ginsburg (2003) investigou as razões pelas quais alguns tribunais constitucionais se tornam centros de poder importantes, enquanto outros permanecem mais limitados diante dos governos e do Estado.

Enfatizando a indispensabilidade de um olhar contextual, Ginsburg (2003) reconhece que as dinâmicas políticas específicas de cada país influenciam na adoção e no funcionamento da revisão judicial. Reconhece igualmente que a política não apenas molda a revisão judicial, mas também é por ela moldada. Seu mérito distintivo, contudo, foi lançar um olhar para além do Ocidente, buscando situar o fenômeno da judicialização em contextos culturais e políticos muito distintos.

A título de exemplo, na tradição confucionista da Ásia Oriental, que enfatiza a ordem

social e o poder do imperador, a ideia de um processo de revisão judicial poderia soar, num primeiro momento, estravagante ou fora de lugar. No entanto, o autor demonstra que as tradições culturais não são determinantes rígidos inescapáveis e que as instituições políticas e suas dinâmicas podem superar mesmo cosmovisões culturais profundamente enraizadas (GINSBURG, 2003).

Analisando países como a Coreia do Sul, Taiwan e a Mongólia, Ginsburg (2003) fornece insights valiosos sobre como as escolhas políticas e a incerteza eleitoral influenciam a adoção e o funcionamento da revisão judicial nessas novas democracias. O autor oferece um olhar abrangente e rigoroso, que desafia as idealizações simplistas da dogmática constitucional, destacando a centralidade da política, das instituições e das dinâmicas políticas para compreender a disseminação e o funcionamento da revisão judicial em contextos democráticos em evolução. De fato, a judicialização pode até eventualmente “proteger” os direitos fundamentais e a governança democrática, mas se impõe examinar esse fenômeno no contexto das demais complexidades políticas e institucionais envolvidas.

Atuando como players do jogo poder, as cortes recebem competências dos “projetistas” da ordem constitucional, sendo geralmente encarregadas de proteger essa mesma ordem. Ao exercer esse encargo, todavia, suas escolhas políticas subsequentes podem aumentar ou diminuir sua influência. Os tribunais podem desafiar outros atores políticos ou buscar aliados poderosos. Podem acumular gradualmente ganhos de poder ou moverem-se ousadamente nessa ambição. Suas decisões estratégicas podem confinar os infundáveis conflitos a batalhas vencíveis, mitigando as ameaças de um futuro crescentemente incerto, ou resultar em grandes deslizes indutores de contramobilizações nocivas.

A partir de conclusões de estudos comparativos entre as cortes constitucionais da Coreia do Sul, de Taiwan e da Mongólia, Ginsburg (2003) esmiúça a lógica política da revisão judicial e fornece um arcabouço para teorias mais abrangentes sobre a judicialização. Na chamada “tese do seguro eleitoral”, a revisão judicial funcionaria como um “seguro” para ambientes de crescente volatilidade e incerteza política, em que elites tradicionais veem a perpetuação de seu status em risco, em um mercado eleitoral fortemente competitivo.

Nas democracias, nenhum partido ou grupo político detém o privilégio da manutenção do poder indefinidamente e, nessa conjuntura, a revisão judicial desponta como uma meio de contestar políticas governamentais, por meio de cortes capazes de decidir contra os vencedores das eleições (incumbentes). Esse arranjo reduz o risco de rupturas, além de induzir acordos que, de outra forma, não seriam possíveis (GINSBURG, 2003).

A configuração ideal do sistema de revisão judicial depende das circunstâncias políticas conjunturais dos variados contextos constituintes. Em contextos em que um partido hegemônico antevê com segurança sua futura autopreservação, as cortes constitucionais tendem a ser menos acessíveis e a uma performance decisória mais limitada. Em contextos de maior balanceamento entre as facções disputantes, as cortes, na Constituição, por outro lado, tendem a ter amplos poderes e serem facilmente acessíveis para limitar a coalizão de turno (GINSBURG, 2003).

O desenho da revisão judicial reflete, assim, cálculos posicionais prospectivos das elites na definição do pacto constitucional, como uma variável da incerteza eleitoral e do grau

de hegemonia das facções disputantes. Esse quadro analítico geral evidentemente não descarta fatores secundários, como a extensão do “seguro” judicial também para acautelar minorias étnicas ou salvaguardar liberdades, especialmente aquelas ligadas à gramática liberal, tais como a liberdade contratual, a propriedade e a livre iniciativa.

As cortes constitucionais são atores políticos, com poder e influência, que enfrentam desafios em ambientes políticos distintos: a forma como exercem esse poder é moldada pelo contexto político em que se situam. Entender essas conjunturas, portanto, é fundamental para avaliar o papel das cortes na proteção aos direitos fundamentais e à governança democrática (GINSBURG, 2003).

Nessa trilha, a despeito de hipóteses alternativas – como as tradições culturais, a contingência histórica ou a transição de regimes autoritários para a democracia – Ginsburg (2003) pontifica que a estrutura política é o fator mais relevante para explicar as bases materiais e ideológicas do empoderamento judicial. Para o autor, o poder das cortes pode prosperar em uma variedade de conjunturas, e, na definição de suas performances e resultados, a cultura e a história não são tão determinantes quanto a estrutura política.

Os estudos de caso examinados por Ginsburg (2003) são coerentes com a hipótese do seguro eleitoral, indicando que a revisão judicial se desenvolve de maneira diversa em ambientes políticos distintos. O Conselho de Grandes Juízes de Taiwan atuou com muita cautela em suas decisões, enquanto o Tribunal Constitucional coreano adotou uma postura mais ativa. Já o Tribunal Constitucional da Mongólia adotou uma posição intermediária. A variável central identificada nessas dinâmicas foi o grau de hegemonia das elites e o risco de serem desbancadas pelas facções rivais.

À medida que a democracia se disseminou sob os trilhos da hegemonia americana, as singulares instituições dos EUA também se expandiram globalmente. Mas é a incerteza eleitoral o vetor decisivo para a demanda pela revisão judicial. Ausente uma maioria estável, os tribunais se portam de forma intrusiva e empoderada, na preservação da ordem estabelecida. Com o aumento da incerteza política, as elites e os cidadãos recorrem às cortes como árbitros externos de suas disputas caso percebam sua disposição de se portar com independência da coalizão de turno (GINSBURG, 2003).

Desse modo, os tribunais expandirão seu poder como uma variável do acirramento da competição eleitoral, especialmente em democracias com elites heterogêneas e competitivas. Conforme as facções concorram pelo controle do Estado, terão mais incentivos para reconhecer a autoridade da corte constitucional, em defesa de seus próprios privilégios, temendo que a emergência de grupos rivais desponte como uma janela de oportunidade para a sua supressão da arena política. A competição eleitoral, portanto, é uma das principais forças motrizes que tornam a revisão judicial uma característica política proeminente nas democracias (GINSBURG, 2003).

A ampliação da revisão judicial tende a ocorrer e a prosperar quando as elites políticas buscam equilíbrio institucional, limitando o poder de seus rivais e os seus próprios. A constitucionalização, embora imponha restrições à generalidade dos grupos disputantes, desponta como uma opção preferível em caso de acirramento da competição, como um ferramental útil para prevenir excessos da coalizão governante e proteger as elites circunstancialmente minoritárias. Nessa estratégia de seguro, ao endereçar questões políticas sensíveis aos tribunais, os partidos disciplinam a ambição de controle do Esta-

do por parte de seus rivais governistas, arrefecendo suas agendas e preferências. A revisão judicial, portanto, é uma maneira de controlar o governo e proteger os interesses das elites em um ambiente político crescentemente competitivo (GINSBURG, 2003).

A teoria do seguro oferece um horizonte substancial para explicar até mesmo o pioneirismo e a singularidade das instituições da democracia americana, na adoção do judicial review. Em “A Democracia na América”, Tocqueville (1977) identificou a igualdade como um dos princípios fundamentais que moldaram as práticas culturais daquela então jovem democracia. Chamou sua atenção igualmente a natureza competitiva e pluralista do sistema político americano, marcado pela presença e vitalidade de variadas facções, num arranjo otimizador da inclusão de diferentes vozes e interesses na esfera pública. Parece rigorosamente esse o cenário apontando por Ginsburg (2003) como propício à chamada “judicialização da política”.

Nessa constelação institucional, é possível que os tribunais, muito mais que criar embaraços às elites, possam trazer vantagens indispensáveis à conservação de seu status, preservando-as de transições hegemônicas em um mundo em aceleradas transformações. Num contexto de massificação da democracia, esse arranjo pode, ainda, moderar ou retardar reivindicações redistributivas, reafirmando a gramática das liberdades negativas e circunscrevendo demandas redistributivas crescentes de multidões cada vez mais ansiosas e impacientes. A este respeito, será particularmente útil a visão cética de Hirschl (2009), no bloco seguinte.

A HIPÓTESE DO ENTRINCHEIRAMENTO ESTRATÉGICO: A JUDICIALIZAÇÃO COMO UM FREIO REDISTRIBUTIVO

Segundo Hirschl (2009), nos últimos anos, processou-se uma transformação global marcante, caracterizada pelo crescimento da “juristocracia”. Mais de oitenta países e várias entidades supranacionais passaram por reformas constitucionais, transferindo poderes sem precedentes das instituições representativas para o judiciário. Essa expansão judicial é observada em diferentes países, desde nações do Bloco Oriental, como Rússia e Polônia, até países das Américas, como Canadá e Brasil, e países da África, como África do Sul e Quênia.

Essa mudança, geralmente denominada por “constitucionalização dos direitos” ou “fortalecimento do controle de constitucionalidade”, representou um dos desenvolvimentos mais significativos na governança moderna. Indubitavelmente, o aumento do poderio das cortes nacionais e supranacionais, que agora atuam como importantes órgãos de tomada de decisões políticas, reflete uma mudança paradigmática na política contemporânea. Essa tendência em direção à juristocracia é amplamente apoiada por estudiosos, juristas e ativistas, que defendem a ideia de que a verdadeira democracia não se resume à “ditadura da maioria”, mas, ao contrário, protege os direitos das minorias por meio de uma constituição escrita, por vezes imutável, no todo ou em parte, ainda que por novas reformas constitucionais (HIRSCHL, 2009).

Nessa visão, os juízes, protegidos das pressões políticas, atuariam como guardiões dos direitos fundamentais, garantindo sua aplicação justa e equitativa. No entanto, críticos apontam questões sobre as implicações dessa expansão judicial, argumentando que a transferência de poder ao judiciário agrava o “déficit democrático”, ao minar decisões

de autoridades eleitas. Além disso, a crescente influência das cortes levanta dúvidas sobre seu accountability e capacidade operacional de endereçar questões complexas, que exijam compromissos abrangentes (HIRSCHL, 2009).

Instigado por essa mudança notável, Hirschl (2009), examinou as origens políticas dessa tendência em diferentes países e suas consequências de longo prazo. Estudando comparativamente países moldados fortemente pela tradição de Westminster, de supremacia parlamentar, como o Canadá, a Nova Zelândia, Israel e a África do Sul, o autor levanta insights valiosos sobre o processo de empoderamento judicial e sua relação com a justiça distributiva e a governança democrática no século XXI.

Para Hirschl (2009), entender a natureza e o alcance dessas transformações é crucial para avaliar as implicações de longo prazo da “juristocracia”. Em empreitadas dessa natureza, a análise comparativa é particularmente útil por suspender parcialidades conjunturais específicas e aprofundar a compreensão de como diferentes sociedades respondem à crescente de judicialização, trazendo um diagnóstico acurado sobre a legitimidade judicial em diferentes contextos.

Examinando comparativamente o fenômeno do empoderamento judicial, Hirschl (2009) pontua a inexistência aparente de qualquer transição legal em países como Canadá, Nova Zelândia e Israel – todos marcados por profundas divisões políticas, econômicas e étnicas –, que pudessem justificar a ruptura com a tradição de supremacia parlamentar e de contenção judicial.

No caso da África do Sul, no entanto, a constitucionalização avançou formalmente, mas apenas após a extinção do Apartheid, nadando na contramão do otimismo progressista que costuma embalar as declarações de direitos, especialmente no que se refere a aspectos de justiça distributiva. De fato, as elites brancas africanas, enquanto puderam manter explicitamente o regime segregacionista, relutaram vigorosamente contra a ideia de uma declaração de direitos. Premidas pela insustentabilidade iminente da segregação institucionalizada, contudo, se apressaram em defender a gramática do constitucionalismo, condicionando mesmo a constituinte a um inusitado poder de veto da Suprema Corte, numa estratégia explícita de autodefesa (HIRSCHL, 2009; SANTOS, 2018).

Para Hirschl (2009), embora tenha sido eficaz na garantia de liberdades negativas, afeitas à gramática neoliberal, a “constitucionalização” falhou de forma retumbante na promoção de liberdades positivas, ligadas a concepções progressistas ou igualitárias de justiça distributiva. O autor situa a tendência global de empoderamento judicial em um processo tecnocrático mais amplo, de delegação da autoridade de órgãos eleitos a agências semiautônomas da burocracia estatal, numa dura crítica quanto às supostas “boas intenções” do “humanismo” judicial.

A constitucionalização e o empoderamento judicial são fenômenos complexos e multifacetados que têm impacto em todo o mundo, alcançando diferentes sistemas políticos e culturais. E, para Hirschl (2009), essa tendência tem sido impulsionada por interesses estratégicos das elites políticas e econômicas, que buscam entrincheirar seus interesses e privilégios em vastos textos constitucionais, insulando-os das flutuações democráticas e das pressões populares. Nessa equação, a esfera jurídica, onde tribunais nacionais e supranacionais têm adquirido um papel cada vez mais proeminente, se converte num refúgio para interesses poderosos.

Buscando proteger sua hegemonia, as elites encontram nos tribunais uma maneira eficaz de limitar o escrutínio democrático e garantir a manutenção do seu status quo, a despeito de profundas transformações que se sucedem no mercado eleitoral. Essa transferência de autoridade das arenas políticas para órgãos semiautônomos seria, assim, uma resposta à crescente diversidade de interesses e preferências resultante da inclusão, nas últimas décadas, de uma legião de novos eleitores (mulheres, analfabetos, negros, povos originários, classes populares, cidadãos de antigas ditaduras etc), cada vez mais impacientes por demandas redistributivas e de reconhecimento (HIRSCHL, 2009). Embora as constituições possam proteger liberdades civis e direitos individuais, a redistribuição de recursos e a igualdade social continuam sendo desafios para as instituições e mesmo a capacitação judicial não tem sido eficaz em endereçar essas profundas desigualdades, por negligência, conveniência ou mesmo por incapacidade, já que essas agendas requerem frequentemente uma ação política mais abrangente (HIRSCHL, 2009).

Ao se concentrar em exemplos específicos – Canadá, Nova Zelândia, Israel e África do Sul – Hirschl (2009) oferece uma reflexão valiosa, embora reconheça a necessidade de análises comparativas mais amplas, em variados contextos políticos e culturais, para identificar padrões e diferenças nesse processo de constitucionalização e empoderamento judicial mundo afora.

O HUMANISMO JUDICIAL: A NOVA PROMESSA DA RACIONALIDADE ILUMINISTA

Montesquieu se referia ao Judiciário como o “poder executivo das coisas que dependem do direito civil”, em que “o príncipe ou magistrado... pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos” (MONTESQUIEU, 2020, p.217). Para Montesquieu (2020, p.218), o “poder de julgar” jamais deveria estar vinculado ao poder de editar normas gerais, pois esse arranjo levaria a julgamentos injustos ou opressivos: “Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador”.

O pai da moderna tripartição concebia um Judiciário muito diferente. Para Montesquieu (2020, p.218), o poder de julgar não deveria ser conferido a “um senado permanente”, e sim ser exercido por cidadãos selecionados temporariamente, num júri dissolúvel, para formar um tribunal durante um período específico do ano: “na maior parte dos reinos da Europa, o governo é moderado, porque o príncipe [...] deixa a seus súditos o exercício” do poder julgador.

Essa rotatividade tornaria o poder de julgar “invisível e nulo”, prevenindo, assim, a tirania pretoriana. Montesquieu (2020) ressaltava a necessidade de garantir a independência dos juízes em relação aos poderes legislativo e executivo e justo por isso sugeria extrair o “júri” do corpo popular. Tal separação evitaria que os julgadores fossem influenciados por interesses políticos ou partidários, garantindo uma justiça imparcial.

Hamilton – quase meio século depois e do outro lado do Atlântico, mas igualmente inspirado pela racionalidade iluminista – , no célebre Federalist Paper No. 78, preconizou um judiciário bem distinto, destacando sua importância para o equilíbrio de poderes na estrutura governamental dos Estados Unidos. O Judiciário deveria igualmente ser independente dos demais poderes e, no nível federal, seria composto por uma burocracia

especializada na interpretação das leis, apontada politicamente, mas dotada de mandato vitalício, para proteger-se do assédio faccioso e das paixões políticas (HAMILTON, MADISON e JAY, 2003).

Segundo a concepção de Hamilton, os tribunais – a despeito do silêncio da Constituição de 1787 –, teriam ainda o poder de revisar e anular leis consideradas inconstitucionais, numa salvaguarda crucial para proteger os direitos individuais e preservar a supremacia da Constituição. Hamilton decerto não temia o arbítrio judicial. No cumprimento dessa nova função “contramajoritária” – para utilizar a expressão de Tocqueville (1977), consagrada por Bickel (1962) –, o Judiciário funcionaria como um “legislador negativo”, se limitando a bloquear, como um veto point, leis violadoras aos direitos fundamentais. O Judiciário não deveria ser temido, pois, não detendo o poder da espada (força militar) nem o poder da bolsa (poder financeiro), seria intrinsecamente mais fraco dos poderes, o “the least dangerous branch” (HAMILTON, MADISON e JAY, 2003).

Com efeito, nem mesmo os juízes da então nascente democracia americana se aproximariam remotamente do papel que o Judiciário assumiu a meados do século XX. Àquela altura, mesmo os juízes da Suprema Corte dos EUA viviam em circuitos penosos, viajando a maior parte do ano para instruir processos nos rincões americanos. No esplêndido Mall de Washington D.C., o Judiciário nem ao menos contava com uma edificação modesta, se alojando, em revés, nos porões do Capitólio, o que, simbolicamente, demarcava o seu papel secundário e manifesto desprestígio no arco dos poderes da República (MARCHESE, 2016; SANTOS, 2018). Como bem pontua Santos (2018, p. 33):

A Supreme Court Building, sediada na imponente Capitol Hill, em Washington, ao lado do Capitólio, só foi inaugurada sob o mandato do Chief Justice Charles Hughes, em 1935, funcionando, até então, numa saleta do Senado, no Capitólio, o que, ao menos num plano simbólico, evidencia sua estatura institucional secundária sob a emergência dos primeiros anos da Nação americana (EUA, 2018b). Marchese (2016) lembra também que, àquela altura, a Corte era um órgão de relevo muito inferior aos demais Poderes, se reunindo poucas vezes durante o ano, nessa sede improvisada.

O Tribunal amplificaria seus poderes progressivamente, chegando ao ocaso de precipitar a Guerra Civil, com o nefasto caso *Dred Scott v. Sandford* (1857), que descartou sem pudor o Compromisso do Missouri (1820), forjado sob duríssima negociação entre os Poderes, na tentativa de harmonizar os interesses das “duas Américas”. Mesmo após a Guerra, a militância racista da Corte voltaria à cena, dessa vez confirmando a “constitucionalidade” da segregação racial, do “separados, mas iguais”, no caso *Plessy v. Ferguson* (1896) (SOUTO, 2015; SANTOS, 2018).

Um século após o seminal *Marbury v. Madison* (1803), que inaugurou o judicial review à revelia da aparente textualidade da Constituição de 1787, o ativismo reacionário da Era *Lochner* desvelou o poderio da Suprema Corte americana. Nos anos seguintes, o Tribunal vetaria sistematicamente leis inspiradas pelo paradigma social do Direito e só recuaria diante da personalidade ativa de F.D. Roosevelt. Com efeito, apoiado por uma ampla coalizão parlamentar e popular, no enfrentamento às agruras do Crash de 1929, Roosevelt, após sabotagens abertas da Suprema Corte ao New Deal, com seu polêmico court packing, fez a Corte de *Lochner* submergir (SHESOL, 2011; WALDMAN, 2023; SANTOS, 2018; CHOUDHRY, 2004).

Três décadas depois, a Suprema Corte reemergiria com seu ativismo intrusivo, dessa vez embalada pela gramática progressista da saudosa Corte de Warren, com seu discurso revitalizado pelos horrores do totalitarismo e da Segunda Guerra (SANTOS, 2015; WALDMAN, 2023). Em seguida, com o triunfo americano consolidado, especialmente no pós-Guerra Fria, suas instituições se hegemonizaram mundo afora.

Tal como recorda Ginsburg (2008), de uma quase singularidade dos EUA até o início do século XX, o judicial review e o paradigma da supremacia constitucional se fariam presentes em 158 dos 193 países reconhecidos pela ONU, no século XXI. Como pontua Hirschl (2009), mesmo à míngua de reformas constitucionais autorizativas, a gramática do empoderamento judicial se expandiu até mesmo para países como o Reino Unido, a Nova Zelândia, o Canadá e Israel, reconhecidos por sua tradição de supremacia parlamentar, ao estilo de Westminster.

Além disso, o fortalecimento do judiciário não se limita apenas ao nível doméstico, se espalhando também para o âmbito supranacional. Cortes internacionais, como o Tribunal de Justiça Europeu e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, ganharam proeminência na tomada de decisões jurídicas e econômicas em várias regiões do mundo, com consequências significativas para a governança global (HIRSCHL, 2009).

A este respeito, vale resgatar que Cappelletti (1971), no seminal “Judicial Review in the Contemporary World”, defendeu a expansão global do judicial review, das cortes-garantes e do paradigma da supremacia da Constituição, como elementos essenciais da democracia, a despeito de, no início do século passado, serem um particularismo dos EUA (SANTOS, 2018; GINSBURG, 2008). Ambientado em meio às tragédias do pós-Guerra, Cappelletti (1971) rejeitava o autoritarismo e defendia a importância das instituições judiciais e da governança internacional como anteparos ao totalitarismo, a reboque da gramática universalista dos Direitos Humanos. No entanto, como admirador das instituições americanas, ignorou a paradoxal hostilidade dos EUA ao mesmo direito internacional e foros judiciais globais que tanto ventilou para os demais membros da comunidade internacional.

Lustig e Weiler (2018) revisam o mecanicismo linear de Cappelletti (1971), propondo uma abordagem mais complexa das “ondas” de empoderamento judicial. Segundo os autores, enquanto a primeira onda da judicialização se deu com a disseminação global dos mecanismos de judicial review, a segunda emergiu como um desenvolvimento do direito internacional, servindo de vetor para a incorporação de tratados internacionais no plano doméstico por meio dos próprios tribunais nacionais, ante a precariedade do enforcement das instâncias judiciais globais, que rotineiramente esbarravam nas objeções soberanistas dos Estados-parte.

A nova governança internacional, à moda dos new dealers, recorreu à burocracia e se apresentou como uma “alternativa” à empoeirada e lenta democracia parlamentar e à provinciana governança doméstica (LUSTIG E WEILER, 2018). Esse processo foi especialmente bem-sucedido no âmbito do empreendimento ordoliberal da União Europeia (FRASER, 2001).

Como dito, o elemento crucial nessa operação foi a hegemonização global do judicial review, que operou como um drible hábil contra argumentos soberanistas tidos por algo caducos em uma sociedade global. No entanto, o pecado original da judicialização também gravou a governança internacional com seu profundo déficit de legitimidade de-

mocrática. Esse fator está intimamente conectado à emergência dos nacional-populismos extremistas em solo europeu, que travam um vigoroso e violento embate contra as cosmopolitas cortes constitucionais europeias e os chamados “burocratas de Bruxelas” (LUSTIG E WEILER, 2018; DA EMPOLI, 2019; DARDOT e LAVAL, 2016).

Santos (2018), em estudo empírico, reporta que grupos marginalizados até têm encontrado eco episodicamente para as suas demandas em cortes constitucionais mundo afora. No entanto, as disputas e as soluções judiciais ofertadas frequentemente têm orbitado em torno de demandas identitárias, na esteira do progressismo neoliberal. Quando são endereçadas disputas redistributivas mais sensíveis às cortes, as soluções pretorianas, antes ávidas em sua construção ativista, têm se limitado ao escapismo das “virtudes passivas”. Nessas hipóteses, os tribunais não hesitam em reconhecer que casos tais ventilam matéria complexa, que só pode ser tratada pelos poderes eleitos, lavando as mãos ao estilo de Pilatos (SANTOS, 2018).

De fato, as disputas identitárias têm ocupado, contemporaneamente, a centralidade da ação política de conservadores e progressistas, desviando a atenção de eleitores impacientes quanto às urgentes questões redistributivas. Fraser (2001) situa esse paradigma do conflito político no final do século XX, onde as demandas por reconhecimento das diferenças substituíram os interesses de classe como principal incentivo para a mobilização política. A dominação cultural foi alçada à posição de injustiça central, com o reconhecimento cultural destronando a redistribuição socioeconômica, a despeito da recente escalada de desigualdade.

Em síntese conclusiva, intrigado por esse fenômeno global, Hirschl (2009) finda por pontificar um testamento sombrio para a judicialização, em meio aos festejos hegemônicos do proselitismo pró-juízes. Para o autor, o sucesso desse fenômeno pode residir em sua natureza de anteparo eficaz às crescentes demandas redistributivas, num engenho sofisticado de entrincheiramento de privilégios de elites ameaçadas. Essa tendência aparentemente irrefreável tem irrompido mesmo em países da Commonwealth, fortemente marcados pela lógica da supremacia parlamentar, por vezes à mingua de qualquer reforma constitucional explícita. Esse processo certamente carece de uma maior problematização, para além do simplismo grosseiro da retórica neoconstitucionalista. Reivindicar para si uma alegada vocação contramajoritária não é garantia, em nenhum nível, que os tribunais cumprirão efetivamente esse papel. Esse dilema é chamado por Unger (1996) de “dirty little secret” da judicialização: certamente quando os tribunais se abrem às minorias subrepresentadas, não o fazem por sua pressão irresistível, já que nem mesmo os parlamentos, mais permeáveis e abertos, mostram abertura às suas demandas. De fato, não há qualquer garantia ou constraint manejável por tais minorias (SANTOS, 2015).

As cortes constitucionais, de tão intrusivas, já nem ao menos se limitam à função de “legislador negativo”. Como pontua Fletcher (1982), em questionável argumento, distinguir entre injunções negativas e positivas seria uma questão essencialmente teórica e algo superada. Cortes, mundo afora, julgam conflitos de massa, arbitrando questões morais e econômicas sensíveis, não apenas anulando leis editadas por parlamentos eleitos, mas também formulando teses jurídicas que contam com abstração, generalidade, impessoalidade e cogência próprias de leis.

O juiz frágil de Montesquieu e mesmo o de Hamilton já não existem, pois magistrados

ocupam palácios insulados da cidadania. Se abusam do jargão jurídico, não o fazem aferidos à dimensão racional-argumentativa de seus pronunciamentos, mas antes preocupados em dar à decisão política pura e simples um ar de transcendência essencialista, ventilando argumentos “técnicos” e latinismos opacos que escapam ao escrutínio cidadão. Sendo “técnica”, afinal, a decisão só poderia ser como foi e de nenhum outro modo. Litígios estruturais são, pois, uma nova forma de fazer leis. A jurisdição, em sua essência, não poderia desbordar dos limites do caso concreto e aí estava a fraqueza judiciária pontuada por Montesquieu e Hamilton. A operação jurisdicional clássica – de subsumir a norma legislada e com efeitos erga omnes ao caso inter partes sob julgamento, ainda que com razoável discricionariedade hermenêutica – cede lugar à lógica da construção da regra geral, num esforço alegadamente humanista de endereçar problemas negligenciados pela política. Não pode haver justiça democrática, porém, na fabricação da norma – falsificada pelo envelope de teses ou precedentes jurisprudenciais – à revelia de processos democráticos legitimadores que, em alguma instância, consultem a sociedade.

Como novos profetas da modernidade, os juízes fazem as vezes do mitológico Hermes, já que extraem sua centralidade do fabuloso poder de mediar a mensagem dos novos deuses da racionalidade iluminista, decodificando seus termos aos mortais. Com argúcia e certo cinismo, a máxima do notável ex-presidente (chief justice) da Suprema Corte Americana Charles Evans Hughes capta bem esses processos: vivemos todos sob a autoridade da Constituição, mas a Constituição é o que os juízes dizem ser (SANTOS, 2018). Isso não significa que os tribunais ajam de forma ilimitada, já que não operam no vácuo e são constrangidos pelo meio. Seu déficit democrático é sempre um calcanhar de Aquiles e por isso os juízes de portam estrategicamente, espreitando oportunidades de maximizar seu próprio prestígio e poder, sem pô-lo em risco ou se expor ao perigo de sofrer uma invertida dos demais poderes. Como bem aponta Dahl (1957), a intrusão judicial desponta particularmente em conjunturas de debilidade da coalizão política dominante.

Mesmo o pluralismo de Dahl (1957), contudo, é cético quanto às capacidades institucionais dos tribunais de frearem avanços totalitários: estes poderiam, se muito, retardar esse avanço, o que não deixaria de ser uma vantagem relativa. Talvez seja prudente revisar a tendência de canonização das cortes, pois juízes podem cumprir tão bem o seu papel republicano quanto os legisladores são capazes de espelhar fielmente os mais profundos anseios da “vontade geral” rousseuniana.

A democracia evidentemente não pode prescindir do Estado de Direito ou dos juízes e o mesmo vale para a governança internacional. No entanto, talvez seja o caso de recalibrar as altas expectativas depositadas nos juízes. Estes, diversamente do juiz Hércules mitológico de Dworkin (2014), podem ser tão falíveis e autointeressados quanto os legisladores, com a desvantagem sensível de não serem eleitos. A judicialização, ao colocar os tribunais domésticos e transnacionais como anteparos contra a “tirania”, projetou excessivamente o indivíduo à centralidade da esfera pública, marginalizando questões sociais importantes e, justo por isso, não deixa de correr o risco de gerar novas e inusitadas formas de tirania.

CONCLUSÃO

A expressão “ativismo judicial” é geralmente carregada de conotações negativas, que não deixam de resultar de uma concepção tripartite algo anacrônica para o contexto da pós-modernidade. Contudo, ainda que numa democracia não se possa prescindir do Estado Democrático de Direito e, portanto, dos tribunais, a legitimidade democrática do judicial review segue sendo um dilema relevante, especialmente após a expansão e naturalização do empoderamento judicial a nível global.

As cortes podem eventualmente desempenhar uma útil e episódica função contramajoritária em prol de minorias vulneráveis, especialmente em um contexto de acirramento de extremismos populistas. No entanto, sua atuação contramajoritária pode ser convenientemente tredestinada para proteger um tipo muito singular de “minoria”, muito bem representada nas instâncias majoritárias: as elites políticas e econômicas. Em vez de canonizar os tribunais, convém situar sua atuação também no contexto da crescente ira anti-establishment e da descrença democrática, pois a racionalidade iluminista segue faltosa em parte relevante suas promessas.

A flexibilidade interpretativa dos textos constitucionais permite aos tribunais atuarem como árbitros do poder, pilotando transições dentro da própria ordem, sem que a crescente fragmentação partidária estresse o sistema ao nível de uma ruptura. Permite ainda a valorização das liberdades negativas, centrais para o florescimento da racionalidade do mercado. Portanto, o sucesso do empreendimento justocrático não se situa na promessa emancipatória do neoconstitucionalismo. Esse fenômeno, em revés, é fruto imediato da hegemonia global das instituições americanas e, sobretudo, do ethos neoliberal, em sua cruzada para destronar a política em afirmação à utopia individualista da liberdade.

Nesse contexto movediço e de crise, impõe-se reforçar os valores democráticos da horizontalidade cidadã, na criação de soluções coletivas, o que só se pode realizar em sua plenipotência por meio do protagonismo do cidadão. Depositar nos tribunais a esperança de endereçar demandas coletivas e de superar as variadas mazelas sociais é, portanto, um exercício ingênuo, que pode resultar em um novo fracasso na realização da antiga promessa democrática de igualdade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. Saraiva Educação SA, 2017.

BICKEL, Alexander M. The least dangerous branch: the Supreme Court at a bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962.

BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia Judicial Versus Diálogos Constitucionais: A Quem Cabe a Última Palavra sobre o Sentido da Constituição?. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. 456 p.

CAPPELLETTI, Mauro. Judicial review in the contemporary world. Michigan: Ed. Bobbs-Merrill, 1971.

CAPPELLETTI, Mauro. The expanding role of judicial review in modern societies. *Rev. Jur. UPR*, v. 58, p. 1, 1989.

CHOUDHRY, Sujit. The Lochner era and comparative constitutionalism. *International Journal of Constitutional Law*, New York, v. 2, n. 1, p.1-55, Jan. 2004.

DA EMPOLI, Giuliano. Os engenheiros do caos: como as fake news, as teorias da conspiração e os algoritmos estão sendo utilizados para disseminar ódio, medo e influenciar eleições. São Paulo: Vestígio Editora, 2019.

DAHL, Robert.. Decision-making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. *The Journal of Public Law*, 6(3), 279-295, 1957.

DARDOT, Pierre e LAVAL, Christian. A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016.

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. 3.ed.São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ELLIOTT, Mark. The constitutional foundations of judicial review. Bloomsbury Publishing, 2001.

EUA (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA). Supreme Court. The Supreme Court Building: Building History. 2018b. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/about/buildinghistory.aspx>. Acesso em: 20 jul. 2023.

FLETCHER, William A. The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy. *The Yale Law Journal*, Volume 91, Number 4, March 1982.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da Justiça na Era Pós-Socialista, in: SOUZA, Jessé (org.) Democracia Hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: Ed. UnB, 2001, p.245-282.

GINSBURG, Tom, The Global Spread of Constitutional Review. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMAN, Daniel. *Oxford Handbook of Law and Politics*. New York: Oxford University Press: 2008. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2487330>. Acesso em: 20 jul. 2023.

GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge University Press, 2003.

HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. O Federalista. Belo Horizonte: Editora Lider, 2003.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Harvard University Press, 2009.

JACKSON, Vicki C. Thayer, Holmes, Brandeis: Conceptions of Judicial Review, *Factfin-*

ding, and Proportionality. *Harv. L. Rev.*, v. 130, p. 2348, 2016.

LUSTIG, D; WEILER, J. Judicial review in the contemporary world—Retrospective and prospective. *International Journal of Constitutional Law*, v. 16, n. 2, 2018, pp. 315–372.

MARCHESE, Homero. William v. James, a história por trás de Marbury v. Madison. 2016. Disponível em: <http://homeromarchese.com.br/2016/01/10/william-v-james-a-historia-por-tras-de-marbury-v-madison/>. Acesso em: 20 jul. 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. Saraiva Educação SA, 2013.

MONAHAN, Patrick J. Judicial Review and Democracy: A Theory of Judicial Review. *U. Brit. Colum. L. Rev.*, v. 21, p. 87, 1987.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, barão de La Brède e de. Do Espírito das Leis. Tradução de Heitor Afonso Gusmão Sobrinho. Joinville, SC: Clube de Editores, 2020. E-book.

NEAL, Tate C.; VALLINDER, Torbjorn. The global expansion of judicial power: the judicialization of politics. *The Global Expansion of Judicial Power*, ed. Tate Neal and Vallinder. Torbjörn New York: New York University Press, 1995.

SANTOS, Danilo Morais dos. Inconstitucionalidade e papéis institucionais: um diagnóstico das reações parlamentares às decisões do Supremo Tribunal Federal. 2018. 173 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Poder Legislativo). Câmara dos Deputados, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), Brasília, 2018.

SCHILLER, Reuel E. Enlarging the Administrative Polity: Administrative Law and the Changing Definition of Pluralism, 1945-1970. *Vand. L. Rev.*, v. 53, p. 1389, 2000.

SHESOL, Jeff. Supreme Power: Franklin Roosevelt vs. the Supreme Court. WW Norton & Company, 2011.

SOUTO, João Carlos. Suprema Corte dos Estados Unidos: Principais Decisões. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TATE, Chester Neal. Why the expansion of judicial power?. In: TATE, C. N.; VALLINDER, T. (eds.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

TOCQUEVILLE, Aléxis de. A democracia na América. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia; São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, 1977.

UNGER, Roberto Mangabeira. What Should Legal Analysis Become?. London: Verso, 1996.

WALDMAN, Michael. The Supermajority: How the Supreme Court Divided America. Si-

mon & Schuster, 2023.

O CONSENTIMENTO DO TITULAR DE DADOS PESSOAIS NA ERA DIGITAL: O DESAFIO QUANTO À SUA OBTENÇÃO A PARTIR DOS PROCESSOS AUTOMATIZADOS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O DESCUMPRIMENTO DA SISTEMÁTICA ESTABELECIDADA PELA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

THE CONSENT OF THE OWNER OF PERSONAL DATA IN THE CONTEXT OF PERSONAL DATA PROTECTION IN THE DIGITAL AGE: THE CHALLENGE OF OBTAINING IT FROM AUTOMATED ARTIFICIAL INTELLIGENCE PROCESSES AND NON-COMPLIANCE WITH THE SYSTEM ESTABLISHED BY THE GENERAL DATA PROTECTION LAW

Carlos Eduardo Marques Silva

Rodrigo Alves de Freitas

RESUMO: Na atualidade, o operador jurídico enfrenta diversos desafios relacionados à nova dinâmica social, especialmente em uma sociedade centrada na coleta de dados, o que amplia significativamente a vulnerabilidade de grande parte da população, senão de todos os cidadãos. O Brasil possui um conjunto de normas específicas para proteger dados pessoais, e essas normas, juntamente com a proteção da intimidade e da vida privada, que são consideradas equivalentes à privacidade, são garantidas pela Constituição Federal como direitos fundamentais. No entanto, apesar de haver regulamentação e inclusão na Constituição, observa-se que existem muitas discussões quanto a efetividade da proteção desses direitos no cenário concreto. Nesse contexto, este trabalho tem como objetivo explorar a questão do consentimento do titular de dados, que é uma obrigação estabelecida pela LGPD para a coleta e o tratamento de dados pessoais, a fim de avaliar se o modo como esse consentimento é obtido hoje, especialmente quando se utilizam plataformas de tecnologia que lucram com a extração de dados pessoais, está alinhado com a finalidade prevista. Portanto, utilizando-se do método dedutivo, o estudo será realizado com amparo na pesquisa bibliográfica a partir da revisão de artigos, revistas e livros sobre o assunto, buscando-se debater o problema apresentado ao longo de três capítulos.

Palavras-chave: Privacidade. Lei geral de proteção de dados. Consentimento. Dados pessoais.

ABSTRACT: Currently, the legal operator faces several challenges related to new social dynamics, especially in a society centered on data collection, which significantly increases the vulnerability of a large part of the population, except for all citizens. Brazil has a set of specific standards for the protection of personal data. These standards, together with the protection of intimacy and private life, which are considered equivalent to privacy, are guaranteed by the Federal Constitution as fundamental rights. However, despite there being standards and inclusion in the Constitution, it is observed that there are many discussions about the effectiveness of protecting these rights in the concrete scenario. In this context, this work aims to explore the issue of data subject consent, whi-

ch is an obligation imposed by the LGPD for the collection and processing of personal data, in order to assess whether the way it is received today, especially when if they use technology platforms that profit from the use of personal data, they are intended for the intended purpose. Therefore, using the deductive method, the study will be carried out with the support of bibliographical research based on the review of articles, magazines and books on the subject, seeking to debate the problem presented over three chapters.

Keywords: Privacy. General data protection law. Consent. Personal data.

1. INTRODUÇÃO

A proteção dos dados pessoais alcançou no Brasil o status de um direito fundamental do indivíduo, conforme previsto no artigo 5º, inciso LXXIX, da Constituição Federal. Diante desse reconhecimento, tornou-se prioritária a estruturação regulatória e normativa das práticas diárias que envolvem o uso de dados pessoais.

No entanto, apesar da existência de uma extensa estrutura regulatória sobre dados pessoais, possibilitada pela Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD), além de outras leis complementares anteriores à própria LGPD, como o Marco Civil da Internet e a Lei do Cadastro Positivo, a compreensão dos conceitos relacionados à proteção dos dados pessoais e sua violação ainda está em estágios iniciais. A ausência de protocolos específicos muitas vezes distancia a teoria subjacente à legislação da realidade prática.

Particularmente no que diz respeito ao consentimento do titular de dados para a coleta e processamento de seus dados, é necessário avaliar se a forma como esse procedimento é atualmente realizado atende aos princípios subjacentes que levaram à sua inclusão na LGPD.

Portanto, por meio do método dedutivo, baseado em uma revisão bibliográfica de artigos científicos, revistas e livros relacionados ao tema, busca-se investigar a questão originalmente apresentada.

O estudo está estruturado em três capítulos. No primeiro, realiza-se uma análise da sociedade da vigilância, abordando os imperativos da vigilância e os desafios enfrentados pelos indivíduos em relação à sua privacidade.

No segundo capítulo, adota-se uma abordagem estrutural para discutir a questão da privacidade e a criação legal de um novo direito à proteção de dados pessoais, com foco na coleta e processamento desses dados, culminando na atual evolução normativa, em um contexto em que a proteção de dados pessoais é considerada um novo direito fundamental, protegido constitucionalmente.

No terceiro e último capítulo, aborda-se a utilização da inteligência artificial no processamento de dados pessoais, um tema que exige precauções devido à automatização, com o objetivo final de responder à pergunta de pesquisa: a forma como o consentimento é obtido atualmente garante uma proteção eficaz dos direitos do titular dos dados na coleta e processamento de seus dados pessoais?

Destaca-se, no entanto, que este trabalho não tem como objetivo esgotar o tema, sendo um estudo focado estritamente em responder sobre a atual sistemática de obtenção

do consentimento do titular de dados pessoais e a sua adequação com o procedimento previsto pela LGDP.

2. CONTEXTO DA SOCIEDADE DA VIGILÂNCIA

A sociedade da vigilância é um fenômeno complexo e multifacetado que resulta da intersecção entre avanços tecnológicos, economia capitalista e dinâmicas sociais contemporâneas. Este modelo social se caracteriza pela extensa coleta, análise e exploração de informações e dados pessoais dos indivíduos por empresas de tecnologia, frequentemente conhecidas como gigantes da tecnologia, com o objetivo de obter lucro e influência.

Nesta era da informação, a conectividade digital se tornou tão onipresente que os conceitos de “privacidade” e “anonimato” estão passando por uma redefinição gradual. O espaço privado, que antes era reservado para relações pessoais, agora é permeado por dispositivos e plataformas que monitoram todos os aspectos da vida cotidiana. A sociedade da vigilância testemunha a crescente diluição das fronteiras entre o público e o privado, à medida que a tecnologia de vigilância se torna uma presença constante nas atividades diárias.

A coleta e exploração de dados pessoais se tornaram a espinha dorsal do modelo de negócios de muitas empresas de tecnologia. Através de plataformas digitais, redes sociais e aplicativos, grandes quantidades de informações são capturadas, processadas e transformadas em ativos valiosos.

É fundamental destacar que a exploração e o processamento de dados foram habilitados por tecnologias de informação. Essas tecnologias são amplamente empregadas para transformar dados brutos em informações através de análises estatísticas, processos de inferência e dedução.

Seguindo as premissas de Provost e Fawcett (2013, p.52), a ciência de dados está associada à extração de informações e conhecimento a partir de dados. Com base nesses conceitos, pode-se definir a ciência de dados como o conjunto de processos, modelos e tecnologias que analisam dados em todas as etapas de seu ciclo de vida, desde a coleta até a eliminação.

É importante ressaltar que a ciência de dados pode ser uma ferramenta poderosa para resolver problemas sociais e expandir o conhecimento humano. No entanto, surge um problema quando essas ferramentas são aplicadas dentro do contexto do mercado capitalista. Na lógica capitalista, há uma busca contínua pela acumulação do que possui valor. Assim que se percebe que os dados pessoais podem ser extraídos e transformados em informações altamente lucrativas, surge o que Zuboff (2015, p. 77) denomina como “capitalismo da vigilância”.

O valor desse mercado é descrito na literatura especializada no tema da seguinte forma:

Como consequência e ilustração desse processo, entre 2007 e 2017 as cinco maiores companhias empresariais do mundo no mercado de capitais foram substituídas, a exceção de uma: Microsoft. Todas as outras, Exxon Mobil, General Electric, Citigroup e Shell Oil, saíram da lista para dar lugar a Apple, Alphabet (“empresa mãe” da Google), Amazon e Facebook (Mielli; Ormay; Bonone, 2021).

O êxito das empresas nesse setor está diretamente vinculado ao elevado valor intrínseco dos dados pessoais. A justificativa para esse valor reside na capacidade de segmentar consumidores, personalizar propagandas e impactar o comportamento de compra. De fato, Beltramini e Gunther (2021, p. 4) caracterizam os dados pessoais como o “ouro negro” da internet, enquanto Pinheiro (2018, p. 178-183) os descreve como um dos ativos mais preciosos da era digital. Como resultado, a vida na sociedade da vigilância é fortemente moldada pela interação constante entre os indivíduos e a infraestrutura tecnológica que os envolve.

Um exemplo notável do poder dessa sociedade é o caso da Cambridge Analytica, no qual dados pessoais obtidos do Facebook foram utilizados para influenciar processos eleitorais e moldar a opinião pública. Isso demonstra de forma marcante o impacto significativo que a manipulação de informações pode ter em sistemas democráticos e em questões sociais fundamentais.

Essencialmente, o sistema desenvolvido pela Cambridge Analytica classificava os eleitores em três categorias: aqueles mais inclinados a votar em Hillary Clinton, eleitores provavelmente inclinados a votar em Donald Trump e eleitores ainda indecisos em relação ao candidato. Nesse cenário, iniciava-se a disseminação de notícias destinadas a influenciar as pessoas pertencentes ao grupo de indecisos, com o objetivo de favorecer o candidato apoiado pelos serviços da empresa. Quanto a isso, a literatura explica que:

O primeiro ponto da estratégia da CA foi recolher informação sobre os eleitores para depois poder traçar o seu perfil psicográfico, não só para os poder classificar em diferentes grupos, mas também para compreender que eleitores eram persuadíveis ou não. Tenhamos em atenção que esta persuasão não se cingiu somente a “votar em Trump”. A persuasão consistiu, tal como na estratégia russa, na lógica “nós versus eles”, em convencer os indecisos a optarem por Trump e a incentivar a participação eleitoral de todos os que preferissem Trump e em desacreditar Hillary junto do seu eleitorado mais provável, demovendo-o de ir votar (Oliveira, 2020, p. 43).

Existem duas principais técnicas utilizadas para coleta de informações sobre usuário, quais sejam: rastreamento de usuários a partir de rastros digitais e criação de perfis comportamentais.

O rastreamento de usuários a partir de rastros digitais consiste na coleta de informações relacionadas às atividades online dos usuários, tais como os sites visitados, produtos pesquisados e compras realizadas. Esses dados são adquiridos através de cookies e outros mecanismos de rastreamento, possibilitando às empresas e anunciantes a criação de perfis comportamentais dos usuários, o que, por sua vez, facilita o direcionamento de anúncios personalizados. Enquanto, a criação de perfis comportamentais envolve a utilização dos dados previamente coletados sobre os usuários para criar perfis comportamentais, que são modelos ou representações gerais baseados em padrões de comportamento identificados. Esses perfis são empregados com a finalidade de direcionar a publicidade de forma mais precisa, alinhando-se com as preferências e interesses individuais dos usuários.

Nesse contexto, um elemento crucial da vida na sociedade da vigilância envolve a ten-

são entre a comodidade proporcionada pela tecnologia e as implicações para a privacidade e a autodeterminação dos indivíduos. A prática de trocar dados pessoais voluntariamente por serviços aprimorados é uma característica distintiva dessa era. No entanto, essa troca frequentemente ocorre em um contexto de desequilíbrio de poder, onde os usuários podem não estar plenamente conscientes das implicações e do uso final de suas informações.

É evidente, portanto, que a vida em uma sociedade em que as tecnologias de informação desempenham um papel central se diferencia em várias dimensões. Uma delas é a questão da privacidade, que será explorada posteriormente, e a outra diz respeito às novas formas de interação social, especialmente em situações que enfatizam a autonomia da vontade humana.

Isso ocorre porque, por um lado, há indivíduos cujas escolhas são influenciadas por plataformas que compreendem as particularidades de cada usuário e podem moldar ou até mesmo dirigir suas decisões. Por outro lado, existem empresas que podem favorecer consumidores alinhados com requisitos específicos de cada mercado, com o objetivo de maximizar seus ganhos.

O exemplo mais notório da questão do controle é exemplificado pelo caso da Cambridge Analytica, que conseguiu influenciar as escolhas eleitorais de milhares de pessoas em diversas democracias ao redor do mundo. Um exemplo ilustrativo do favorecimento de determinados consumidores em transações comerciais é apresentado por Zuboff (2015, p. 81-83), que menciona novos modelos contratuais que podem surgir por meio da monitorização de informações. Em outras palavras, com a vigilância completa dos indivíduos, a incerteza relacionada às promessas estabelecidas ao longo da vida em sociedade deixaria de existir.

A autora explica:

É uma rede institucional onipresente regime que registra, modifica e mercantiliza todos os dias experiência de torradeiras a corpos, comunicação a pensamento, tudo com vistas a estabelecer novos caminhos para monetização e lucro (Zuboff, 2015, p. 81).

Dessa forma, considere-se o exemplo em que uma empresa de financiamento pudesse interromper o funcionamento de um veículo se o devedor não cumprisse com suas obrigações financeiras. Embora essa ideia possa ser atraente à primeira vista, pois promoveria a segurança jurídica e possivelmente reduziria litígios, ela também resultaria na restrição da liberdade individual. Outro exemplo problemático ocorre quando empresas de planos de saúde comercializam dados pessoais, permitindo que, com base em informações pessoais, possam discriminar clientes com comportamentos prejudiciais à saúde, categorizando-os de acordo com esses padrões.

Mesmo nos contratos já existentes, os empregadores e as companhias de seguro da saúde têm evidentemente um nítido interesse na saúde de seus contratantes. Monitorar o comportamento do paciente ou do empregado permite, em síntese, promover políticas de incentivos para os saudáveis ou de sanções para aqueles que insistem em estilos de vida considerados insalubres e, assim, podem emular afetações gravíssimas às esferas de liberdade inerentes ao desenvolvimento da pessoa humana (Sarlet; Molinaro, 2019).

Nesse cenário, emergem novos padrões contratuais e dinâmicas de poder. A capacidade de monitorar indivíduos e suas atividades cria um ambiente no qual a incerteza nas relações sociais é reduzida, porém isso ocorre à custa da liberdade pessoal. Dilemas éticos se manifestam quando empresas adquirem a capacidade de influenciar decisões tanto individuais quanto coletivas, direcionando comportamentos e opiniões de acordo com seus próprios interesses.

Em última análise, a vida na sociedade de vigilância implica em um desafio complexo entre a comodidade e o controle. À medida que as tecnologias de vigilância se infiltram em todos os aspectos da vida, torna-se crucial encontrar um equilíbrio entre os benefícios da conectividade digital e a preservação dos direitos fundamentais à privacidade, à autodeterminação e à liberdade. Refletir sobre os desafios e implicações dessa sociedade nos convida a repensar nosso relacionamento com a tecnologia, as empresas e as estruturas de poder que moldam o mundo contemporâneo.

A maneira como as grandes empresas de tecnologia coletam dados e informações pessoais reflete uma relação unilateral, sem diálogo ou consentimento, mesmo quando os usuários concordam com os “termos de uso” e as políticas das empresas. Isso ocorre porque, em primeiro lugar, os dados são coletados mesmo quando os usuários optam por não compartilhá-los, e, em segundo lugar, a decisão de não usar o serviço ou produto resultaria em uma exclusão social, dada a importância fundamental da internet para uma vida digna.

Zuboff (2015, p. 79) chega a afirmar que o Google frequentemente se refere aos dados brutos como “resíduos”. Essa ideia de “resíduos” ilustra como as empresas de tecnologia minimizam a natureza pessoal dos dados, ignorando a riqueza de informações que eles representam. Assim, a comercialização de dados pessoais é tratada como uma mercadoria, reduzindo a privacidade individual a uma simples transação comercial.

Essa forma de negócio foi viabilizada devido à escolha da sociedade pelo modelo de serviço de internet gratuito com publicidade em vez de um serviço pago. Como resultado, as empresas de tecnologia passaram a extrair os dados dos usuários e vendê-los ao mercado publicitário para cobrir seus custos.

Uma questão fundamental nesse contexto é o conceito de autodeterminação da informação, definido por Westin (1970, p. 7) e ampliado por Doneda (2021, p. 173) como o direito das pessoas de controlar o acesso, uso e divulgação de suas próprias informações pessoais. No entanto, na sociedade de vigilância, essa autodeterminação é frequentemente comprometida em prol dos interesses econômicos das empresas que exploram os dados.

Portanto, trata-se da capacidade de definir limites para compartilhar pensamentos, emoções e sentimentos, e, caso optem por compartilhar, estabelecer os limites do que será publicado, além de ter o poder de revogar essa autorização a qualquer momento. Nesse contexto, essa questão se relaciona com outros temas jurídicos e sociais, como a autodeterminação individual, o direito à personalidade e a própria liberdade.

3. O COMÉRCIO DE DADOS PESSOAIS: PRIVACIDADE EM QUESTÃO

O conceito de vigilância, por sua própria natureza, entra em conflito com a ideia de pri-

vacidade. Nesse contexto, é imprescindível destacar as implicações para o direito fundamental mais impactado pelo avanço das tecnologias da informação: a privacidade.

A maneira como as gigantes da tecnologia (Big Techs) coletam dados e informações pessoais reflete uma dinâmica unilateral, desprovida de diálogo ou consentimento, mesmo quando os usuários concordam com os “termos de uso” e as políticas das empresas. Isso ocorre porque, em primeiro lugar, mesmo que os usuários optem por não compartilhar dados, essas informações ainda são coletadas; em segundo lugar, considerando que o acesso à internet é agora considerado um direito fundamental essencial para uma vida digna, a escolha do usuário de não utilizar os serviços ou produtos resultaria em sua exclusão social.

São expressas críticas contundentes à forma como os dados são adquiridos sem a devida autorização de seus titulares da seguinte maneira:

A empresa (Google) não pergunta se pode fotografar casas para seus bancos de dados. Ele simplesmente pega o que quer. O Google então esgota seus adversários no tribunal ou eventualmente concorda em pagar multas que representam um investimento insignificante para um retorno. É um processo que Siva Vaihyathan (2011) chamou “imperialismo de infraestrutura” (Zuboff, 2015, p. 78, tradução nossa).

Zuboff (2015, p. 78) vai ao ponto de afirmar que o Google frequentemente utiliza o termo “resíduos” ao se referir aos dados brutos. A ideia de “resíduos” ilustra como as empresas de tecnologia minimizam a natureza pessoal dos dados, ignorando a riqueza de informações que esses dados contêm. O comércio de informações pessoais é tratado como uma mercadoria, reduzindo a privacidade individual a uma simples transação comercial. Nesse contexto, as empresas de tecnologia, ao aplicarem processos baseados na ciência de dados, operam em quatro camadas. Nessa perspectiva, a literatura assevera que:

Podemos considerar a existência de quatro camadas no mercado de dados: a primeira é a de coleta e armazenamento de dados; a segunda pode ser denominada de processamento e mineração de dados; a terceira é a de análise e de formação de amostras; por fim, a quarta é a de modulação. Essas camadas se articulam e se misturam dependendo da organização das empresas que integram esse mercado (Silveira; Avelino; Souza, 2016).

É evidente que o que Zuboff (2015, p. 76) identifica como o mercado tradicional, baseado na relação de troca direta entre fornecedor (empresa) e consumidor (indivíduo), está ficando obsoleto. Isso ocorre porque no mercado de dados, são os dados e informações pessoais que estão sendo comercializados, tornando o próprio indivíduo o produto dessa dinâmica. Ela também estabelece uma comparação entre o antigo modelo do fordismo, que valorizava o trabalhador-consumidor como a base da economia, uma vez que produzia e comprava produtos industriais, com o modelo atual, onde o uso crescente de softwares resulta em uma redução na demanda por empregos diretos e exclui a população como consumidora direta.

Essa transformação no modelo de negócios foi possibilitada pela escolha da sociedade em relação ao modelo de serviço de internet, optando por serviços gratuitos financiados por publicidade em vez de serviços pagos. Assim, as empresas de tecnologia passaram a

extrair dados de seus usuários como forma de cobrir seus custos e, em seguida, vender esses dados ao mercado publicitário.

Os líderes do Google estavam preocupados com o efeito que as taxas por serviço podem ter sobre o crescimento do usuário. Eles optaram por um modelo de publicidade. A nova abordagem dependia da aquisição de dados do usuário como matéria-prima para análises proprietárias e produção de algoritmos que poderiam vender e segmentar publicidade por meio de um modelo exclusivo de leilão com cada vez mais precisão e sucesso (Zuboff, 2015, p. 79, tradução nossa).

Adicionalmente, à medida que os dados adquirem um valor considerável e têm uma natureza intrinsecamente privada, surge a oportunidade de debater a possibilidade de comercialização desses dados em troca de remuneração financeira. Essa questão se torna particularmente relevante quando se explora o conceito de autodeterminação da informação.

É fundamental neste ponto tecer considerações sobre o conceito de autodeterminação da informação e estabelecer uma comparação com o conceito clássico do direito à privacidade. O direito à privacidade, originalmente definido como “o direito de ser deixado em paz” por Warren e Brandeis (1890), evoluiu para o que mais tarde se tornaria conhecido como autodeterminação da informação pessoal, termo cunhado por Alan Westin (1967) e posteriormente expandido por Danilo Doneda. Dentro dessa perspectiva:

A sentença também utilizou a expressão autodeterminação informativa para designar o direito dos indivíduos de “decidirem por si próprios, quando e dentro de quais limites seus dados pessoais podem ser utilizados”. Como conceito, porém, a autodeterminação informativa não era em si uma inovação, pois, ainda, na década de 1970, já estava presente na doutrina norte-americana (por exemplo, em Alan Westin).[...]

Concebido como um direito fundamental, na esteira do direito geral de personalidade, o direito à autodeterminação informativa proporciona ao indivíduo o controle sobre suas informações (Doneda, 2021, p.173,).

O conceito de autodeterminação da informação emerge como uma resposta a essa situação. Ele diz respeito ao direito das pessoas de exercer controle sobre o acesso, o uso e a divulgação de suas próprias informações pessoais. No entanto, na sociedade da vigilância, essa autodeterminação muitas vezes é comprometida em favor dos interesses econômicos das empresas que exploram os dados.

Portanto, trata-se da capacidade de definir os limites nos quais seus pensamentos, emoções e informações serão compartilhados e, se optarem por compartilhar, quais são os parâmetros do que será divulgado, bem como a capacidade de revogar essa autorização a qualquer momento. Nesse contexto, observa-se uma interligação com outras questões jurídicas e sociais, como a autodeterminação individual, o direito à personalidade e a própria liberdade.

Em relação à privacidade, a capacidade de processamento de dados por meio de inferências e deduções, obtida pelas tecnologias de informação, tornou-se tão precisa que Michal Kosinski, David Stillwell e Thore Graepel (2013, p. 1) afirmaram que a partir de

registros digitais, era possível que a ciência de dados previsse o comportamento de indivíduos. Além disso, Wu Youyou, Michal Kosinski e David Stillwell (2014, p. 2) concluíram que a precisão da análise computacional em conhecer uma pessoa é até superior à de parentes próximos.

É evidente que o avanço da ciência da informação e seu impacto no mercado têm impulsionado o desenvolvimento de ferramentas de aprendizado de máquina, como o Deep Learning, a partir do processamento de dados. Esse progresso tem levado a melhorias notáveis no campo de conhecimento inicialmente conceituado por John McCarthy (1955, p. 251-256) como “inteligência artificial” e, portanto, exige uma exploração mais aprofundada em sua essência.

4. O CONSENTIMENTO NA UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA DINÂMICA DE COLETA E PROCESSAMENTO DE DADOS PESSOAIS.

Em conformidade com o que foi discutido, a inteligência artificial tem progredido consideravelmente no que se refere à automação dos processos de coleta e gerenciamento de dados pessoais. Atualmente, essa tecnologia é amplamente empregada na análise e no processamento de informações pessoais, muitas vezes com o objetivo de prever ou influenciar comportamentos, através do que é conhecido como “definição de perfil” (Lima, Oliveira, Ruiz, 2021).

Este processo de definição de perfil é particularmente evidente nas relações de consumo, onde são criados perfis de consumo para consumidores digitais, com o intuito de direcionar produtos e serviços com base em suas preferências. Esses dados são obtidos por meio da análise dos hábitos de navegação dos usuários, incluindo históricos de pesquisas na barra de busca do navegador, visualizações de páginas, interações em redes sociais e até mesmo informações de compras recentes.

É um fato que, para que essa utilização ocorra, é necessário que o titular dos dados conceda sua autorização para a coleta, uso e processamento desses dados, o que é conhecido como consentimento. No entanto, a maneira como o consentimento é atualmente obtido parece não estar de acordo com a finalidade pretendida pelo legislador, que é proteger os usuários contra o uso indevido e a exploração de seus dados.

Esta discrepância tem sido observada na prática, uma vez que em muitos casos os indivíduos simplesmente clicam em “autorizar cookies” ao utilizar um determinado site ou serviço, sem realmente entender as normas e regulamentos complexos relacionados ao uso de dados. Isso vai de encontro ao que estabelece o artigo 5º, XII da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que define o consentimento como uma manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade específica.

Mais ainda, o artigo 7º, I da LGPD estipula que o tratamento de dados pessoais só pode ocorrer mediante o fornecimento de consentimento pelo titular. No entanto, na prática, percebe-se que esse consentimento não tem sido obtido da maneira devida, ou seja, de forma “informada e inequívoca”. Com frequência, o titular de dados simplesmente clica em um botão que autoriza o procedimento, e a disposição do layout dos sites que solicitam tal consentimento facilita essa opção.

O indivíduo se encontra praticamente encurralado pelo sistema digital, uma vez que,

ao discordar dos termos de uso de um site ou serviço, fica impedido de utilizá-lo. Na era pós-moderna, é quase impensável que alguém possa manter uma vida social ou profissional sem recorrer ao uso de um endereço de e-mail ou sem estar presente em redes sociais, seja para fins pessoais ou profissionais. Portanto, a única opção viável, a fim de não se marginalizar das relações sociais desenvolvidas no âmbito digital, é aceitar os termos de uso para continuar usufruindo do produto ou serviço. Com isso, acabam “consentindo” com tais termos, ainda que sem compreender devidamente como seus dados serão utilizados ou para quais finalidades. Diante da completa impossibilidade de recusar a coleta de dados, é legítimo questionar a validade do consentimento concedido.

A problemática se agrava quando, frequentemente, o usuário não possui a oportunidade ou a capacidade de compreender o que está consentindo ao aceitar os “termos de uso” de plataformas digitais. Isso não ocorre apenas devido à necessidade de entendimento técnico desses documentos, mas, sobretudo, devido ao custo de tempo envolvido em analisar cada termo de uso de dezenas de aplicativos e plataformas utilizados atualmente, o qual é enorme. Em uma pesquisa conduzida pela Universidade Carnegie Mellon, com base em usuários dos Estados Unidos, foi constatado que se todos lessem anualmente os termos de uso de cada site que visitam, a população dos Estados Unidos gastaria aproximadamente 54 bilhões de horas lendo essas políticas de privacidade. Em outras palavras, cada pessoa precisaria dedicar cerca de 244 horas por ano para ler esses termos, o que equivale a aproximadamente 40 minutos por dia (MCDONALD; CRANOR, 2008, p. 563).

Nessa perspectiva, cumpre salientar que o indivíduo concede às empresas a autorização para o processamento de seus dados pessoais sem entender, de fato, quais as implicações desse processo. Assim, observa-se que há na esfera do indivíduo uma vulnerabilidade informacional, especialmente no contexto do consumidor de bens e serviços no mercado digital, em que a dinâmica dos processos de obtenção do consentimento prejudica a capacidade de autodeterminação em relação às informações fornecidas.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, em seu artigo 7º, inciso I, estabelece a necessidade do consentimento do titular dos dados como condição para qualquer tipo de processamento. Além disso, o artigo 8º da mesma legislação garante que essa autorização deve ser “expressa”, podendo ser manifestada por escrito ou por outros meios que claramente revelem a vontade do titular. O parágrafo 3º complementa afirmando que o tratamento de dados pessoais forçado ou baseado em uma autorização viciada é vedado.

Portanto, verifica-se o intuito da legislação de proteger o titular de dados contra a violação de seu consentimento, sendo este um elemento fundamental para a realização do processamento de dados. Assim, qualquer violação dessas disposições deverá ser considerada uma prática abusiva e ser sancionada de acordo com a legislação em vigor. No entanto, é pertinente questionar os limites do consentimento nesse contexto, considerando que, frequentemente, ao não concordar com a política de privacidade ou com a coleta de informações pessoais, o usuário se vê impedido de acessar o produto ou serviço desejado. Assim, sua recusa se torna uma barreira, obrigando-o, de forma coercitiva, a aceitar os termos definidos pelo controlador para obter acesso. Nessa perspectiva, à luz da literatura, a função do consentimento pode ser compreendida da seguinte maneira:

Para que o indivíduo possa exercer o seu poder de autodeterminação informativa, faz-se necessário um instituto jurídico por meio do qual se expresse a sua vontade de autorizar ou não o processamento de dados pessoais: o consentimento. Este é o mecanismo que o direito dispõe para fazer valer a autonomia privada do cidadão. (Mendes, 2014, p. 60).

No entanto, é evidente que o principal desafio que surge quando um usuário discorda dos termos de uso de um serviço digital é a potencial exclusão desse indivíduo do mercado de consumo. Em muitos casos, o consentimento parece ser mais uma formalidade do que uma escolha genuína, conforme analisado por Mendes (2014, p. 65).

Nesse contexto, Rodotà (2008) enfatiza a necessidade de uma análise minuciosa das circunstâncias sob as quais o consentimento é dado, a fim de determinar se ele é resultado de um entendimento adequado e se sua expressão pode ser considerada verdadeiramente livre. Além disso, a proteção abrangente do consumidor é de suma importância, especialmente dada a falta frequente de informação, que torna os consumidores vulneráveis. Por conseguinte, as leis de proteção ao consumidor fornecem uma salvaguarda especial, levando em consideração a vulnerabilidade inerente à condição do consumidor. Nesse sentido, surge o conceito de “contratante vulnerável”, caracterizado pela falta de liberdade substancial na determinação da vontade (Rodotà, 2008, p. 138). O autor continua a desenvolver seu argumento da seguinte maneira:

Isso pode depender de vários fatores, mas o fator decisivo é a concreta possibilidade de recusar a coleta e o uso das informações, quando se faz do consentimento a condição para a obtenção de bem ou serviço do qual o interessado tem absoluta necessidade e não pode obter por outra via. Quando analisamos o funcionamento do sistema norte-americano, por exemplo, percebemos que do consentimento para a coleta (e eventual circulação) de informações sobre a saúde depende a própria possibilidade de ser curado. Realmente, se continua a falar do consentimento informado como instrumento posto à disposição do indivíduo para tutelar a sua esfera privada. Mas, nos Estados Unidos, ausente a garantia do direito à saúde como direito fundamental e sem um sistema sanitário nacional, prevalece o critério privatístico do seguro. E as companhias seguradoras subordinam a conclusão do contrato e a cobertura das despesas médicas à “cessão” de uma quota relevantíssima de informações pessoais sobre a saúde. Assim a tutela da privacidade, mesmo se confirmada formalmente, resulta de fato anulada ou, realisticamente, resta privilégio de quem tem condições de pagar as despesas médicas diretamente, esquivando-se das exigências das seguradoras e das instituições hospitalares (as quais por sua vez, têm nas companhias de seguro seu verdadeiro interlocutor). (Rodotà, 2008, p. 138).

Portanto, apenas quando a recusa em concordar com a coleta de dados não resulta em consequências desproporcionais para o usuário, tal como a vedação de utilização de um aplicativo por exemplo, pode-se considerar que o consentimento foi obtido de maneira legítima. Em situações em que a obtenção do consentimento para o uso e processamento de dados pessoais é uma condição necessária para continuar usando um serviço, funcionando como uma espécie de moeda de troca, sua autenticidade é comprometida. Por outro lado, uma inovação importante introduzida pela legislação, respaldada pela

literatura, é o direito de revogação do consentimento previamente concedido. Esse direito pode ser encarado como uma proteção para efetivamente permitir que os titulares de dados exerçam controle sobre suas próprias informações. Nesse contexto:

A possibilidade de revogação do consentimento sem justificativa parece mais adequada dogmaticamente tendo em vista a natureza da proteção de dados como uma espécie dos direitos da personalidade. O pressuposto de descumprimento de obrigações contratuais para o consentimento é típico de um modelo negocial. Dada a natureza de direito à personalidade, em que o exercício do direito à proteção de dados se realiza pelo consentimento, a possibilidade de revogação é inerente ao próprio direito. Ademais, a própria dificuldade que o indivíduo enfrenta para visualizar e avaliar as consequências do seu consentimento no início do processo de tratamento de dados justifica a livre possibilidade de revogação do consentimento. (Mendes, 2014, p. 64 e 65).

O artigo 8º, parágrafo 5º da LGPD, garante ao titular de dados o direito de retirar seu consentimento a qualquer momento, por meio de um procedimento simples e gratuito. Isso destaca a capacidade do titular de dados, que, quando se depara com o processamento de informações que o incomodam, seja devido à sua própria sensação de vulnerabilidade em uma determinada situação ou à sua decisão de não permitir mais o tratamento desses dados, tem o poder de solicitar a exclusão dos seus dados da base de armazenamento.

Os dados pessoais desempenham atualmente um papel fundamental na economia da informação (Bioni, 2021, p.6). Isso se deve ao fato de que, com base nas informações coletadas sobre o comportamento, preferências pessoais e atividades recentes de um indivíduo, torna-se eficaz apresentar-lhe produtos que atendam às suas necessidades de forma direcionada. A eficácia desse processo é evidente, uma vez que, em geral, o indivíduo tende a adquirir o produto sugerido, pois este está alinhado com seus interesses. Esse fenômeno é conhecido como publicidade direcionada (Bioni, 2021, p. 15). O autor argumenta que, nessa perspectiva:

Ou seja, a publicidade direcionada é uma prática que procura personalizar, ainda que parcialmente, tal comunicação social, correlacionando-a a um determinado fator que incrementa a possibilidade de êxito da indução ao consumo. Essa prática subdivide-se em publicidade (direcionada) contextual, segmentada e comportamental - espécies do gênero publicidade direcionada. (Bioni, 2021, p. 15).

Essa coleta de dados é tão abrangente que atualmente a inteligência artificial tem a capacidade de analisar o estado emocional de um usuário em um determinado aplicativo. Isso pode ocorrer por meio da interpretação dos emojis usados durante as conversas ou até mesmo pelo contexto das próprias interações. Além disso, a inteligência artificial pode deduzir essas informações com base nas músicas que o usuário escolhe em plataformas de streaming e em outros tipos de conteúdo relacionados ao entretenimento. A disponibilidade dessas informações é altamente valiosa para profissionais de marketing, pois possibilita a implementação do que Bioni (2021) descreve como publicidade comportamental. No entanto, essa personalização resulta de uma vigilância constante

sobre os indivíduos, conforme ilustrado a seguir:

É uma realidade, portanto, a estruturação de bases de dados de emoções, a fim de personalizar ainda mais a ação publicitária. Há, por isso, uma vigilância imperativa das pessoas, em especial do potencial consumidor, o que viria desde os seus hábitos de navegação e comportamento na Internet às suas próprias emoções, tornando-o, totalmente transparente. A expressão “consumidor de vidro”, cunhada por Susanne Lace, alcança seu êxtase. (Bioni, 2021, P.22).

Com o avanço tecnológico e a incorporação da inteligência artificial na vida cotidiana das pessoas, a dependência de dispositivos tecnológicos e plataformas digitais se tornou uma realidade consolidada. Por um lado, promete-se a simplificação de tarefas complexas e demoradas, como a organização de uma agenda, por exemplo. Por outro lado, surgem desafios relacionados ao compartilhamento de dados pessoais, que incluem desde o histórico de pesquisas na internet até os lugares frequentados pelo indivíduo, os tipos de conteúdo mais acessados e os horários de uso em diversas redes sociais, bem como os momentos de maior atividade. De maneira geral, a inteligência artificial obtém posse desses conjuntos de informações (conhecidos como “big data”) e os utiliza para influenciar o comportamento das pessoas.

Na sociedade contemporânea, a atenção dos usuários se tornou um recurso de grande valor (Souza; Avelino; Da Silveira, 2018, p. 25). Um dos principais indicadores utilizados para medir o envolvimento das pessoas nas redes sociais é atualmente o tempo que elas passam ativas nesses ambientes digitais. Esse fator é particularmente atrativo para as empresas que promovem seus produtos por meio do marketing online, e, nos bastidores, os desenvolvedores trabalham para garantir que os usuários permaneçam cada vez mais envolvidos no mundo virtual.

Conseqüentemente, desde as notificações de novas mensagens que frequentemente aparecem na tela de bloqueio do dispositivo até os alertas emitidos pelos smartphones para indicar uma nova mensagem ou postagem em uma rede social específica, todos esses elementos foram cuidadosamente projetados para estimular o uso constante e a permanência dos indivíduos conectados. Com base nesse contexto, a literatura explica que:

De posse da enorme quantidade de dados pessoais recolhidos pela inteligência artificial e processadas por Big Data, os profissionais de marketing e os desenvolvedores de softwares têm um colosso de oportunidades jamais visto para criar mundos e vender oceanos azuis, ampliando os lucros de suas empresas. (Souza; Avelino; Da Silveira, 2018, p. 26).

Não se pode ignorar que na dinâmica social contemporânea, a ampla variedade de sites na internet e as redes sociais desempenham um papel essencial na formação de opiniões. Essa influência não ocorre por acaso, pois a sociedade atual incorporou o conceito de um “mundo virtual” que opera em paralelo com a realidade tangível.

Dentro desse amplo espectro, que envolve muitas vezes os mesmos indivíduos presentes no “mundo real”, a capacidade de exercer controle é mais viável, uma vez que a ferramenta para tal controle está frequentemente nas mãos do próprio usuário, de forma

voluntária. É nesse contexto que emerge a oportunidade de direcionar o comportamento dos consumidores, com o objetivo de promover o sucesso das transações comerciais. Pode-se afirmar que o marketing, portanto, exerce uma influência direta sobre o comportamento do consumidor, podendo até mesmo moldá-lo. Nesse contexto:

Mas, pergunta Lazzaroto (2006, p. 103), como o marketing pode produzir a mudança na sensibilidade do consumidor e estimulá-lo a comprar? Que tipo de subjetivação é mobilizada pela publicidade? Para ele, o turbilhão de encadeamento de imagens e sons cria uma nova sensibilidade em quem assiste àquele conteúdo. Revela um mundo possível que existe, mesmo que exista somente no universo da própria propaganda. Referem-se aos signos de mundos possíveis, gerando desejos de pertencimento a esses mundos (assim como frustrações por não conseguir integrá-los - e impedir que outras multiplicidades concorrentes se constituam - é quando a sociedade de controle assume a forma de expropriação capitalista contemporânea (2006, p. 1780). (Souza; Avelino; Da Silveira, 2018, p. 19 e 20).

Assim, quando esses mecanismos de controle são unidos, surgem as características de uma “sociedade de controle”, que tem a capacidade de impactar os desejos mais íntimos das pessoas, mantendo uma influência constante sobre o comportamento do usuário. Nesse contexto, torna-se evidente que o consentimento efetivo muitas vezes não está presente na realidade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi apresentado, surge uma complexa interseção entre o avanço tecnológico, a inteligência artificial e a preservação da privacidade dos indivíduos na sociedade da vigilância. As mudanças introduzidas pelas tecnologias de informação têm criado um ambiente em que a coleta em larga escala e o processamento de informações pessoais se tornaram a espinha dorsal de uma economia digital que se concentra cada vez mais na personalização e influência de comportamentos. Grandes empresas de tecnologia, juntamente com outras empresas no mercado de dados, desempenham um papel central nesse contexto, muitas vezes explorando dados sensíveis dos usuários sem obter um consentimento autêntico e esclarecido.

A privacidade, um direito fundamental destinado a assegurar a capacidade de autodeterminação e controle sobre informações pessoais, enfrenta sérias ameaças nessa nova era. A relação desigual entre usuários e plataformas, onde o consentimento frequentemente é obtido de maneira duvidosa, mina a verdadeira essência do poder de escolha e decisão dos indivíduos sobre seus próprios dados. Esse desafio é exacerbado pela crescente dependência da sociedade em relação à tecnologia digital e à integração da inteligência artificial em nossa vida cotidiana.

O consentimento, que deveria ser o alicerce para uma coleta e processamento legítimos de dados, muitas vezes se transforma em um procedimento formal vazio, limitando a capacidade dos usuários de exercerem efetivamente sua autodeterminação informativa. A necessidade de aceitar termos de uso para acessar produtos e serviços essenciais, juntamente com a complexidade das políticas de privacidade, cria um ambiente em

que a verdadeira liberdade de escolha é comprometida.

Enfrentamos, portanto, o desafio de encontrar um equilíbrio entre os benefícios proporcionados pela inteligência artificial e a proteção da privacidade individual. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) representa um avanço significativo, estabelecendo princípios e orientações para o tratamento adequado de dados pessoais, incluindo o direito de revogar o consentimento. No entanto, é essencial considerar a complexidade do consentimento em um contexto em que a recusa pode levar à exclusão do mercado digital.

A criação de um ambiente digital que respeite a privacidade do indivíduo requer uma abordagem multidisciplinar que envolva não apenas aspectos legais, mas também considerações éticas, tecnológicas e conscientização pública. O diálogo entre legisladores, reguladores, empresas e a sociedade desempenha um papel fundamental na busca por soluções que garantam a proteção dos direitos individuais sem comprometer as inovações proporcionadas pela inteligência artificial.

Em última análise, a questão da privacidade na sociedade da vigilância transcende questões legais e tecnológicas, sendo uma reflexão sobre os valores fundamentais que regem nossa relação com a tecnologia e uns com os outros. Conforme navegamos nesse ambiente em constante evolução, é crucial considerar as implicações éticas e sociais de nossas ações, visando um futuro digital onde a autodeterminação informativa seja verdadeiramente respeitada e protegida.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 ago. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019). Brasília, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 17 ago. 2023.

BELTRAMINI, Franciano; GUNTHER, Luiz Eduardo. O “Novo Petróleo” da Sociedade Contemporânea. *Relações Internacionais no Mundo Atual*, [s. l.], v. 1, n. 34, p. 258-278, mar. 2021. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/5736/371373716>. Acesso em: 13 out. 2022.

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DONEDA, Danilo Da privacidade à proteção de dados pessoais: fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados. Prefácio: Gustavo Tepedino. Apresentação: Bruno Gencarelli. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 173.

MCCARTHY, J. Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence. Dartmouth College. p. 251-256, 1955.

KOSINSKI, Michal; STILLWELL, David; GRAEPEL, Thore. Private traits and attributes are predictable from digital records of human behavior. Centro de Psicologia da Universidade de Cambridge. Reino Unido, 2013.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de e OLIVEIRA, Cristina Godoy Bernardo de e RUIZ, Evandro Eduardo Seron. Inteligência artificial e proteção de dados pessoais: onde essas áreas se encontram? 2021, Anais.. Ribeirão Preto: Instituto de Estudos Avançados - IEA-RP/USP, 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=YmyGfS3Pvmg&t=714s>. Acesso em: 17 ago. 2023.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor. Linhas gerais de um novo direito fundamental. Ed. Saraiva: São Paulo, 2014.

MIELLI, Renata; ORMAY, Larissa; BONONE, Luana Meneguelli. A democracia liberal pode sobreviver à corrosão do debate público criada pelo monopólio das big techs?. 2021.

OLIVEIRA, João António França de. Rússia, Cambridge Analytica e as eleições presidenciais norte-americanas de 2016: O ciberespaço como o mais recente domínio da conflitualidade política. Universidade Católica Portuguesa, p. 43, 2020.

PINHEIRO, Patrícia Peck. Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD). São Paulo: Saraiva Educação, 2018. E-book.

PROVOST, Foster; FAWCETT, Tom. Data science and its relationship to big data and data-driven decision making. *Big Data*, [s.l.], v. 1, n. 1, p. 51-59, 2013. Disponível em: <https://www.liebertpub.com/doi/10.1089/big.2013.1508>.

RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: A privacidade hoje. Org. Maria Celi-na Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARLET, Gabrielle Bezerra Sales; MOLINARO, Carlos Alberto. Questões tecnológicas, éticas e normativas da proteção de dados pessoais na área da saúde em um contexto de Big Data. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, a. 13, n. 41, p. 190, jul./dez. 2019.

SOUZA, Joyce; AVELINO, Rodolfo; DA SILVEIRA, Sérgio Amadeu. A Sociedade de Controle: Manipulação e modulação nas redes sociais. Hedra: São Paulo, 2018.

SILVEIRA, Sergio Amadeu da; AVELINO, Rodolfo; SOUZA, Joyce. A privacidade e o mercado de dados pessoais. *Liinc em Revista*, Rio de Janeiro, v.12, n.2, p. 217-230, nov. 2016.

WARREN, Samuel Dennis; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. *Harvard Law Review*, [s.l.], v. 4, n. 5, dez. 1890.

WEBINAR: #Inteligência artificial e #proteção de #dados pessoais: onde essas áreas se encontram?. [S. l.: s. n], 2021. 1 vídeo (1 h 34 min 31 seg). Publicado pelo canal Instituto de Estudos Avançados IEA-RP/USP. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=YmyGfS3Pvmg&t=714s>. Acesso em: 17 ago. 2023.

WESTIN, Alan. Privacy and freedom. New York: Atheneum, 1970, p. 70..

YOUYOU, Wu; KOSINSKI, Michal; STILLWELL, David. Computer-based personality judgments are more accurate than those made by humans. Departamento de Psicologia da Universidade de Cambridge; Departamento de Ciência da Informação da Universidade de Stanford. Reino Unido, 2014.

ZUBOFF, S. Big other: Surveillance Capitalism and the Prospects of an Information Civilization. *Journal of Information Technology*, v. 30, n. 1, p. 75–89, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1057/jit.2015.5>.

O ACESSO À INTERNET COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

ACCESS TO THE INTERNET AS A FUNDAMENTAL RIGHT OF ACCESS TO JUSTICE

Sara Barros Pereira de Miranda

Silvio Carlos Leite Mesquita

RESUMO

O presente artigo adota a metodologia de revisão de literatura e buscou discutir acerca do acesso à internet e seu possível reconhecimento enquanto direito fundamental, na medida em que possui estreita ligação com o direito de acesso à justiça nos dias atuais. O estudo também se destinou a analisar as ondas de acesso à justiça propostas por Cappelletti e Garth (1988) e sua conformação com a Constituição Federal de 1988, a fim de compreender em que medida o acesso à internet poderá ser compreendido como um dos mecanismos de essencial importância para o exercício do direito (de acesso à justiça) que garante outros direitos fundamentais.

Palavras-Chave: Dignidade da Pessoa Humana. Internet. Acesso à Justiça. Constituição Federal. Ondas de Acesso à Justiça.

ABSTRACT

This article adopts a literature review methodology and seeks to discuss internet access and its possible recognition as a fundamental right, as it is closely linked to the right to access justice today. The study is also intended to analyze the waves of access to justice proposed by Cappelletti and Garth (1988) and their conformation with the Federal Constitution of 1988, in order to understand to what extent access to the internet can be understood as one of the mechanisms of essential importance for the exercise of the right (of access to justice) that guarantees other fundamental rights.

Keywords: Dignity of human being. Internet. Access to justice. Federal Constitution. Waves of Access to Justice.

INTRODUÇÃO

O mundo virtual se configura como um espaço social, o qual permite diferentes tipos e comunicações entre as pessoas (HARTMANN, 2007). Tem-se a possibilidade de comunicação entre os indivíduos, das atividades mais simples às mais complexas, a saber: pedir

comida, divulgar fotos pessoais, divulgar trabalhos artísticos e até mesmo encontrar relacionamentos amorosos, o que, corrobora, por fim, na conclusão de que esse aparelho tecnológico é utilizado para suprir as necessidades mais básicas as mais cruciais, seja no aspecto individual ou coletivo da sociedade.

Compreende-se que a internet é vista como uma ferramenta necessária para com as relações humanas, que se tornou um recurso necessário na vida das pessoas. Como transformação social, é possível assistir a incidência da internet nas áreas de ensino e nas relações de trabalho. Por exemplo, os órgãos públicos e empresas dispõem de equipamentos avançados a fim de garantir o desenvolvimento das atividades do dia a dia. Considerando esta realidade a qual estamos inseridos, questiona-se: em que medida o acesso à conexão de internet interfere no exercício do direito de acesso à justiça disposto na Constituição Federal (CF) de 1988? Para responder a esse questionamento, a metodologia adotada foi a revisão de literatura, com levantamentos de bibliografias disponibilizadas de forma gratuita em plataformas como Scielo e Google Acadêmico sobre a temática em questão, que foram publicados na íntegra.

Quanto à estrutura, o artigo está dividido em dois tópicos. No primeiro, analisaram-se as ondas de acesso à justiça de Cappelletti e Garth (1988) e sua conexão com o direito de acesso à justiça disposto na CF de 1988. No segundo, discute-se acerca do fenômeno da internet como uma ferramenta de celeridade para o alcance do Poder Judiciário, e é a partir desse ponto que fora importante analisar a mudança ainda presente e gradual do aparelho jurisdicional em relação ao mundo tecnológico em que se encontra a sociedade.

1 AS ONDAS DE ACESSO À JUSTIÇA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O estudo do acesso à justiça enquanto direito fundamental ganhou amadurecimento a partir dos estudos desenvolvidos por Cappelletti e Garth (1988). Para os autores, o termo acesso à justiça abraça diversos conceitos e pode ser compreendido como:

A expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos (Cappelletti; Garth, 1988, p. 8).

Para Cappelletti e Garth (1988) há dois objetivos que devem ser alcançados no exercício do direito de acesso à justiça: o primeiro é a reivindicação de direitos; e o segundo é a resolução de litígios. Tendo em vista as ideias dos autores, lança-se o questionamento: em que medida as ondas de acesso à justiça que foram desenvolvidas por Cappelletti e Garth (1988) possuem conexão com o direito de acesso à justiça disposto na Constituição Federal (CF) de 1988?

Para compreendermos a temática, antes, apresentaremos as ondas de acesso à justiça. Para Cappelletti e Garth (1988) o acesso à justiça pode ser analisado a partir de três grandes movimentos de esforço para melhorar o exercício deste direito, quais sejam: 1) do desenvolvimento da assistência judiciária gratuita; 2) do desenvolvimento da representação dos interesses difusos; 3) e desenvolvimento de um conjunto geral de instituições

e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas, isto é, os meios alternativos de solução de conflitos (Cappelletti; Garth, 1988).

Quanto à primeira onda, Cappelletti e Garth (1988) descrevem que a assistência judiciária gratuita é um mecanismo facilitador de acesso à justiça, sobretudo para pessoas pobres, sujeitos vulneráveis, minorias etc. Os autores trazem à discussão a importância de participação do Estado na garantia do acesso à justiça por meio de suas instituições ou por meio de advogados privados remunerados por ele:

Os primeiros esforços importantes para incrementar o acesso à justiça nos países ocidentais concentraram-se, muito adequadamente, em proporcionar serviços jurídicos para os pobres. [...] Os pobres estão obtendo assistência judiciária em números cada vez maiores, não apenas para causas de família ou defesa criminal, mas também para reivindicar seus direitos novos, não tradicionais, seja como autores ou como réus. [...] A assistência judiciária, no entanto, não pode ser o único enfoque a ser dado na reforma que cogita do acesso à justiça. Existem limites sérios na tentativa de solução pela assistência judiciária. Antes de mais nada, para que o sistema seja eficiente, é necessário que haja um grande número de advogados, um número que pode até exceder a oferta, especialmente em países em desenvolvimento (p.31-32, 47)

Quanto à segunda onda, os Cappelletti e Garth (1988) apresentam a importância organizacional dos tribunais e a proteção dos direitos metaindividuais (difusos e coletivos) na consecução do acesso à justiça. Na perspectiva dos autores, a concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos, considerando que o processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava a solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam nesse desenho.

Por essa razão, desenvolveu-se o termo direito público, com mudanças visíveis, ora quanto à legitimidade ativa, onde poderiam figurar grupos ou mesmo indivíduos para representar interesses difusos, ora quanto à instituição da citação e do direito de ser ouvido, uma vez que subsiste a impossibilidade de citar todos os interessados da demanda ou de ouvir a todos, ou seja, a aplicação a um representante adequado e escolhido, e quanto ao novo papel do juiz (Cappelletti; Garth, 1988).

Quanto à terceira onda, Cappelletti e Garth (1988) dão enfoque aos “meios alternativos” de solução aos conflitos. Nesta onda são discutidas temáticas que incentivem reformas que aperfeiçoem o juízo na prestação jurisdicional, de modo a sugerir outras opções à solução do litígio, antes de recorrer ao processo judicial, a exemplo da conciliação, mediação, arbitragem e demais técnicas de composição de litígios. Nas palavras dos autores,

O novo enfoque de acesso à justiça, no entanto, tem alcance muito mais amplo. Essa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra a sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como

apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso. Esse movimento emergente de acesso à justiça procede dos movimentos anteriores preocupados com a representação legal. Aqueles movimentos também se destinavam a fazer efetivos os direitos de indivíduos e grupos que, durante muito tempo, estiveram privados dos benefícios de uma justiça igualitária (Cappelletti; Garth, 1988, p. 67-68).

Em análise às ondas de acesso à justiça, Cappelletti e Garth (1988) estruturam uma espécie de prognose das limitações e entraves que os sistemas de justiça enfrentariam para consolidar o exercício do direito de acesso à justiça. Inicialmente, compreenderam que o acesso à justiça deve ser ofertado a todos os indivíduos dentro de uma sociedade, sobretudo aqueles que não dispõem de condições econômicas. Em um segundo momento, os autores descrevem que o processo ele precisa evoluir para compreender que o direito subjetivo ele não está atrelado, tão somente, a uma pessoa, mas também a uma coletividade, que pode figurar no polo da relação processual e, por esse motivo, o processo deveria estar aberto a pensar quanto aos problemas coletivos. Por fim, chegam à conclusão de que a advocacia poderá ser exercida não apenas no âmbito de um processo, mas também em sua modalidade extrajudicial e, por essa condição, mecanismos de solução consensual de conflitos deveriam ser desenvolvidos a fim de que a consolidação de lides cuja complexidade é menor, sejam resolvidas por meio da mediação e conciliação.

Considerando as ondas de acesso à justiça e a Constituição Federal (CF) de 1988, é possível extrair algumas ideias que conectam a teoria e a legislação. No art. 5º, caput e XXXV, da CF de 1988 está inscrito que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a igualdade” e que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Vejamos o primeiro ponto de contato.

Na primeira onda há uma preocupação de que todos tenham a possibilidade de acessar o Poder Judiciário e obter uma resposta à situação fática que lhe fora apresentado. Nessa perspectiva, encontramos fundamento constitucional desta ideia no art. 5º, com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, mas também ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III da CF), na medida em que o acesso à justiça é um direito que possibilita o exercício de outros direitos, por meio da via judicial.

É especial o tratamento dado ao acesso à justiça na CF de 1988 quando analisamos o disposto no art. 5º, LXXVII, que descreve sobre a assistência judiciária gratuita aos que não possuem recursos suficientes para acionar o Poder Judiciário. Para além desta proteção formal, a CF de 1988 criou a Defensoria Pública, que é uma instituição permanente e essencial à função jurisdicional, na medida em que tem por finalidade promover a defesa dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, dos necessitados (BRASIL, 1988).

Por consequência, é visto também que a legislação infraconstitucional, a exemplo do Código de Processo Civil (CPC) de 2015 também recepcionou princípios que possuem em seu conteúdo axiológico a medida do acesso à justiça, a exemplo do art. 3º do CPC, que informa “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”, tal como consta na CF de 1988 (BRASIL, 2015, não paginado).

Há, portanto, uma expressão clara de que a primeira onda de acesso à justiça estruturada por Cappelletti e Garth (1988) se encontra inscrita no modelo processual nacional.

Ao analisarmos a segunda onda e buscarmos seu paralelo no sistema processual e normativo do Brasil, observamos que há mecanismos de acesso à justiça sob a perspectiva coletiva, a exemplo do mandando de segurança coletivo, o mandado de injunção coletivo, as ações do controle concentrado, etc. que podem ser protocoladas por grupos de representação social, partidos políticos, associações, dentre outros.

Quanto à terceira onda, seus reflexos podem ser vistos no CPC de 2015, ao dispor o art. 3º, §3º que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Trata-se de uma verdadeira conscientização de melhorias e evoluções a serem realizadas no âmbito do acesso à justiça, de modo contemplar não apenas a jurisdição, mas também os meios adequados de solução de litígios, formas consensuais, representações diferenciadas e procedimentos mais céleres que trazem resultados diante da possibilidade de o Poder Judiciário não suprir as expectativas para resolver determinada lide.

Tendo como fundamento a discussão desenvolvida até o momento, há também que reconhecer que a internet é também um instrumento facilitador do acesso à justiça. Sendo assim, no próximo tópico será abordada a influência do acesso à internet no Poder Judiciário no Brasil.

2 O ACESSO À INTERNET COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

Enquanto fenômeno tecnológico, a internet ingressou na vida dos brasileiros em 1994, quando foi disponibilizado de forma pública o acesso à rede mundial de computadores, haja vista que anteriormente era um recurso exclusivo do meio acadêmico e de algumas comunidades. De acordo com Lins (2013, p. 13- 14), houve grandes períodos evolutivos que podemos destacar a partir da perspectiva da experiência do usuário da rede: Um primeiro período foi o do uso privado dessas redes, em que as conexões eram predominantemente feitas entre computadores de maior porte, com uma variedade de recursos de ligação, que iam das conexões físicas diretas, por cabeamento, às linhas telefônicas privadas, disponíveis 24 horas por dia. [...]

O segundo período, de abertura da rede ao público, foi caracterizado pelo uso da rede via linha discada e mediante um provedor de acesso. O usuário sentava-se ao computador pessoal, tentava uma ligação local com o provedor e ouvia o hoje engraçado “trim trim biri biri biri”, sinalizando que uma conexão com parcos kilobits por segundo havia sido estabelecida.

O terceiro período nasce da coincidência de três revoluções: o acesso em banda larga, oferecendo velocidades a cada dia mais elevadas, a diversificação de conteúdos, com imagens e áudio digital “bombando” na rede, como se diria no jargão das ruas, e a explosão de aplicações voltadas ao relacionamento interpessoal, tais como ambientes de encontro e os jogos em rede com “avatars”.

O quarto grande período é o da diversificação de telas, sobretudo graças ao smartpho- ne. A Internet deixou de ser uma rede que acessamos para tornar-se uma rede que nos envolve.

Em termos normativos, apesar da evolução da internet e do difundido acesso à rede de

computadores, foi somente em 2014 que o Brasil editou uma legislação para dispor sobre princípios, garantias, direitos e deveres para o usuário da internet, conhecida por Lei nº 12.965 de 2014 ou Marco Civil da Internet (MCI).

Para o MCI, a internet é conceituada como “[...] o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para o uso do bem público e irrestrito, com finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes” (BRASIL, 2014, não paginado). É, portanto, por meio de um aplicativo, instalado em um terminal que este conjunto de protocolos pode ser utilizado para conectar as pessoas.

A Lei nº. 11.419 de 2006, que trata do Processo Judicial Eletrônico (PJE), compreende a internet como uma forma de comunicação que é desenvolvida à distância com base na utilização de redes de comunicabilidade, de acordo com o art. 1º, § 2º, inc. III (BRASIL, 2006).

Em recente pesquisa realizada pelo Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br), 84% da população no Brasil com 10 anos ou mais se conectou à internet nos meses de agosto, setembro e outubro. Esse número representa 156 milhões de pessoas. Os números são expressivos e apontam que houve um aumento de 3% da população que usou a internet quando comparamos os anos de 2020 e 2023. Apesar disto, 29 milhões de pessoas afirmaram que não utilizaram a internet neste período. Dentre as regiões mais conectadas, o Sul e Sudeste despontam nos percentuais, com, respectivamente, 88% e 87% da população com acesso à internet. (Cetic.br, 2023).

É, porém, acerca de um dado específico que este artigo lança luz e busca realizar intersecção. Ficou constatado que dentro do grupo de pessoas que não utilizaram a internet, este é composto, principalmente, por homens, pretos ou pardos, com mais 60 anos ou mais. Em sua maioria, os desconectados têm formação até o ensino fundamental (Cetic.br, 2023). Nesse sentido, há a confirmação da existência de um déficit de acesso à internet.

Considerando esta afirmação, questiona-se: na atualidade, a internet é um dos principais (senão, o principal) mecanismo de acesso ao Poder Judiciário, como garantir o direito de acesso à justiça em toda sua extensão, desde o ingresso até a resposta jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva?

O questionamento advém de uma realidade a qual todos tiveram que conviver no período da pandemia da Covid-19, qual seja: de que a atuação do Poder Judiciário ocorria entre os anos de 2020 e 2022, essencialmente, por meio da internet e dos meios tecnológicos. Nesse sentido, quando nos defrontamos com dados que apontam para uma significativa exclusão digital ou uma desigualdade digital e o direito de acesso à justiça, tão somente, por meios digitais, inferimos que alguns indivíduos “ficaram pelo caminho” na garantia deste direito, comprometendo tantos outros que dele dependem.

Compreende-se por exclusão digital ou desigualdade digital a condição em que as pessoas ficam distantes da evolução tecnológica, sendo visualizada no cenário atual como uma forma de manutenção e ampliação das desigualdades. Nota-se que as raízes da exclusão digital, na maioria dos casos, decorrem de outras desigualdades que compõem a sociedade:

As causas da desigualdade digital no Brasil não parecem ser outras senão aquelas mes-

mas que fazem do país um dos líderes do ranking mundial em termos de desigualdade social, concentração de renda, e persistência do latifúndio. No Brasil, oito bancos controlam 72% dos ativos financeiros e 76% dos depósitos no 45 país; 1% dos proprietários de terra controlam 43% das áreas agricultáveis. O país tem um histórico de nepotismo e de patrimonialismo, que são práticas de apropriação do público pelo privado. Além disso, falta democratização no campo da informação: seis grupos nacionais recebem 90% do faturamento dos meios de comunicação de massa, e estes meios estão em poder de monopólios em todas as grandes cidades. (BENJAMIN 2006, apud SANTOS, 2006, p. 44).

Hoje, um dos principais terminais utilizados para o acesso à internet é o celular, isto é, o aparelho móvel que, via de regra, possui aplicativos de acesso à internet. Os preços dos aparelhos são variados a depender de suas funcionalidades. Em recente pesquisa publicada pela FGV, o estudo revela que o Brasil tem 464 milhões de dispositivos digitais (computador, notebook, tablet e smartfone) em uso corporativo e doméstico. Sendo assim, são 1,2 smartphones por habitante, totalizando 249 milhões de celulares inteligentes em uso (FGV, 2023).

Os dados desta pesquisa apesar de promissores, não apontam o quantitativo de indivíduos que possuem dispositivos digitais com acesso à internet, que é o instrumento que possibilita a conexão em rede. E, quando analisamos a luz dos direitos e garantias fundamentais como o direito de acesso à justiça, é possível inferir que deve ser dado outro tratamento normativo à internet.

Fundamentando esta consideração, apresenta-se que no ano de 2022, de acordo com o “Relatório Justiça em Números”, 31,5 milhões de casos ingressaram em todos os segmentos do Poder Judiciário. Esse volume de processos representa um aumento de 10% em comparação com o ano de 2021. Destes processos, 21,3 milhões são ações ajuizadas pela primeira vez no ano de 2022. Embora a produtividade dos magistrados na tramitação dos processos tenha aumentado em 10,7% em comparação com o ano de 2021, esses números apontam para uma realidade nacional, qual seja: o número de processos é crescente e, portanto, o acesso à internet enquanto mecanismos de justiça deve caminhar em mesma medida.

Hack (2016) destaca que o Poder Constituinte Originário (PCO) estabeleceu um rol de direitos e garantias fundamentais na CF de 1988, concedendo à cada indivíduo direitos necessários a sua existência, impondo ao Estado a sua aplicabilidade imediata, conforme se extrai do art. 5º, §1º da CF de 1988 (BRASIL, 1988).

Em consonância com o que fora apresentado acerca da imprescindibilidade da internet no cenário atual, afirma-se que é possível pensar em sua elevação ao nível de direito fundamental, o que, de fato, tem sido discutido pelo Poder Legislativo Federal, pois há Projeto de Emenda à Constituição (PEC) em andamento para transformar a inclusão digital em direito fundamental contido na CF de 1988.

Trata-se da PEC nº 47/2021, que propõe a inclusão digital no rol de direitos fundamentais previstos na CF de 1988. Trata-se de uma PEC que exige do poder público a adoção de mecanismos para ampliar o acesso à internet em todo o país. Na propositura da PEC, fundamentou-se que as transformações sociais e econômicas promovidas pelas tecnologias da informação e comunicação afetam direitos humanos que devem ser repensados e adaptados à nova realidade. Nesse sentido, cita Hartmann (2007, p. 24), que

descreve:

O direito ao acesso à Internet é relevante, em razão da satisfação que proporciona as diversas necessidades dos indivíduos brasileiros. Sua substância é bem definida, seu conteúdo guarda similaridade com os Direitos Fundamentais positivados no catálogo. Dessa forma, é equivalente aos direitos formalmente fundamentais. Ainda, guarda relação próxima e decorre das exigências dos princípios fundamentais da cidadania e da dignidade humana. Trata-se, portanto, de um direito materialmente fundamental, fazendo parte da ordem constitucional brasileira conforme o disposto do artigo 5º, §2º, da Constituição.

Depreende-se que a internet, em termos de proteção e garantia jurídica, se enquadra no contexto dos direitos de primeira e segunda dimensão, pois ao mesmo tempo em que se exige do poder público uma abstenção para que tenha a liberdade em exercer os direitos dos particulares, também há necessidade de prestações positivas daquele em relação a estes (HARTMANN, 2007).

Conclui-se pela necessidade de reconhecimento da internet enquanto garantia individual dos indivíduos, haja vista a sua imprescindibilidade no cotidiano da sociedade de rede fundada em uma constituição democrática.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa se concentrou em analisar o princípio constitucional do acesso à Justiça, consagrado no artigo 5º, XXXV da CF de 1988 e a importância do direito à internet enquanto mecanismos de exercício daquele direito. Por meio dos estudos de Cappelletti e Garth (1988), analisaram-se as ondas de renovação processual e sua interligação com os direitos e garantias fundamentais instituídos na CF de 1988.

Quanto à primeira onda, preconiza que a assistência jurídica gratuita preencheu lacunas existentes no campo da hipossuficiência. Quanto à segunda onda, preocupou-se em estender a tutela jurisdicional para uma ótica coletiva, estabelecendo uma revolução referente ao tradicional processo civil, que tinha por prioridade as entre particulares. Quanto à terceira onda, notou-se uma preocupação com o desenvolvimento de meios de pacificação dos conflitos, a fim de potencializar o acesso ao judiciário por meio das mais variadas vertentes, seja pela via judicial ou extrajudicial, com a utilização de sistemas que aprimorem e facilitem o acesso à justiça.

No segundo tópico algumas notas foram desenvolvidas a fim de lançar luz para a temática do direito de acesso à internet enquanto direito fundamental, considerando que na atualidade os processos judiciais são digitais e se movimentam no meio digital, o que exige dos jurisdicionados o acesso à internet e a tecnologias da comunicação.

Concluiu-se que em razão da mudança e adequação da sociedade frente à tecnologia e o quanto esta se tornou ainda mais necessária durante a pandemia da COVID-19, os meios digitais, a exemplo a Plataforma PJE, realização de audiências por videoconferência, como também a realização de citações e intimações por meio eletrônico, foram mecanismos auxiliares à duração razoável do processo.

Quanto aos grupos vulneráveis e a população hipossuficiente, é necessário verificar que, em sua maioria essas pessoas não possuem acesso à internet ou a outros recursos tec-

nológicos, o que poderia conduzir a uma situação destes estarem às margens da tutela jurisdicional, haja vista a exclusão digital. Nesse sentido, pode-se afirmar que a o acesso à rede mundial de computadores pode ser tida como privilégio ou mesmo benesse social alcançada apenas por uma parcela da sociedade. É nessa perspectiva que o presente ensaio aponta o acesso à internet como um meio que garante o acesso à justiça. Concluiu-se que o acesso à internet embora não seja reconhecido como direito pelo ordenamento jurídico nacional, deve ser compreendido enquanto condição para o acesso à justiça no cenário tecnológico atual. Há que ser compreendido enquanto direito que resguarda o exercício de outro direito fundamental, que é o direito de acesso à justiça, que transcende a ideia de acionar o Poder Judiciário e se perfaz na condição de direito por todo o processo, na medida do devido processo legal. Portanto, o que a presente pesquisa buscou foi empreender lançar luzes na ideia de que, atualmente, o exercício do direito de acesso à justiça, em sua maior parcela, precisa de mecanismos tecnológicos como computadores e internet, e que, por vezes, haverá parcela da sociedade que não terá como exercer o direito de acesso à justiça em razão dos entraves tecnológicos a serem superados.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Planalto. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 de agosto de 2023.

BRASIL, Planalto. Lei nº. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 05 de outubro de 2023.

BRASIL, Planalto. Lei nº. 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm. Acesso em: 05 de outubro de 2023.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CETIC.br. TIC Domicílios – 2023. Disponível em: <https://cetic.br/pt/pesquisa/domicilios/indicadores/>. Acesso em: 28 de novembro de 2023.

FGV. Fundação Getúlio Vargas. Uso de TI no Brasil: País tem mais de dois dispositivos digitais por habitante, revela pesquisa. 03 de maio de 2023. Disponível em: <https://portal.fgv.br/noticias/uso-ti-brasil-pais-tem-mais-dois-dispositivos-digitais-habitante-revela-pesquisa>. Acesso em 11 de novembro de 2023.

HACK, Érico. Direito Constitucional: conceitos, fundamentos e princípios básicos. 1ª Ed. Curitiba: Editora Intersaberes, 2016;

HARTMANN, Ivar Alberto Martins. O acesso à internet como direito fundamental. 2007. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/ivar_hartmann.pdf. Acesso em: 07 de outubro de 2023.

LINS, Bernardo Felipe Estellita. A evolução da Internet: uma perspectiva histórica. Cader- nos Aslegis, v. 48, p. 11-45, 2013.

SANTOS, Ricardo Goretti. Manual de mediação de conflitos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2012.

O CARÁTER VINCULANTE DAS CONSTRUÇÕES LÓGICAS UTILIZADAS PELOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEUS VOTOS E A SEGURANÇA JURÍDICA RELACIONADA À INSTITUIÇÃO E COBRANÇA DO ITBI.

THE BINDING CHARACTER OF THE LOGICAL CONSTRUCTIONS USED BY BRAZILIAN SUPREME COURT MINISTERS IN THEIR VOTES AND THE LEGAL CERTAINTY RELATED TO THE INSTITUTION AND COLLECTION OF ITBI.

LUCAS PORTO GUIMARÃES DE CERQUEIRA
SARAH ELEN RODRIGUES FRAGA

Sumário: 1 Introdução. 1.1 Imunidade, isenção e não incidência. 2 Imunidade e Obrigações Acessórias. 2.1 Imunidade do art. 156, § 2º, I, da CF/1988. 3 Caso RE 796.376. 3.1 Breve Exposição do Tema 796 do STF. 3.2 O alcance da construção lógica dos ministros do Supremo Tribunal Federal na elaboração da tese. 3.3 Segurança Jurídica e o Panorama Jurisprudencial do ITBI. 3.4 Hermenêutica. Considerações Finais. Bibliografia.

Resumo

Este artigo propõe uma análise sobre os reflexos trazidos pelo julgamento dos Temas 796 e 1.124 do Supremo Tribunal Federal (STF), considerando que se trata de discussão não superada, cujo ponto central debatido é a interpretação do artigo 156, II da Constituição Federal. Os referidos julgados se pronunciaram acerca dos aspectos atinentes à cobrança do ITBI, como sua imunidade, seu fato gerador e seu momento de cobrança. A fim de produzir a referida análise, o artigo propõe o estudo e a problematização do alcance das construções lógicas que são utilizadas pelos ministros na elaboração de seus votos e teses, relacionando-as ao caráter vinculante das decisões do STF e questionando de que forma a utilização ou não dessas construções lógicas em casos posteriores contribuem para a segurança jurídica.

Palavras-chave: ITBI. Hermenêutica. Efeito Vinculante.

Abstract

This article proposes an analysis of the consequences brought by the judgment of Themes 796 and 1,124 of the Federal Supreme Court (STF), considering that it is a discussion that has not been overcome, whose central point discussed is the interpretation of the article 156, II of the Federal Constitution. The aforementioned judgments ruled on the aspects related to the collection of ITBI, such as its immunity, its taxable event and its moment of collection. In order to produce this analysis, the article proposes the study and questioning of the scope of the logical constructions that are used by ministers in the elaboration of their votes and theses, relating them to the binding nature of STF decisions and questioning how the use or otherwise of these logical constructions in

later cases contributes to legal certainty.

Keywords: ITBI. Hermeneutics. Binding Effect.

INTRODUÇÃO

Aos tribunais superiores é concedida a missão de pacificar o entendimento jurídico sobre determinadas normas dentro do direito brasileiro, sendo a referida tarefa realizada também por meio da prolação de acórdãos. Os tribunais superiores, ao elaborarem um acórdão, decisão colegiada responsável por destrinchar o caminho percorrido pelos julgadores até a decisão final, geram uma expectativa justa de que a *ratio decidendi* ali exposta seja observada pelos demais tribunais e entidades (VOJVODIC, 2012, p.54-64). Entretanto, o esforço realizado pelos ministros para que seja extraído o verdadeiro sentido de determinado dado jurídico tem dado ensejo a um cenário de insegurança jurídica, em especial quando a questão posta versa sobre o ITBI (Imposto de Transmissão de Bens Imóveis), objeto de julgamento nos Temas 796 e 1.124 do Supremo Tribunal Federal (STF).

A vontade do legislador ao conceder a imunidade tem sido objeto de questionamento perante o Supremo Tribunal Federal (STF), que através do Tema 796 estabeleceu que não cabe interpretação extensiva às imunidades tributárias (RE 796, p.24) ao determinar a cobrança ITBI sobre o valor dos bens que excedem o limite do capital social a ser subscrito.

O Tema 796 não foi o único precedente recente relativo ao ITBI que gerou amplos debates sobre a cobrança do referido imposto, tendo sido também o Tema 1.124 responsável por ensejar instabilidades nas relações jurídicas tributárias, na medida em que neste último julgado o STF decidiu que o ITBI não poderia ser cobrado em momento anterior ao registro do bem, em embargos de declaração em embargos de declaração em recurso extraordinário com agravo (ARE 1294969).

Ambos os temas fazem com que seja elaborado o problema que busca esse artigo discutir sobre: a necessidade ou não de que decisões judiciais fiquem vinculadas às construções lógicas utilizadas nos julgamentos do supremo tribunal federal e a sua relação com a segurança jurídica. Com o fito de estudar sobre a problemática posta, analisa-se o panorama jurisprudencial atual relacionado à cobrança do ITBI, sendo analisada a jurisprudência do STF.

O ITBI é um imposto de outorga de competência privativa dos municípios (art.156 da CF) e a incongruência jurisprudencial sobre sua instituição e cobrança abre possibilidade para que as legislações locais diverjam entre si, maculando a segurança jurídica, causando desordem e posicionando o contribuinte em situação de vulnerabilidade.

Considerando que os recursos financeiros decorrentes das cobranças dos impostos têm a finalidade de prover bens e serviços aos cidadãos, é salutar que os mecanismos de cobrança sejam rigidamente normatizados, configurando o evidente potencial de prejuízo à política fiscal caso os mecanismos de exação não sejam eficientes (HOLMES, 2019).

No capítulo primeiro pretende-se abarcar os conceitos jurídicos de imunidade, isenção e não incidência, abarcando o capítulo segundo especificamente sobre a imunidade tributária e as obrigações acessórias, noções que serão utilizadas no decorrer do artigo

para desenvoltura do problema proposto.

No capítulo terceiro, são abordados aspectos fáticos e de direito envolvidos no julgamento do Tema 796, sendo questionado o alcance da construção lógica utilizada pelo ministro do voto vencedor e sendo questionada, ainda, a extensão do caráter vinculante que a referida decisão possui, considerando a necessidade de obediência à segurança jurídica que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal deve observar.

A segurança jurídica é questão também abordada a partir da análise do Tema 1.124 do Supremo Tribunal Federal, cujo plenário virtual decidiu que revisitará a tese firmada quanto ao que seria o fato gerador do ITBI.

1.1 Imunidade, isenção e não incidência

É fundamental entender que imunidade, isenção e não incidência têm o mesmo impacto prático para o beneficiário: não pagar tributo. Uma pessoa isenta ou imune não paga o imposto sujeito à isenção ou imunidade, portanto o resultado é o mesmo (AMARO, 2013).

Para condensar a distinção entre as ideias de imunidade, isenção e não incidência, devemos primeiro compreender o que é incidência tributária. Quando uma lei institui determinado imposto, especifica os elementos materiais necessários para sua exigência e cobrança (hipóteses de incidência, sujeitos ativos, sujeitos passivos, base de cálculo e alíquota).

Observa-se que a hipótese de incidência, como aspecto fundamental da instituição de tributos, prevê na legislação uma circunstância que, se ocorrer no mundo real, resultaria em fato gerador. Consequentemente, houve uma ocorrência fiscal quando ocorreu a circunstância legal (o fato gerador ocorre).

Elencando a não incidência, pode-se citar três situações (i): a pessoa política não faz uso da competência tributária que lhe foi conferida. Podemos dizer que seria o caso de um tributo instituído “pela metade”, em que o ente não prevê todas as hipóteses de incidência capazes de gerar a tributação; (ii) a pessoa política não possui competência tributária para determinar certas situações fáticas como hipótese de incidência. Esta hipótese se refere a situações que fogem do raio de incidência daquele tributo. Por exemplo, o IPVA não pode incidir sobre bicicletas; (iii) a pessoa política é “barrada” pela CF/88. Ou seja, há certo dispositivo constitucional que inibe a possibilidade de o ente prever aquela situação como hipótese de incidência do tributo.

Observa-se desde a apresentação introdutória da questão que na imunidade, bem como em outros cenários de não incidência, o evento desencadeante não ocorre.

Além disso, devemos considerar a ideia de exceção. É uma vantagem fiscal concedida pela legislação em nome do órgão político. Em outras palavras, a isenção legal do pagamento de impostos é vista como uma escolha política.

Nesse caso, a lei que criou o imposto prevê uma hipótese de incidência e, em decorrência, o fato gerador ocorre. No entanto, o imposto não é recolhido uma vez que a isenção é uma teoria de exclusão de crédito fiscal. Não entraremos neste tópico neste momento para evitar confusão.

É fundamental entender que a isenção resulta do exercício da autoridade tributária, que o fato gerador ocorre e que surge uma obrigação tributária. Ou seja, o órgão pode co-

brar o imposto, mas opta por excluir os contribuintes por meio da elaboração de uma legislação, adotando a teoria tradicional, pois o STF tem adotado essa postura (ADI 286). Em casos de isenção, há divergência teológica sobre a presença ou inexistência de obrigação tributária.

A escola tradicional, apoiada por Amílcar de Araújo Falcão e outros, sustenta que a isenção é apenas uma isenção legal do pagamento do imposto, ou seja, quando ocorre o fato gerador, surge a obrigação tributária, mas não o crédito tributário, por sua exclusão nos termos do artigo 175, I, do Código Tributário Nacional (CTN) (FALCÃO, 2002). Essa é a posição do STF (ADI 286).

A teoria moderna reconhece que, em casos de isenção, não há ocorrência do fato gerador, não havendo, portanto, tributo devido. Nessa linha, segundo o autor Roque Antônio Carraza, a isenção pode ser descrita como uma restrição legislativa à aplicabilidade de uma lei tributária que impede a incidência de um imposto ou reduz seu impacto (CARRAZA, 2003).

A imunidade é uma delimitação da competência tributária ou, mais precisamente, uma limitação constitucional à capacidade de tributar, colocando-a ao lado dos princípios constitucionais tributários. Em outras palavras, há um limite constitucional explícito além do qual a instituição iniciadora não pode cobrar impostos. Além disso, observamos que o evento desencadeador não ocorre nesta instância (COELHO, 2020).

Nessa visão, o STF (RMS 22.192/DF) determinou anteriormente que, embora o artigo 195, seção 7 da CF/88 contenha a frase “isento”, ela deve ser interpretada como imunidade real. Note-se que, apesar de distinguirmos imunidade de não-incidência, esta situa-se dentro da ideia da primeira, ressalvando-se que estava prevista na Constituição (COSTA, 2015).

Por fim, é importante mencionar a ideia de alíquota zero, que é outro cenário em que o imposto não é cobrado. Nesse caso, o fato gerador ocorre, mas não há imposto devido, pois a alíquota é zero. Seria o caso, por exemplo, se o governo federal optasse por eliminar o Imposto de Importação sobre determinados itens críticos para o país.

DESENVOLVIMENTO

2 Imunidade e Obrigações Acessórias

Ao discutir a imunidade, nos referimos à ausência de cobrança de tributos. Portanto, afirmar que uma pessoa está imune a determinado imposto indica que o indivíduo está constitucionalmente isento de pagar o imposto.

Nesta conjuntura, torna-se imprescindível a discussão de um tema que não é o objeto principal deste estudo científico, mas que é pertinente, pois se trata da imunidade tributária. São responsabilidades fiscais. A obrigação tributária é uma obrigação do contribuinte com a Fazenda Pública, que pode ter por objeto o pagamento de tributo, mas também pode ter por objeto a apresentação de declaração ou a emissão de notas fiscais. Portanto, sempre que falamos de responsabilidades tributárias, nem sempre estamos nos referindo à responsabilidade de pagar impostos, mas sim aos deveres do contribuinte para com o tesouro.

Além disso, existem obrigações tributárias “principais”, que sempre se referem a paga-

mento (impostos ou multas tributárias), e obrigações tributárias “acessórias”, que representam outros deveres desprovidos de natureza patrimonial (faturas, declarações etc.), ou seja, são obrigações do contribuinte para com as Autoridades Fiscais que não envolvem pecúnia (dinheiro).

Os compromissos acessórios são independentes do dever principal. Consequentemente, a isenção da responsabilidade primária, seja por isenção ou por imunidade, não impede o contribuinte de continuar a cumprir responsabilidades acessórias ligadas à finalidade fiscal da vantagem fiscal conferida.

Antes de discutir a imunidade do ITBI, gostaríamos de esclarecer que, apesar de ser uma isenção constitucional do pagamento de tributos, a imunidade não isenta uma determinada empresa de tributos acessórios. Embora a pessoa jurídica tenha imunidade tributária, ela não está isenta do cumprimento de responsabilidades acessórias ou de fiscalização tributária.

2.1 Imunidade do art. 156, § 2º, I, da CF/1988

Após tão breves discussões sobre a ideia de imunidade e sobre imunidades genéricas, é necessário avaliar com maior profundidade as imunidades específicas, que estão vinculadas a um determinado imposto e, portanto, à entidade associada.

Ao conceder aos municípios a competência tributária sobre o ITBI, a Constituição Federal, além de prescrever as limitações do poder de tributar que devem ser observadas por todos os entes políticos integrantes da Federação Brasileira, também prescreveu limitações específicas para o exercício da competência tributária em relação a este imposto local.

É importante diferenciar a incorporação de imóveis a pessoa jurídica em decorrência da realização de seu capital social e a incorporação propriamente dita, que envolve a incorporação de imóveis de propriedade da pessoa jurídica anteriormente constituída na pessoa jurídica que está fazendo a incorporação.

Nessa modalidade de imunidade total, como já dissemos, a regra não protege nenhum bem ou direito que passe a fazer parte do patrimônio da pessoa jurídica, como durante uma venda. A contribuição do sócio em bens ou direitos ao capital subscrito é a única coisa que lhe confere imunidade. Esse pagamento pode ser feito tanto no início, quando a pessoa jurídica é criada, quanto posteriormente, quando o capital cresce.

A imunidade do ITBI prevista no dispositivo artigo 156, inciso 2º, I da CF/1988 é de caráter objetivo e político. Objetivos porque, ainda que beneficiem pessoas, influenciam fatos, produtos ou circunstâncias, e políticas, na medida em que não são consequência necessária de um princípio, são permitidos para defender outros valores fundamentais (COSTA, 2015).

O objetivo do regulamento é possibilitar a mobilização e desmobilização de imóveis para facilitar a constituição, transformação, fusão, cisão e dissolução de entidades civis e comerciais. Isso deve ser feito sem obstruir a circulação dos imóveis que estão associados ao ITBI em tais situações (COÊLHO, 2020).

Não é difícil supor que as ideias sustentadas pela imunidade do ITBI sejam intrínsecas à atividade econômica. Efetivamente, ao dispensar a transmissão de bens para integralização de capital subscrito, a componente procurou estimular a constituição de estru-

ras societárias essenciais ao crescimento e desenvolvimento econômico.

Nesse caso, é fundamental lembrar que a primeira economia favorecida é a economia local, que fica próxima ao órgão tributário que arrecada o imposto impactado. Isso implica que, inicialmente, a isenção do ITBI resultará em uma “perda” de receita, mas, no médio e longo prazo, provavelmente resultará em uma entrada de recursos que poderá compensar os impostos não recolhidos quando as mercadorias foram transferidas. Os municípios são os primeiros beneficiários deste retorno.

3 Caso RE 796.376 – Tema 796 Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal (STF)

3.1 Breve Exposição dos Aspectos Fáticos e de Direito Envolvidos

O Tema 796 do STF dispõe em sua ementa que a imunidade tributária prevista no artigo 156, §2º, I da Constituição Federal, dispositivo que trata sobre a não incidência do ITBI sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, tem aplicabilidade até o limite do capital social a ser integralizado. O acórdão do Recurso Extraordinário (RE) 796.376 tem como relator o ministro Marco Aurélio e como redator o ministro Alexandre de Moraes. A fundamentação utilizada por ambos para justificar seus votos, teve embasamento em diferentes perspectivas interpretativas a respeito da norma constitucional disposta no artigo 156, §2º, I da Constituição Federal.

O Ministro Marco Aurélio utilizou-se do método teleológico de interpretação das normas jurídicas relativas à imunidade, mencionando inclusive no início de seu voto que, “a verdadeira razão da lei está na finalidade para a qual editada e no exame dos fatos que para ela contribuíram” (Recurso Extraordinário 796.376, 2020, p. 07), apontando que o STF já vinha decidindo desta forma nos casos anteriores que tratavam sobre a imunidade. A fim de complementar tal argumentação, o ministro Marco Aurélio destacou que a finalidade da imunidade tributária concedida às empresas é facilitar o trânsito jurídico de bens, levando em consideração o benefício do desenvolvimento nacional gerado por elas.

De igual modo preleciona Sasha Calmon Navarro, para quem o objetivo da norma é facilitar a “mobilização dos bens de raiz e sua posterior desmobilização”, considerando tratar-se a cobrança do ITBI um “embaraço” à movimentação dos imóveis (COELHO, 2005, p.247).

A interpretação do tema das imunidades tributárias de forma teleológica busca conferir à Carta Constitucional a posição suprema que ela ocupa, na medida em que observa o objetivo da desoneração, estando em consonância com a hierarquia dos atos normativos prelecionados por Hans Kelsen.

O ministro Alexandre de Moraes, diferentemente do Marco Aurelio, optou por fundamentar seu voto a partir de uma interpretação literal do dispositivo constitucional. Sustenta o ministro Alexandre de Moraes que o reconhecimento da imunidade constitucional aos imóveis incorporados à pessoa jurídica que não fossem destinados à integralização do capital subscrito, representaria uma interpretação extensiva da norma tributária. O que significa que, de acordo com o raciocínio apresentado pelo ministro referido, que deu ensejo ao voto vencedor, só estaria imune ao ITBI a incorporação de bens ao patrimônio da pessoa jurídica em realização de capital, não estando albergado pela norma imuni-

zante a reserva de capital.

O ministro dispõe ainda que a imunidade constitucional tratada na primeira parte do artigo 156, §2º, inciso I da CF é incondicionada, sendo a exceção da atividade preponderante da adquirente, lógica aplicada apenas às operações societárias de fusão, incorporação, cisão ou extinção da pessoa jurídica. Retirando assim, a necessidade de observância da atividade preponderante da empresa. Neste ponto funda-se a problemática ora trazida. Desta forma, qual seja, ser a imunidade constitucional descrita na primeira parte do artigo 156, §2º, I, incondicionada, preleciona o doutrinador Kiyoshi Harada, ao dispor que a imunidade referida na primeira parte do inciso I seria autoaplicável, afirmando que “[...] não se pode confundir a incorporação de bens imóveis por conferência de capital com a incorporação de bens imóveis decorrente de incorporação de pessoa jurídica de que cuida a segunda parte do inciso I, do §2º do artigo 156 da CF” (HARADA, 2021, p. 64).

Dispõe ainda Kiyoshi Harada (2016, n.p):

Logo, tratando-se de transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, a imunidade é incondicional, não tendo sentido a verificação das condições previstas na parte final do inciso I do §2º do artigo 156 da CF, como quer parcela da doutrina e da jurisprudência

Tendo em vista que o voto vencedor do ministro Alexandre de Moraes deu visibilidade para um eventual caráter autoaplicável da imunidade tributária tratada no artigo 156, §2º, inciso I da CF, indaga-se o alcance do argumento que imputa à imunidade constitucional a natureza incondicionada, muito embora tal construção lógica não esteja descrita na ementa do Tema 796 e nem tenha sido o objeto central do julgado.

Considerando que o Tema 796 trata-se de precedente importante sobre a temática do ITBI, é mister que seja problematizada a existência de conteúdo decisório não observado pelos entes tributantes e pelos demais tribunais, tendo sido esta a discussão pretendida pelo item abaixo.

3.2 O alcance da construção lógica dos ministros do Supremo Tribunal Federal na elaboração da tese

Primeiramente, cumpre informar que o conceito de construção lógica adotado diz respeito à argumentação utilizada pelos ministros em seus votos para que se chegue à ementa, decisão cujo caráter vinculante é debatido.

Considerando que o ministro redator Alexandre de Moraes, cujo voto foi o vencedor, dispôs que a imunidade do ITBI quanto à incorporação de imóvel ao patrimônio da pessoa jurídica não depende da preponderância da atividade empresarial para sua concessão, mister se faz discorrer sobre a vinculação desta afirmação proferida dentro do acórdão do Tema 796, tendo em vista que se trata de construção lógica do condutor da decisão majoritária de um caso selecionado como representativo de controvérsia.

O Supremo Tribunal Federal é um órgão julgador responsável pela uniformização da jurisprudência e pela promoção da segurança jurídica, motivo pelo qual é assertivo dizer que o conteúdo dos votos proferidos pelos ministros tem o condão de direcionar as futuras decisões a serem proferidas pelos tribunais pátrios, não sendo entendido de for-

ma diferente pelos ilustres doutrinadores Fredie Didier Jr., Paula S. Braga e Rafael A. de Oliveira, ao disporem que “[...] as razões de decidir do precedente é que operam a vinculação: extrai-se da ratio decidendi, por indução, uma regra geral que pode ser aplicada a outras situações semelhantes”(BRAGA et al, 2016, p. 460).

Embora as decisões emanadas pelo Supremo Tribunal Federal estejam imbuídas de caráter vinculante (artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015) e desempenhem importante papel nas relações jurídicas, não se pode olvidar que o nosso país dispõe de um sistema jurídico denominado civil law, cuja lei é seu objeto central. Portanto, nem sempre a importância de seguir a argumentação utilizada pelos ministros é observada pelos entes responsáveis pela tributação.

Em que pese os entes responsáveis pela tributação nem sempre observem a argumentação utilizada pelos ministros, o sistema de precedentes do referido órgão é utilizado por ele como parâmetro de decisão em casos semelhantes que surjam posteriormente, exurgindo sobre a extensão do caráter vinculante da argumentação do ministro Alexandre de Moraes ao dispor que a imunidade prevista na primeira parte do artigo 156, §2º, I é incondicionada.

Sobre o tema, dispõe a doutora Adriana de Moraes Vojvidick (2012, p. 206):

Não é levado em consideração, assim, o raciocínio desenvolvido na fundamentação dos precedentes e nem são admitidas generalizações a partir do que foi decidido anteriormente. O apoio nos precedentes limita-se, na grande maioria das vezes, unicamente ao que foi apresentado como decisão final, no dispositivo dos casos precedentes. Dentro da diferenciação feita no início da tese, esse modo de tratar os precedentes aproxima-se de uma visão positivista de precedente, que atribui autoridade e vinculabilidade aos precedentes unicamente no que se refere ao fruto do raciocínio desenvolvido pelo julgador, e não ao raciocínio em si mesmo.

Já Kiyoshi Harada preleciona que a tese oriunda do Tema 796 firmou que “[...] as restrições à imunidade referem-se apenas aos casos de incorporação, fusão, cisão ou extinção da pessoa jurídica”, tendo em vista que neste sentido julgou o condutor da decisão majoritária Alexandre de Moraes (HARADA, 2016, n.p).

Assim como a decisão final do Tema 796 não consagrou em sua ementa a incondicionalidade da imunidade constitucional do artigo 156, §2º I da Constituição, principalmente porque o caso que deu ensejo ao respectivo Tema não possuía a atividade preponderante da empresa como cerne da questão, surge como uma indagação a ser esclarecida a vinculação ou não da construção lógica do voto do ministro vencedor para elaboração de sua tese final.

A fim de discorrer sobre o caráter vinculativo de determinado argumento utilizado por um tribunal superior, cabível mencionar sobre o conceito de ratio decidendi, que Luiz Guilherme Marinoni (2016, p. 207) destaca dois pontos sobre, sendo: “[...] a identificação dos fatos do caso, já que a ratio seria a decisão a respeito deles, e outro, com as razões que embasam a conclusão. Marinoni (2016, p. 207) dispõe ainda:

A ratio decidendi, no common law, é extraída ou elaborada a partir dos elementos da decisão, isto é, da fundamentação, do dispositivo e do relatório. Assim, quando relacionada

aos chamados “requisitos da sentença”, ela certamente é “algo mais”. E isso simplesmente porque, na decisão do common law, não se tem em foco somente a segurança jurídica das partes – e, assim, não importa apenas a coisa julgada material –, mas também a segurança dos jurisdicionados, em sua globalidade. Se o dispositivo é acobertado pela coisa julgada, que dá segurança à parte, é a ratio decidendi que, com o sistema do stare decisis, tem força obrigatória, vinculando a magistratura e conferindo segurança aos jurisdicionados.

Esclarece-se que a ratio decidendi é um instituto presente em países que adotam a common law, não havendo correspondência no Brasil. Apesar disso, a análise da ratio decidendi torna-se relevante na medida em que nosso país importa noções jurídicas daquele sistema, sendo evidente o impacto desta importação em nossa doutrina e jurisprudência.

Ou seja, a partir dos motivos que determinaram e/ou fundamentaram a decisão final do(s) julgador(es), extrai-se a ratio decidendi, que seria a parcela da fundamentação de observância obrigatória.

A observância obrigatória dos elementos do voto condutor da decisão majoritária é um ponto a ser melhor esclarecido pela doutrina e jurisprudência, tendo em vista que:

- a) a condicionalidade da imunidade do ITBI à atividade preponderante não era a questão central do caso concreto que deu ensejo ao RE 796.376/SC;
- b) a ementa/decisão final do Tema 796 nada menciona sobre a primeira parte do artigo 156, §2º, I ser ou não incondicionada.

3.3 Segurança Jurídica e o Panorama Jurisprudencial Atual do ITBI

Além das análises que podem ser depreendidas do teor do julgamento do tema 796, quanto à vinculação de um precedente e do conteúdo que o compõe, este não é o único julgado oriundo do tribunal superior que enseja debates no âmbito do ITBI e ameaçam a segurança jurídica prezada pelo inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição.

Duas foram as divergências geradas por um posicionamento recente do STF (agosto de 2022), que inclinou-se em sentido diverso do que anteriormente sua própria jurisprudência havia firmado, quanto ao momento da cobrança do ITBI e quanto ao fato gerador do imposto sobre transmissão inter vivos de bens imóveis.

O tema 1.124 do STF firmou, em fevereiro de 2021, a tese de que a efetiva transferência da propriedade é o fato gerador do ITBI, que se daria mediante registro em cartório (STF, 2021, n.p).

Entretanto, o mesmo Tribunal, em agosto de 2022, acolheu segundos embargos de declaração opostos pelo município de São Paulo, que insatisfeito com a tese firmada em fevereiro de 2021, arguiu que o processo em questão tratava de apenas uma das três hipóteses de incidência de ITBI trazidas pelo artigo 156, II da CF. Assim, decidiu o STF re-visitado a questão atinente ao fato gerador do ITBI, reconhecendo que a tese firmada no Tema 1.124 não versava sobre a hipótese de incidência de ITBI relativa à cessão de direitos sobre a aquisição de bem imóvel, também prevista no artigo 156, II da Constituição, mas tão somente tratava sobre a efetiva transmissão do bem (CONSULTOR JURÍDICO, 2022, n.p).

Embora o tema 1.124 não seja o julgado a que este artigo esteja dando enfoque, a menção da problemática trazida por ele é imprescindível para demonstração de que o STF vem decidindo de forma polêmica quanto ao tema atinente ao ITBI, reiterando a necessidade do debate sobre a segurança jurídica.

Ocorre que, a dissonância entre o que fora decidido pelo Tema 1.124 e o posicionamento adotado pelo Tribunal em agosto de 2022, gera instabilidade nas relações jurídico-tributárias entre os contribuintes e os cartórios e municípios, o que significa que o STF maculou sua imagem enquanto um Tribunal que seria responsável por uniformizar a jurisprudência e promover a segurança jurídica.

A instabilidade jurídica decorre da dúvida que paira sobre a cessão de direitos ser ou não uma modalidade de negócio apta a ensejar a cobrança do ITBI e, sobre o momento da cobrança do ITBI, considerado anteriormente, indevida a cobrança em momento anterior ao registro do bem no cartório.

Com o julgamento do Tema 1.124 acreditou-se que a mera cessão de direitos não seria operação hábil a ensejar a cobrança do ITBI, pois não haveria transferência de propriedade, nos termos do artigo 1.225 do Código Civil, tendo a ementa do referido tema postulado o seguinte:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS - ITBI. FATO GERADOR. COBRANÇA DO TRIBUTOS SOBRE CESSÃO DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. EXIGÊNCIA DA TRANSFERÊNCIA EFETIVA DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA MEDIANTE REGISTRO EM CARTÓRIO. PRECEDENTES. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. ERRO MATERIAL. INOCORRÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESPROVIDOS (BRASIL, 2021, p. 01).

Assim, a reanálise do tema quanto ao que de fato seria o fato gerador apto à cobrança do ITBI, bem como quanto à possibilidade de mudança do momento da cobrança do referido imposto, representa não observância à linha argumentativa da decisão (ratio decidendi) anteriormente proferida e reacende a questão tratada em item anterior, sobre a extensão da vinculação da construção lógica utilizada pelos ministros em seus votos. Por todo exposto, demonstra-se prejudicada a obrigatoriedade de observância à linha de raciocínio utilizada pelos ministros em seus votos.

3.4 Análise Crítica Dos Votos Proferidos no Tema 796

A interpretação dos enunciados normativos e da construção lógica utilizada até que seja firmada a tese final, é também objeto de estudo da hermenêutica jurídica, ramo da teoria geral do direito que inclina-se a “atribuir valores aos símbolos” (CARVALHO, 2018, p. 204). A atribuição de valores aos referidos símbolos pode se dar por intermédio de inúmeras referências que, ao serem utilizadas, prezam pela aproximação ao dado jurídico que pretende ser conhecido.

Os métodos de interpretação abarcados pela hermenêutica jurídica e aplicados no jul-

gamento do Tema 796 do STF pelos ministros Marco Aurélio e Alexandre de Moraes basearam-se na teleologia e na literalidade, respectivamente, evidenciando que o ato de elaboração da justificativa dos votos dos ministros é atividade que requer dedicação ao universo das linguagens e dos métodos, a fim de construir o sentido das normas.

Exerceram os ministros Marco Aurélio e Alexandre de Moraes o papel de hermeneutas, ao discorrerem seus modos de compreensão da norma jurídica extraída do artigo 156, §2º, I da Constituição Federal.

O ministro Alexandre de Moraes utilizou-se do método gramatical de interpretação para firmar tese no sentido de que a imunidade em relação ao ITBI não alcança o ágio, tendo considerado que o sentido da norma encontrava-se expresso no próprio texto. Tal forma literal de interpretação é criticada por Hugo de Brito Machado Segundo, para quem, caso a interpretação meramente gramatical da norma jurídica fosse suficiente, a “[...] atribuição do título de bacharel em Direito seria suficiente para a alfabetização, e todo ‘doutor do ABC’, aos seis anos de idade, seria, também, doutor em Direito” (MACHADO SEGUNDO, 2014, p. 39).

O autor Paulo de Barros Carvalho também critica o método de interpretação puramente literal, ao atribuir a este método a pretensão do hermeneuta em “cortar o problema, ofertando soluções simplistas e descomprometidas”, para quem a incursão pelo sistema normativo é fundamental para o exercício do direito, prelecionando ser uma ilusão a ideia de que as regras do direito podem ser consideradas de forma isolada (CARVALHO, 2011, p. 72).

Já o ministro Marco Aurélio não reduziu sua interpretação à gramática do texto trazida pela Constituição, mas lançou mão de forma de interpretação que leva em consideração a inteireza do ordenamento jurídico pátrio, extraindo da letra da lei o espírito que paira na norma jurídica, destacando a finalidade para a qual a lei foi editada e os fatos que para com ela contribuíram.

Os esforços interpretativos empreendidos pelos juristas geram instabilidade jurídica quando, ora literal e ora teleológico, não se posicionam em mesma direção e, ainda, quando não consideram ser o direito um ramo a ser compreendido em conformidade com seus princípios lógicos e racionais, que no caso do Tema 796, seria a facilitação do trânsito jurídico dos bens, considerando o ganho social advindo do desenvolvimento.

A interpretação é atividade inesgotável e complexa, cujo hermeneuta sofre influências externas linguísticas e culturais em seu desenvolvimento, sendo o estudo destas formas de construções lógicas importante objeto de estudo para melhor compreensão do julgamento do Tema 796.

CONCLUSÃO

“Precedentes são decisões anteriores que podem fornecer razões e bases para novas decisões” (VOJVODIC, 2012, p.224). Este artigo observou dois julgamentos de tribunais superiores que tratam sobre a cobrança do ITBI, o Tema 796 do STF e o Tema 1.124 do STJ, tendo como justificativa a importância da segurança nas relações jurídico-tributárias.

Considerando a precariedade do instituto da segurança jurídica no panorama jurisprudencial atual relacionado ao ITBI, ambos os julgamentos ora analisados permitem que seja afirmado que é limitado o alcance das construções lógicas elaboradas nos votos

dos ministros, não devendo haver expectativa quanto à observância de tais lógicas nos demais precedentes pátrios.

Na apreciação do Tema 796, o STF permite que os municípios imponham ITBI sobre o quantum que exceder o valor vinculado à integralização do capital social de pessoas jurídicas, em clara mitigação das restrições do artigo 156, § 2º, I, do Código Fiscal de 1988. O precedente, por outro lado, não apenas explica como o imposto incide sobre a transmissão de bens ou direitos integrantes do patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital quando o valor desses bens for superior ao valor integralizado, mas também esclarece qualquer confusão sobre como a exceção do inciso I, in fine, do 2º, do artigo 156 da Constituição se aplica à imunidade do parágrafo primeiro (LAURINDO, 2021).

É evidente que as técnicas de interpretação jurídica, que derivam da teoria hermenêutica, são ferramentas cruciais no processo de construção do sentido dos textos jurídicos que constituem o direito positivo. Isso se deve ao fato de que, dependendo da abordagem escolhida pelo sujeito conhecedor, o resultado de sua aplicação em uma determinada instância tende a variar (DAS NEVES, 2021).

Assim, os procedimentos de interpretação não conduzem a uma interpretação única, mas organizam o processo do sujeito cognoscente construindo o sentido da norma jurídica. Portanto, as inclinações do hermeneuta o auxiliam na interpretação da dogmática jurídica (DAS NEVES, 2021).

Um exame mais atento das intenções dos constituintes, das finalidades extrafiscais das regras imunizantes e, principalmente, das dificuldades de empreender no Brasil, aliadas à diversidade cultural e à pluralidade de realidades em tão vasto território, leva à conclusão de que os debates não terminam com um veredicto sobre os méritos do tema (LAURINDO, 2021).

Portanto, os fiscos municipais passam a ter competência para aplicar o imposto, apesar de regras próprias definidas no exercício de sua competência tributária, sendo provável que haja um período de amplo e aprofundado debate nos tribunais, que poderia resultar em que o Supremo Tribunal fosse convidado a ponderar sobre a questão mais uma vez.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 176.

BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.v.2, p. 460.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). RE 796.376/SC.[...] IMPOSTO DE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS – ITBI. IMUNIDADE PREVISTA NO ART. 156, § 2º, I DA CONSTITUIÇÃO. APLICABILIDADE ATÉ O LIMITE DO CAPITAL SOCIAL A SER INTEGRALIZADO [...]. Relator: ministro Marco Aurélio, 5 ago. 2020. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 24 ago. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/>

sjur429670/false. Acesso em: 08 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 1294969. IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS - ITBI. FATO GERADOR. COBRANÇA DO TRIBUTO SOBRE CESSÃO DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. EXIGÊNCIA DA TRANSFERÊNCIA EFETIVA DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA [...]. Relator: ministro Luiz Fux, 11 fev. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345685716&ext=.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2022.

CARRAZA, Roque Antônio. ICMS. 9ª Edição. Editora Malheiros. 2003

CARVALHO, Paulo de Barros. Derivação e Positivção no Direito Tributário- Vol. 1. 1. ed. Noeses: São Paulo, 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário: linguagem e método. 7. ed. São Paulo: Noeses, 2018, p. 204.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de direito tributário brasileiro. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 98.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Comentários à Constituição de 1988–sistema tributário. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CONSULTOR JURÍDICO. STF decide reanalisar tese sobre fato gerador do ITBI em cessão de direitos. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-ago-29/stf-rever-tese-fato-gerador-itbi-cessao-direitos#:~:text=O%20caso%20trata%20da%20incid%C3%Aancia,firmar%20tese%2C%20que%20car%C3%Alter%20vinculante>. Acesso em: 13 set. 2022.

COSTA, Regina Helena. Imunidades tributárias. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 143.

DAS NEVES, Letícia Borges. A imunidade do ITBI na integralização de capital e a interpretação do STF no RE 796.376/SC. Revista Tributária e de Finanças Públicas, v. 147, p. 211-232, 2021.

FALCÃO, Amílcar de Araújo. Fato gerador da obrigação tributária. 6ª Edição. 2002., p. 66

HARADA, Kiyoshi. ITBI: Doutrina e Prática. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. EPUB.

HARADA, Kiyoshi; HARADA, Marcelo Kiyoshi. Código Tributário Nacional comentado. 6. ed. São Paulo: Rideel, 2021.p.64.

JÚNIOR, D. J. F. Revisitando o ITBI e Algumas de Suas Controvérsias. Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo, v. 147, n. 28, p. 67-94, ago./2021.

LAURINDO, Deise Saccaro. Imunidade Tributária do ITBI e os Reflexos do Tema 796 de Repercussão Geral. Revista Direito Tributário Atual, n.47. p. 147-166. São Paulo: IBDT, 1º semestre 2021. Quadrimestral

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Processo Tributário. 7. ed. Atlas: São Paulo: 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NÉAS, Fillipe Leal Leite. Imunidade do itbi na integralização de capital. Revista de Doutrina Jurídica, Brasília, DF, v. 112. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/661>. Acesso em: 08 ago. 2022.

NEVES, Letícia Borges. A Imunidade do ITBI na Integralização de Capital e a Interpretação do STF no RE 796.376/SC. Revista Tributária e de Finanças Públicas. v. 147.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 286. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1500094>. Acesso em 20 jul. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Cobrança de ITBI só é possível após transferência efetiva do imóvel. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?id-Conteudo=460486&ori=1>. Acesso em: 13 set. 2022.

VOJVODIC, Adriana de Moraes. Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro. 2012. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO MARANHÃO

ABUSIVE CONSTITUTIONALISM IN THE JUDICIALIZATION OF HEALTH IN MARANHÃO

Felipe Costa Camarão

Sérgio Felipe de Melo Silva

RESUMO

No presente estudo analisa-se a judicialização da saúde pública no Maranhão, através da análise das ações judiciais protocoladas entre 2014 e 2021 em face do Hospital Universitário da Universidade Federal do Maranhão, órgão do Sistema Único de Saúde, visando definir se o Poder Judiciário tem praticado ou não uma espécie de constitucionalismo abusivo. Para tanto, empreendeu-se uma análise de conteúdo, na matriz Bardin, dos dados extraídos das ações judiciais relacionadas à judicialização da saúde pública ajuizadas contra o HUUFMA, tendo-se como vetor de análise referências bibliográficas de certificada relevância científica que tratam do constitucionalismo abusivo, da teoria geral dos direitos fundamentais, da judicialização da saúde e do direito fundamental à saúde no Sistema Único de Saúde. Trata-se de pesquisa qualitativa e quantitativa, de caráter retrospectivo e prospectivo, visto que busca analisar e compreender um fenômeno jurídico através dos dados colhidos. É, ainda, exploratória-descritiva, porquanto visa aprofundar a compreensão acerca do fenômeno jurídico descrito na pesquisa. Operou-se o raciocínio dedutivo. Sob tal enfoque, observou-se que há elevado grau de constitucionalismo abusivo na atuação do Poder Judiciário nas demandas relacionadas à judicialização da saúde pública no Maranhão.

Palavras-chave: Direito à saúde; Judicialização da Saúde; Constitucionalismo abusivo.

ABSTRACT

In the present study, we analyze the judicialization of public health in Maranhão, through the examination of lawsuits filed between 2014 and 2021 against the University Hospital of the Federal University of Maranhão, an entity of the Unified Health System (Sistema Único de Saúde), aiming to determine whether the Judiciary has been practicing a form of abusive constitutionalism. To do so, we conducted a content analysis, following the Bardin framework, of data extracted from lawsuits related to the judicialization of public health brought against HUUFMA, using as an analytical framework bibliographical

references of certified scientific relevance that address abusive constitutionalism, the general theory of fundamental rights, the judicialization of health, and the fundamental right to health within the Unified Health System. This is a qualitative and quantitative research, both retrospective and prospective, as it seeks to analyze and comprehend a legal phenomenon through the collected data. It is also exploratory-descriptive, aiming to deepen the understanding of the legal phenomenon described in the research. We employed deductive reasoning. Under this perspective, it was observed that there is a high degree of abusive constitutionalism in the actions of the Judiciary in cases related to the judicialization of public health in Maranhão.

Keywords: Right to health; Judicialization of Health; Abusive constitutionalism.

INTRODUÇÃO

“A saúde é um direito de todos e dever do Estado”, prescreveu de forma imperiosa e inafastável o constituinte originário na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), fazendo o estado de completo bem-estar físico, mental e social uma prerrogativa fundamental dos brasileiros e um denso, amplo e inafastável dever dos entes da federação.

Em abstrato, cuida-se de mandamento claro e preciso. Traduz-se no dever estatal de promover em favor dos administrados as prestações positivas e negativas necessárias à promoção, proteção e garantia da saúde.

Na prática, contudo, após mais de três décadas de vigência, revelou-se regra imprecisa e de efetivação agudamente complexa, por cingir-se à disposição de um largo, denso e custoso plexo de prestações à população de dimensão continental de um país ainda incapaz de empregar os recursos públicos de forma eficiente e proba.

Como resultado, tem-se que apoiados no direito universal à saúde, prescrito no art. 196 da CRFB, um quantitativo vultuoso e ainda crescente de brasileiro têm buscado, perante o Poder Judiciário a efetivação do (que acreditam ser) seu direito à saúde, em face do Sistema Único de Saúde (SUS).

A literatura empreendida pelos estudiosos dessa judicialização da saúde pública demonstra que essa intervenção impacta profundamente a execução dos serviços públicos de saúde perfomados pelo SUS, operando como valioso e imprescindível instrumento de custódia da dignidade da pessoa humana, mas também como fator de erosão do sistema, causando sérios danos à saúde dos usuários SUS, porquanto serve à salvação de uns, contudo à vulneração da saúde de outros, haja vista que o emprego irracional de recursos em casos particulares implica na rápida escassez dos mesmos.

Isso porque, segundo os autores que sustentam essa tese, há amplo e irracional deferimento judicial dos pedidos formulados pelos potenciais usuários do SUS em face do sistema, o que cria embaraços e obíces à efetivação das políticas públicas de saúde em perspectiva coletiva, porquanto a intervenção judicial na saúde pública até aqui praticada pelos magistrados brasileiros têm privilegiado somente a dimensão individual e judicializada desse direito fundamental.

Ante esse cenário, a partir dos dados depreendidos de pesquisa de campo perfomada no Hospital Universitário da Universidade Federal do Maranhão (HUUFMA) e na Seção

Judiciária do Maranhão do Tribunal Regional Federal da Primeira Região (TRF-1/SJMA), tratados mediante revisão bibliográfica e documental, do tipo qualitativa, operada sob o método dedutivo e a técnica de pesquisa batizada de análise de conteúdo, buscou-se resposta à questão: há uma efetivação judicial abusiva do direito à saúde no Maranhão? A coleta de dados foi realizada por meio de busca ativa junto ao setor jurídico do Hospital Universitário da Universidade Federal do Maranhão, da Advocacia Geral da União e da Seção Judiciária da Justiça Federal no estado do Maranhão com o intuito de quantificar o número de Ações Judiciais em trâmite nas varas federais da cidade de São Luís. Os dados foram coletados utilizando-se questionários padronizados e de acordo com o órgão visitado, com questionamentos que permitiam uma investigação coerente com a proposta do estudo.

O questionário abordou a caracterização do processo por natureza, autoria, embasamento do autor, representação legal, solicitações, embasamento do réu (HUUFMA), e decisão judicial (argumentos, embasamento legal e resultado).

No estudo, somente foram considerados como critérios de inclusão as demandas judiciais promovidas em desfavor do HUUFMA, referentes ao acesso à saúde nas diferentes modalidades de atendimento e competência do HUUFMA, promovidas perante a Seção Judiciária da Justiça Federal do Estado do Maranhão – Tribunal Regional Federal da 1ª Região, com ou sem decisão liminar ou antecipação de tutela, que tenham sido iniciados a partir de 2014 e sentenciadas, em 1ª instância, de janeiro de 2014 até dezembro de 2021.

Não foram incluídas demandas judiciais iniciadas e/ou sentenciadas em período anterior a 2014 ou posterior a 2021, ou que tenham sido processadas em Seções Judiciárias diversas da Justiça Federal do Estado do Maranhão – Tribunal Regional Federal de 1ª Região. Excluiu-se também processos que não continham sentença em 1º grau ou que tenham réu diverso do HUUFMA.

O processamento e análise dos dados serão realizados na 12ª versão do STATA (Data Analysis and Statistical software). O nível de significância será estabelecido em 5% ($p < 0,05$). Para a análise estatística, inicialmente será realizada uma análise descritiva. As variáveis quantitativas serão apresentadas por meio de média e desvio padrão, e as qualitativas por frequências e percentagens com intervalo de confiança de 95% (IC 95%). Já para os dados qualitativos será utilizada a técnica de análise de conteúdo, na matriz de Laurence Bardin, segundo a qual é feita identificação das relações entre os casos oriundos do fenômeno da judicialização, e interpretando-os a partir de modelos conceituais pré-existentes ao estudo. Portanto foi elaborada uma matriz para consolidação dos dados e a partir dela são categorizadas as informações colhidas nos autos dos processos judiciais selecionados para explicitar as informações codificadas.

1. CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO

Uma das principais questões da teoria constitucional contemporânea é a instrumentalização das constituições como mecanismo de efetivação da “vontade” dos seus interpretes e aplicadores, ao invés de servi-lhes como marco irremovível de suas sentenças e votos.

Aponta-se como causas desse problema a rigidez seletiva e a amplíssima maleabilidade

das normas constitucionais.

As alterações constitucionais podem incidir de maneira mais flexível. Entretanto, esta flexibilidade pode ser problemática, visto que em muitos casos, a doutrina pode ser interpretada de modo muito amplo, atrapalhando a aplicação de uma política democrática comum, enquanto em outro extremo os tribunais são limitados de modo a tornar a doutrina impossível de aplicar (ISSACHAROFF, 2007).

Trata-se do constitucionalismo abusivo, que consiste na utilização de mecanismos de alteração e aplicação das normas constitucionais para um determinado fim de natureza particular (HOLMES, 1995).

Na literatura há diversos exemplos de constitucionalismo abusivo ligados à dominação política perpetrada por certos grupos nacionais, que apropriam-se da Constituição e a tornam um mecanismo de perpetuação no poder (POSADA-CARBÓ, 2011; BERNAL, 2013).

Elas demonstram que as alterações constitucionais e aplicação de suas normas podem ser utilizadas para dismantelar ou fortalecer as instituições, conforme o interesse de quem detém tal poder (DIXON, 2011). No caso do constitucionalismo abusivo de cunho político, a reescrita da Constituição deu aos grupos que visavam a perpetuação no poder a oportunidade de enfraquecer algumas instituições. Ao mudar de uma ordem constitucional para outra, os governantes podem argumentar que os atuais titulares de cargos nestas instituições já não detêm um controle suficiente e podem ser substituídos. Dessas experiências, depreende-se que as ordens constitucionais devem estar abertas à mudança por várias razões, incluindo a mudança tecnológica e social, ou simplesmente mudanças profundamente enraizadas nos valores e interesses de uma população. Contudo, aplicação e inovação das normas constitucionais deve dar-se com certo grau de rigidez e racionalidade, porquanto se assim não for podem vulnerar a Constituição à dominação por um certo grupo ou uma dada mentalidade, que poderá fazê-la um instrumento de ineficácia de si mesmo (DIXON, 2011).

As alterações constitucionais e/ou a aplicação irracional de suas normas podem enfraquecer as instituições e permitir a construção de um campo de jogo desigual, seja no campo político, seja no campo da efetivação dos direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito à saúde (EPSTEIN e SHVETSOVA, 2001).

Em um ordenamento rígido, o limiar básico de alteração constitucional é bastante baixo e a proteção das partes essenciais da ordem democrática podem ser protegidas por dois métodos diferentes: limiares de alteração escalonados e a doutrina das alterações constitucionais inconstitucionais. O primeiro método utiliza disposições textuais para reforçar disposições vulneráveis. O segundo permite aos tribunais anular alterações constitucionais. Ambos os mecanismos se tornaram bem conhecidos no direito constitucional comparado como formas de defender a ordem democrática contra ameaças internas (LINZ, 1994).

A doutrina das alterações inconstitucionais-constitucionais destina-se a preencher estas lacunas, dando aos tribunais um instrumento mais flexível para responder às práticas constitucionais abusivas. Além disso, a justificação teórica para um controle rigoroso das alterações constitucionais sugere uma distinção entre alteração constitucional e substituição constitucional que não se sustenta na prática (LINZ, 1994).

Ambas são suscetíveis de práticas constitucionais abusivas, assim, a doutrina das emen-

das constitucionais inconstitucionais só é suscetível de ser eficaz se for acompanhada de restrições à substituição constitucional, entretanto tais restrições raramente existem. O que torna muito distante um sistema coerente de controle da mudança constitucional (LINZ, 1994).

Na seara da efetivação do direito fundamental à saúde, o constitucionalismo abusivo perfaz-se na distribuição irracional de decisões concessivas, incompatíveis com o necessário alinhamento do deferimento do pleito individual à capacidade do sistema de provê-lo, sem causar-lhes danos.

A noção hiperbólica do direito à saúde, que desconsidere as regras de promoção das prestações indispensáveis à saúde através do SUS, como, por exemplo, a comprovada eficácia daquilo que se pede ou a harmonização dos custos à capacidade financeira do sistema é, certamente, uma feição do constitucionalismo abusivo. Porquanto trata-se de modelar a norma constitucional à uma intenção particular que, ainda que bem intencionada, é uma espécie de “corrupção” do sistema de prestação de um serviço público. É comum juízes, e os dados demonstram isso, juízes deferirem demandas impossíveis, sem amparo científico ou excessivamente onerosa, com base no art. 196, da CRFB. Contudo, ainda que na intenção de “salvar uma vida”, fazê-lo é modelar a norma constitucional à intenção particular.

2. DIREITO À SAÚDE NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Os direitos fundamentais são todas as “posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância, integrados ao texto constitucional” (SARLET, 2015, p. 78).

Tratam-se de direitos subjetivos, individuais ou coletivos, positivos ou negativos, conformadores dos fundamentos da República Federativa do Brasil, e indispensáveis à concretização dos objetivos fundamentais da RFB (ALEXY, 2015).

Conferem, aos seus titulares, a faculdade de exigir, inclusive judicialmente, dos seus destinatários (os entes obrigados a concretizá-los), a efetivação das posições jurídicas que lhes outorga (SARLET, 2015, p. 160).

Não se restringem à essa função primária de direitos subjetivos. Os direitos fundamentais são, também, “decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva (...), com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos” (SARLET, 2015, p. 149). Constituem uma ordem objetiva de valores, materialmente coesa às premissas da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade, que irradiam diretrizes e impulsos de observância inafastável, para todos os entes públicos e privados (SILVA, 2005, p. 42).

Em razão disso, os direitos fundamentais “devem ter sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista, (...) mas também sob o ponto de vista da sociedade (...), já que se cuida de valores e fins que esta deve respeitar e concretizar (SARLET, 2015, p. 151). Em outras palavras, não devem ser considerados “exclusivamente sob perspectiva individualista, mas, igualmente, que o bem tutelam seja vista como um valor em si, a ser preservado e fomentado” (MENDES e BRANCO, 2014, p. 167).

Por via oblíqua, o exercício dos direitos subjetivos é absolutamente dependente da sua conexão com os núcleos essenciais dos direitos fundamentais, tanto no que tange a

possibilidade de exercê-lo quanto a extensão do exercício (ALEXY, 2015).

O rol dos direitos fundamentais é, também, “uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente” de concretizá-los e realizá-los, através prestações positivas e negativas (SARLET, 2015, p. 152).

Mas não só. Os direitos fundamentais estabelecem para o Estado, ainda, o dever de “proteção dos direitos fundamentais contra agressões dos próprios poderes públicos, provenientes de particulares ou de outros Estados” (MENDES e BRANCO, 2014, p. 168).

Esta tarefa obriga o Estado “adotar medidas positivas das mais diversas naturezas (por exemplo, por meio de proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal etc.), com objetivo precípua de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais”. Dentre as incumbências daí decorrentes, importante destacar a de constituir normas e instituições vocacionadas à formatação de um sistema “organizacional e procedimental que auxilie na efetivação da proteção dos direitos fundamentais, de modo a se evitem os riscos de uma redução do significado do conteúdo material deles (SARLET, 2015, p. 155-156).

Com base nessa premissa, a doutrina chegou à conclusão de que os direitos fundamentais dispensam a seus titulares direitos à organização e procedimento, que lhe dá direito, por exemplo, “à criação de determinadas normas procedimentais”; à “determinada interpretação e aplicação concreta de normas procedimentais”; à “proteção jurídica efetiva”; etc. (ALEXY, 2015, p. 470 e ss.).

No mais, os direitos fundamentais também são fundamento de validade e vetor hermenêutico dos princípios e regras infraconstitucionais (ALEXY, 2015). As normas que os instituem “constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controle, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais (CANOTILHO, 2003, p. 349).

Em que pese a potente eficácia dos direitos fundamentais, estes não são absolutos, são restringíveis. Contudo, não são como qualquer um dos outros desprovidos de fundamentalidade. Em que pese sejam restringíveis, não estão à mercê do livre convencimento dos poderes públicos e dos entes privados quanto sua efetivação (SARLET, 2015). Os direitos fundamentais somente podem ser restringidos em razão de ordem emanada por outra norma constitucional (restrição diretamente constitucional) ou por ato normativo infraconstitucional cuja edição deu-se em obediência à regra ou princípio constitucional (restrição indiretamente constitucional). Em ambas as hipóteses, é imprescindível que a restrição dê-se conforme as regras de competência, procedimento e forma cabíveis ao caso (ALEXY, 2015).

eventuais limitações dos direitos fundamentais somente serão tidas como justificadas se guardarem compatibilidade formal e material com a Constituição. Sob perspectiva formal, parte-se da posição de primazia ocupada pela Constituição na estrutura do ordenamento jurídico, no sentido de que suas normas, na qualidade de decisões do poder constituinte representam atos de autovinculação fundamental-democrática que encaixam a hierarquia normativa imanente ao sistema. No que diz respeito à perspectiva material, parte-se da premissa de que a Constituição não se restringe a regulamentar formalmente uma série de competências, mas estabelece paralelamente, uma ordem de princípios substanciais, calcados essencialmente nos valores da dignidade da pessoa humana e na proteção dos direitos fundamentais que lhe são inerentes (SARLET, 2015,

p. 413).

Quanto a extensão da restrição, conquanto não haja unanimidade a respeito, doutrina majoritária e o Supremo Tribunal Federal adota como limite aos limites dos direitos fundamentais o seu núcleo essencial. Sartlet (2015), Alexy (2015), por exemplo, posicionam-se nesse sentido. Assim como o STF, que diversos julgados adotou essa tese como razão de decidir.

O núcleo essencial do direito fundamental à previdência social é imprescritível, irrenunciável e indisponível, motivo pelo qual pode ser exercido a qualquer tempo, sem prejuízo do beneficiário ou segurado que se quedou inerte (STF, ADI 6096/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 14.06.2021).

Os direitos e garantias individuais foram alçados à condição de cláusula pétrea pela primeira vez na Constituição da República de 1988. O art. 60, §4º, IV, protege o texto constitucional de emendas que atinjam o núcleo essencial desses direitos ou tendam a aboli-los (STF, ADI 5935/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 22.05.2020).

A reserva legal estabelecida pelo art. 5º, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade profissional a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial (STF, RE 511.961/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 12.11.2009)

A omissão dos réus em oferecer condições de saúde digna aos portadores de transtornos mentais exigiu a intervenção do Judiciário, tal como solicitado pela União para que, pelo menos, o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana lhes seja assegurada, não havendo margem para qualquer discricionariedade por parte das autoridades locais no tocante a esse tema, ainda mais quando demonstrados os repasses do executivo federal para a concessão desse mister (STF, ACO 1472, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 01.09.2017).

Em termos gerais, o núcleo essencial do direito fundamental é “a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como direito fundamental” (SARLET, 2015, p. 420). Para quem adere a teoria absoluta do núcleo essencial, este é “unidade substancial autônoma que, independentemente de qualquer situação concreta, estaria a salvo de eventual decisão legislativa”. Por outro lado, os signatários da teoria relativa sustentam que o núcleo essencial é a parcela “mínima insuscetível de restrição ou redução” do direito fundamental que resiste ao processo de ponderação no caso concreto de colisão entre direitos fundamentais (MENDES e BRANCO, 2014, p. 213).

Com efeito, independente da corrente teórica que se tome como paradigma de definição do núcleo essencial:

a limitação de um direito fundamental não pode privá-lo de um mínimo de eficácia. A ideia fundamental deste requisito é a de que existem conteúdos invioláveis dos direitos fundamentais que se reconduzem a posições mínimas indisponíveis às intervenções

dos poderes estatais, mas que também podem ser opostos - inclusive diretamente a particulares (...). Mesma quando o legislador está constitucionalmente autorizado a editar normas restritivas, ele permanece vinculado à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos restringidos (SARLET, 2015, p. 420).

No tocante ao conteúdo do direito à saúde, preambularmente mister acentuar que, neste estudo, adota-se como paradigma semântico de saúde humana, o bem da vida tutelado pelo direito fundamental em estudo, o conceito assinado pela Organização Mundial de Saúde (OMS), pois, além da notória credibilidade científica da instituição à nível mundial no campo da medicina, sua definição de saúde tem ampla aceitação na literatura especializada, assim como na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Sob tal enfoque, saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas ausência de doenças e enfermidades.

O “chamado direito à saúde, deve ser compreendido como posição jurídica objetiva”, isto é, “um direito à proteção da saúde como correlativo da obrigação” dos poderes públicos (nacionais e supranacionais) “de impedir condutas de pessoas (naturais ou jurídicas, públicas ou privadas) “aptas a prejudicarem a saúde de seus titulares, bem como na perspectiva de que governos devem atuar no sentido de implementar as diretrizes traçadas” para realização do citado direito fundamental em todas as suas dimensões (RAMOS, 2014, p. 125).

Ainda, no tocante a tais diretrizes, sabe-se que “todas essas diretrizes do SUS, estabelecidas na Constituição Federal e na Lei Orgânica da Saúde, são importantes marcos para a concretização do direito à saúde, vale dizer, para, diante da sua complexidade e multiplicidade de prestações, especificar o seu âmbito de abrangência, ou, pelo menos, aquilo que o direito à saúde não comporta” (RAMOS e DINIZ, 2017, p. 180). Contudo, à luz dos objetivos da pesquisa, a seguir serão sublinhadas apenas as diretrizes consideradas mais relevantes à questão posta.

Posto isso; lembra-se: nos termos da Constituição vigente, “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” - art. 196, da CRFB.

Do texto constitucional depreende-se que o direito à saúde é: “direito de todos”, isto é, prerrogativa subjetiva de titularidade de todo e qualquer brasileiro ou estrangeiro residente no país.

Mas também, “dever do Estado”; ou seja, incumbe ao poder público em geral, corporificado pelos três Poderes de cada um dos entes federais assim como pelas entidades privadas que executam ministérios de natureza pública mediante concessão ou permissão estatal, fomentar o direito à saúde, nos limites da sua competência. Mas não só. Pois, ainda que não esteja expresso no texto constitucional, aos particulares também recai tal incumbência. Prova disso nos é dada por tipos penais que impõem o respeito à saúde de outrem, a exemplo da lesão corporal; como também por aqueles que impõem intervenção positiva no sentido de proteger a saúde de terceiro, como, p.ex., o tipo penal capitulado no art. 245 do Estatuto da Criança e do Adolescente..

Que será “garantido mediante políticas públicas sociais e econômicas”, o mesmo é dizer, fomentado a partir de políticas públicas formuladas no âmbito da administração públi-

ca, necessariamente fiéis ao império da lei e da Constituição, sob supervisão do Poder Judiciário e dos tribunais de conta (corpo de fiscalização auxiliar do Poder Legislativo). A esse respeito, Edith e Diniz (2017, p. 174) advertem que,

preceituar que a saúde deve ser garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, abandonou o entendimento puramente biológico da saúde que dominava as ações estatais na área, mais voltadas, até então, para a prevenção e o tratamento das doenças contagiosas.

Como resultado, tem-se que essas políticas públicas devem visar “à redução do risco de doenças e de outros agravos”. Cuida-se, portanto, de direito cuja dimensão teleológica tutelar é tanto preventiva quanto restauradora.

Ainda, o constituinte determinou que essas políticas de “promoção, proteção e recuperação da saúde”, regem-se, dentre outros mandamentos implícitos, pelo princípio do acesso universal e igualitário. O mesmo é dizer que “o direito à saúde se estende a toda população, financiada pelos impostos pagos ao Estado” (RAMOS, 2014, p. 215). Todavia, “o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde deve ser conectado com uma perspectiva substancial do princípio da isonomia” (que impõe o tratamento desigual entre os desiguais e não significa direito a idênticas prestações para todas as pessoas irrestritamente), como também ao “princípio da proporcionalidade (de modo a permitir a ponderação concreta dos interesses em jogo)” (SARLET, 2013, p. 1936-1937). Por conseguinte, a universalidade e a integralidade não são irrestringíveis. Nesse sentido, em homenagem aos princípios da prevenção, da precaução e economicidade, assim como à reserva do possível, o acesso aos insumos e serviços inerentes ao direito à saúde, esbarra em questões de ordem técnica, científica e/ou financeira. Não convém, p.ex., salvo raríssimas exceções substancialmente fundamentadas, constranger o Estado a prestar serviço de saúde ainda não consagrado pela ciência médica, sobretudo quando isso requer significativo esforço financeiro (SARLET, 2013, p. 1937). Não se pode ignorar a que “a escassez de recursos determina que alguns tratamentos não podem ser financiados pelo Estado” (RAMOS, 2014, p. 200).

Em síntese, cuida-se de um valor jurídico-objetivo que outorga aos seus titulares a faculdade de exigir, em face do SUS, obrigações positivas e negativas inacusáveis, imprescindíveis à integral efetivação do estado de completo bem estar físico, mental e social.

3. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO MARANHÃO: a experiência do HUUFMA no banco dos réus

O Hospital Universitário da Universidade Federal do Maranhão (HUUFMA) é um hospital geral de média e alta complexidade, constituído por duas grandes unidades hospitalares: Presidente Dutra (locus da presente pesquisa) e o Materno Infantil, além de uma unidade ambulatorial na Cidade Universitária da Universidade Federal do Maranhão (UFMA), Unidade Campus do Bacanga, com a finalidade de atender a comunidade acadêmica (EBSERH, 2013).

Historicamente, as duas grandes unidades hospitalares foram inauguradas em 28 de julho 1961 (Presidente Dutra), pelo então Presidente da República Jânio Quadro, e em

05 de agosto de 1984 pelo Presidente João Batista Figueiredo, ambos cedidos à Universidade Federal do Maranhão (UFMA) em 17 de janeiro de 1991, formando o integrando o Complexo Hospitalar Universitário da UFMA, com todos os seus leitos destinados a sua única fonte de recursos financeiros - o Sistema Único de Saúde (SUS) (UFMA, 2012).

É um órgão da Administração Pública Federal que objetiva “assistência, ensino, pesquisa e extensão na área da saúde”, certificado pelo Ministério da Educação e Cultura (MEC) e Ministério da Saúde (MS), conforme a Portaria Interministerial MEC/MS nº 1.000 de 15/04/2004, e desenvolve suas atividades sob um sistema de gestão participativa, sendo gerida pelo Município de São Luís e controle administrativo e orçamentário próprios (EBSERH, 2013, p. 3; UFMA, 2012).

O modelo assistencial do hospital tem suas diretrizes definidas a partir do seu perfil assistencial voltado às necessidades de saúde da população formação, ensino e pesquisa, e sua reestruturação organizacional busca a agregação de serviços a fim de estruturá-los por linha de cuidado, esta última compreendida enquanto a articulação de recursos e práticas de produção de saúde, orientadas por diretrizes clínicas. Essa linha de cuidado tem por objetivo conduzir de forma ágil e oportuna os pacientes pelas possibilidades de diagnóstico e terapia conforme suas necessidades de saúde (EBSERH, 2013).

Especificamente na Unidade Presidente Dutra, essa organização/dimensionamento foi construída a partir de especialidades em cada linha de cuidado de acordo com a capacidade instalada, e o alcance total de consultas se dá conforme as necessidades do SUS, “assim, foi pactuado entre os gestores da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSERH, o Magnífico Reitor da Universidade e a direção do Hospital Universitário da UFMA que serão utilizadas o percentual de 50% do quantitativo total de consultas/mês” (EBSERH, 2013, p. 9).

Considerando a natureza do HUUFMA, enquanto um hospital de ensino, tem-se que, de forma clara, seu objetivo é formar os alunos, contribuindo de forma prática para o aprendizado. Ou seja, por meio do hospital universitário os estudantes possuem o contato direto com diversos tipos de procedimentos práticos que contribuirão para a sua formação. Nesse sentido, diferencia-se de um hospital tipicamente com função de atendimento. De modo pontual, é necessário verificar o impacto da judicialização no HUUFMA, pois as demandas de saúde muitas vezes podem implicar em repetitivos procedimentos, limitando as ações práticas dos alunos às mesmas técnicas.

Reconhece-se, neste ponto, o HUUFMA como um importante ator que possibilita a efetivação do acesso à saúde, mas compreende-se que todos os impactos devem ser considerados a fim de haja um controle eficaz das políticas de saúde e sem prejudicar o ensino que compõe o núcleo central de um hospital como o HUUFMA.

Em razão disso, o diagnóstico levantado com a presente pesquisa levou em consideração os aspectos positivos da judicialização, porém sem desconsiderar os pontos que necessitam de ajustes. A partir disso, buscou-se demonstrar a metodologia da pesquisa e as inferências possibilitadas por esse levantamento de dados.

A análise de conteúdo, metodologia ora aplicada, se trata de um conjunto de técnicas de análise das comunicações que se utiliza de procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens com o objetivo de possibilitar inferências por meio do estudo dos conteúdos nas figuras de linguagem, reticências, entrelinhas, e manifestos (BARDIN, 2016; CAMPOS, 2004).

Essa comunicação pode se dar por meio de conteúdos manifestos, isto é, aqueles explícitos; ou por meio de conteúdos latentes, em que o pesquisador capta os sentidos implícitos, ambos relacionados às ênfases na objetividade ou na subjetividade (MORAES, 1999).

A partir das inferências, que são deduções lógicas, pode-se responder dois tipos de perguntas: as causas ou antecedentes da mensagem; quais os possíveis efeitos da mensagem. Eis o motivo pelo qual a presente pesquisa se pauta nesta metodologia.

Através da análise dos dados referentes à judicialização de demandas no período de 2014 a 2019 objetiva-se compreender, principalmente, quais são os efeitos da judicialização da saúde sobre o HUUFMA, locus do estudo.

Para a presente pesquisa fez-se a seguinte delimitação: tratar da análise de solicitações (judiciais e extrajudiciais) de cirurgias de homens e mulheres adultos, no período de 2014 a 2019. A enumeração, isto é, o modo de contagem, foi organizada em tabelas que estabelecem os anos em pares, da seguinte forma: 2014/2015; 2016/2017; 2018/2019, cujo dados a serem retratados serão analisados conforme a frequência – a importância de uma unidade de registro aumenta com a frequência da sua aparição.

Os dados a serem analisados foram recebidos por meio do setor jurídico do Hospital Universitário da Universidade Federal do Maranhão (HUUFMA) em planilhas do Excel, em que constavam os seguintes descritores: interessado (nome da parte que solicita), tipo de documento (ofício, judicial, extrajudicial, solicitação por e-mail, requerimentos, nota técnica), número do documento (número do processo, ofício ou s/n), data do documento, origem (de onde surgiu o documento, qual instituição pleiteou), demanda (procedimento solicitado), responsável pela demanda (nome e cargo), número do documento resposta e, por fim, a data do documento resposta apresentado pelo HUUFMA.

A partir do levantamento e classificação desses dados, fez-se a categorização por meio de inventários – em que se isolou os elementos; e classificação – em que os elementos são repartidos e impostos dentro de uma organização com o objetivo de condensar, fornecer uma representação simplificada dos dados brutos coletados a fim de se conhecerem os índices invisíveis. Para a classificação, utilizou-se o método da pertinência, entendendo mais adaptada ao material de análise escolhido e que permitem ao pesquisador descobertas de informações relevantes (BARDIN, 2016).

Nesse sentido, o sistema de categorias deve refletir as intenções da investigação. Dessa forma, para elaborar o material aqui apresentado, foram consideradas as seguintes categorias assim delimitadas: período de tempo (2014/2015; 2016/2017; 2018/2019); origem (instituição, p.ex. Defensoria, Justiça Federal, advogado particular, entre outros); documentos (ofícios, requerimentos, nota técnica, judicial, solicitação por e-mail) e demanda (apenas solicitações de cirurgias para homens e mulheres adultos). Por meio da organização desses dados, foi possível estabelecer inferências, incidindo a interpretação controlada na análise de conteúdo.

Ainda tratando da categorização, foram consideradas “cirurgias” para fins de análise da presente pesquisa as demandas judiciais e extrajudiciais que fizeram as seguintes solicitações: datas previstas para marcação de cirurgia; possibilidade de realização da cirurgia pelo HUUFMA; fornecimento de material para a realização de cirurgia; providenciar aquisição de prótese cirúrgica; informar acerca da demora da realização da cirurgia; informar custo unitário do insumo cirúrgico; informar a disponibilidade do leito cirúr-

gico; informar a disponibilidade da prótese e material para cirurgia; informar o custo total do procedimento; informar motivos acerca da recusa do HUUFMA na realização da cirurgia; informar a posição do paciente na lista de espera da cirurgia; informar se o tratamento e a prótese são fornecidos pelo SUS; cotação de material necessário para a cirurgia; indicar um médico com especialidade em determinada cirurgia.

A partir desse filtro e elaboração de índices e indicadores, tornou-se possível analisar e fazer inferências sobre os objetivos da pesquisa. Em razão do modo de condução da presente metodologia, considera-se que:

A análise de conteúdo constitui um bom instrumento de indução para se investigarem as causas (variáveis inferidas) a partir dos efeitos (variáveis de inferência ou indicadores; referências no texto), embora o inverso, predizer os efeitos a partir de fatores conhecidos, ainda não esteja ao alcance das nossas capacidades (BARDIN, 2016, p. 85).

Logo, por meio da organização dos presentes dados colhidos busca-se compreender as questões relacionadas a judicialização e seus impactos no HUUFMA. Com esse filtro, pôde-se identificar quais eram os objetivos das demandas e quem demandava. O estudo também possibilitou a interpretação das inferências a serem apresentadas. Conforme explicitado na metodologia, a análise foi feita a cada dois anos, de modo que serão, assim, dispostos os gráficos: 2014 e 2015, 2016 e 2017 e 2018 e 2019.

Entre os dados coletados, disponibilizados pelo setor jurídico do HUUFMA, no período de 2014 a 2015, foram recebidas 98 (noventa e oito) solicitações relacionadas a cirurgias de homens ou mulheres adultos, representados por 8 (oito) atores diferentes.

Em relação ao perfil dos demandantes (Gráfico 1), figuram enquanto atores as seguintes instituições: Ministério Público Estadual (MPE), com 30 (trinta) solicitações; Defensoria Pública da União (DPU), com 25 (vinte e cinco); Justiça Federal (JF), com 19 (dezenove); Secretaria Municipal de Saúde de São Luís (Semus), com 15 (quinze); Advocacia Geral da União (AGU), com 2 (duas); Defensoria Pública do Estado (DPE) do Maranhão, com 2 (duas); Ministério Público Federal (MPF) com 2 (duas); Procuradoria Federal junto à Universidade Federal do Maranhão (Proc. UFMA), com 2 (duas); e por fim, 1 (uma) solicitação feita por advogado particular, conforme se demonstra:

Gráfico 1 – Perfil dos demandantes no biênio 2014/2015



Compõem as 98 (noventa e oito) solicitações referentes à cirurgia mediante 85 (oitenta e cinco) ofícios, 11 (onze) processos judiciais, 1 (uma) nota técnica e 1 (um) requerimento — conforme se verifica no gráfico abaixo:

Gráfico 2 – Perfil das demandas no biênio 2014/2015



Fonte: Dados disponibilizados pelo HUUFMA.

A presente organização dos dados nos permite inferir que figuram entre 3 (três) as instituições do sistema de justiça que mais fazem solicitações ao HUUFMA: o MPE, a DPU e a JF.

Ressalte-se ainda que, durante esse biênio, a quantidade de ofícios supera, significativamente, o número de demandas judiciais requerendo cirurgias ou informações sobre assuntos a elas relacionados.

No período de 2016 a 2017 (Gráfico 3), foram recebidas 261 (duzentas e sessenta e uma) solicitações relacionadas a cirurgias de homens e mulheres adultos. Nota-se que entre elas figuraram como solicitantes: a JF, com 94 (noventa e quatro) solicitações; a DPU, com 86 (oitenta e seis); o MPE, com 41 (quarenta e uma); a Procuradoria da UFMA, com 16 (dezesseis); o MPU, com 9 (nove); a Justiça Estadual (JE), com 8 (oito); a DPE do Maranhão, com 4 (quatro); a Polícia Federal, com 2 (duas) e o Conselho Municipal dos Direitos do Idoso de São Luís (CMDI), com 1 (uma) solicitação.



Quanto ao perfil das demandas, conforme os dados expostos no Gráfico 4, entre as 261 (duzentas e sessenta e uma) solicitações relacionadas à cirurgias, 201 (duzentos e uma) se deram por meio de ofícios e 60 (sessenta) se deram através de processo judicial.

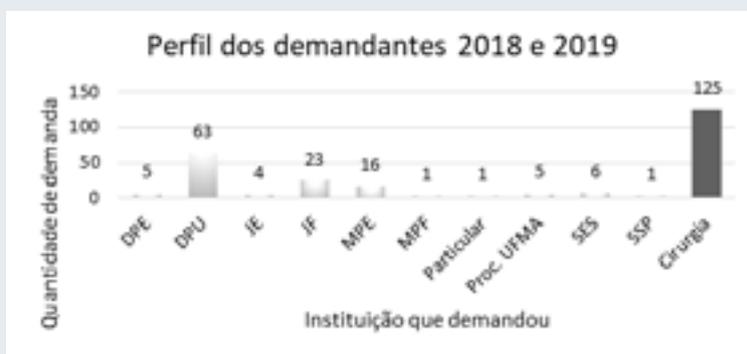
Gráfico 4 – Perfil das demandas no biênio 2016/2017



A partir do Gráfico 3, é possível perceber que figuram enquanto instituições mais atuantes a JF, a DPU e o MPE. De acordo com o Gráfico 4, a origem dessas demandas ocorre, significativamente, por meio de ofícios (201) e, em menor frequência, por meio de demandas judiciais (60).

Por fim, nos anos de 2018 a 2019 (Gráfico 5) é possível observar que os seguintes atores com as seguintes quantidades de solicitações referentes à cirurgia: a DPU, com 63 (sessenta e três) solicitações; a JF, com 23 (vinte e três); o MPE, com 16 (dezesesseis); a Secretaria de Estado da Saúde (SES), com 6 (seis); a Procuradoria da UFMA, com 5 (cinco); a DPE, com 5 (cinco); a JE, com 4 (quatro); o MPF, com 1 (uma); a Secretaria de Segurança Pública (SSP), com 1 (um) processo; e 1 (uma) solicitação feita mediante advogado particular. No total, de 2018 a 2019, foram 125 (cento e vinte e cinco) solicitações.

Gráfico 5 – Perfil dos demandantes no biênio 2018/2019



Fonte: Dados disponibilizados pelo HUUFMA.

Quanto ao perfil das demandas, do total de 125 (cento e vinte e cinco) solicitações, 103 (cento e três) foram feitas mediante ofícios, 12 (doze) mediante processos judiciais e 10 (dez) por meio de e-mail, como ilustrado no gráfico abaixo:



De 2018 a 2019, as instituições que mais demandaram foram a DPU, a JF e o MPE. Além disso, ressalte-se que, mais uma vez, o número de solicitações feitas por meio de ofício foi maior do que o de solicitações feitas mediante ações judiciais ou e-mail.

Em relação a este biênio 2020-2021, é possível comparar as demandas cirúrgicas com outros tipos de questões relacionadas à saúde que também foram objetos de apreciação do Poder Judiciário. Isso porque deve-se atentar, ao analisar os dados apresentados, que apesar da pandemia mundial ter sido declarada pela OMS em 11 de março de 2020, o número de demandas judiciais relacionadas ao Hospital Universitário não teve um aumento significativo.

Infere-se, com base na análise de dados, que essa diminuição de litígios referentes ao

HUUFMA tem como causa a busca e atuação das instituições do sistema de justiça por um acesso a saúde mais eficiente focado no diálogo institucional.

Assim, os dados analisados nesse tópico demonstram que no período de 2020 a 2021 foram intentadas apenas dezoito ações judicialmente referentes à saúde e que, ao todo, nesse período, totalizaram em 59 as ações judiciais solicitando atendimento em geral no HUUFMA.



Considerando os dados recebidos e disposto nas tabelas anteriormente organizadas, e segundo a metodologia de pesquisa empregada, é possível fazer inferências acerca de como a judicialização tem se apresentado no HUUFMA.

4. CONCLUSÃO: efetivação abusiva do direito à saúde no Maranhão

No julgamento das demandas, o TRF-1/SJMA, na ampla maioria das vezes, deu provimento ao pedido. Os principais fundamentos utilizados nas decisões foram de conteúdos principiológicos, processuais, fáticos e de gestão pública. Entre os fundamentos principiológicos identificaram-se três classes: garantia integral do direito à saúde, direito à saúde como dever do Estado e direito de todos e o princípio da integralidade. Dentre os fáticos identificaram-se duas possibilidades: comprovação da necessidade do pedido e óbito do autor. Já entre os de conteúdo processual notou-se: perda do objeto da ação e falta do interesse de agir. Na categoria de gestão pública identificou-se apenas a responsabilidade solidária dos entes federativos.

Não raras vezes o Poder Judiciário condenou o HUUFMA à promover uma prestação que revelou-se cumprimento impossível. No biênio 2014-2015, por exemplo, observou-se o Hospital Universitário deixou de cumprir a determinação judicial em diversas oportunidades, seja por falta ou manutenção de equipamento, ausência de leito ou material e/ou encaminhamento do paciente para lista de espera.

Assim, dos dados apreendidos infere-se que a judicialização da saúde é um fenômeno bastante presente na realidade do HUUFMA.

Através dele pode-se concluir, também, que promoção do direito à saúde no HUUFMA é bastante influenciada pelo Poder Judiciário, em razão da ampla intervenção do mesmo nas atividades do hospital.

Nesse particular, os dados apontam, de forma cabal e incontroversa, que há uma dimensão da promoção judicial do direito à saúde no Maranhão revestida de constitucionalismo abusivo, já que aplicam-se as normas constitucionais visando-se a concretização de

um mister particular, mediante a modulação da Constituição à efetivação do mesmo. E não o contrário.

Há, portanto, no Maranhão, um elevado grau de efetivação judicial abusiva do direito à saúde.

Ainda que a intenção seja “boa”, ao contrário da de quem pratica o constitucionalismo abusivo para se perpetuar no poder, é preciso frear a efetivação judicial abusiva do direito à saúde, porquanto em pese sirva à efetivação individual de tal direito fundamental, ela acarreta sérios danos à execução das políticas públicas de saúde em perspectiva coletiva.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. Teoria dos direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2015.

BARDIN, Laurence. Análise de conteúdo. 1. ed. 3. reimp. São Paulo: Edições 70, 2016.

BERNAL, Carlos. Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine. *International journal of constitutional law*, v. 11, n. 2, p. 339-357, 2013.

CAMPOS, Claudinei José Gomes. Método de análise de conteúdo: ferramenta para a análise de dados qualitativos no campo da saúde. *Rev. Bras. Enferm.* Brasília, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 349.

DIXON, Rosalind. Constitutional amendment rules: a comparative perspective. In: *Comparative constitutional law*. Edward Elgar Publishing, 2011.

EMBSERH - EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES. Hospital Universitário da Universidade Federal do Maranhão (HU-UFMA). Brasília, DF. 2013.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; SHVETSOVA, Olga. The role of constitutional courts in the establishment and maintenance of democratic systems of government. *Law and Society review*, p. 117-164, 2001.

LINZ, Juan J.; VALENZUELA, Arturo (Ed.). *The failure of presidential democracy*. jhu Press, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo G. Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9.ed.- São Paulo: Saraiva, 2014.

POSADA-CARBÓ, Eduardo. Latin America: Colombia After Uribe. *Journal of Democracy*, v. 22, n. 1, p. 137-151, 2011.

RAMOS, E.; DINIZ, I. O DIREITO À SAÚDE E A IDEIA DE PROTEÇÃO SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: NOTAS INICIAIS. *Revista Direito em Debate*, v. 26, n. 48, p.

159-184, 28 dez. 2017.

RAMOS, Edith Maria Barbosa. *Universalidade do Direito à Saúde*. – São Luís: EDUFMA, 2014.

SARLET et. al. *Comentários à Constituição do Brasil*. – São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, I.W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEREDO, Mariana Filchtiner . *Reserva do possível, mínimo existencial e o direito à saúde: algumas aproximações*. *Revista da Defensoria Pública*, v. 1, p. 179-234, 2008.

SILVA, V.A. *Constitucionalização do direito*. São Paulo: Malheiros Editora, 2005.

UFMA - UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO. *Carta de serviço ao cidadão*. São Luís, MA. 2012.

O IMPOSTO MUNICIPAL SOBRE SERVIÇOS NO BRASIL E O TÃO POLÊMICO CRITÉRIO ESPACIAL

Vanessa Bulara e Rodrigo Lázaro

Resumo

O presente artigo aborda o tema do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) em relação às recentes controvérsias sobre o critério espacial. Inicialmente, a Lei Complementar 157/16 transferiu a competência para instituir o ISS para os municípios onde os tomadores de serviço estão localizados, abrangendo serviços como administração de fundos, consórcios, cartões de crédito e outros. Isso gerou dúvidas quanto à aplicação desse critério, por ficção jurídica, em locais onde não há efetiva prestação de serviço, mas apenas atividades preparatórias. A discussão envolve a mudança do critério espacial da incidência do ISS, em favor do domicílio do tomador de serviços. Embora essa mudança busque promover justiça fiscal e distribuição equitativa de receitas, ela deve ser coerente com a realidade econômica do serviço tributado. A falta de clareza na definição do “tomador de serviços” e outros aspectos da hipótese de incidência tributária cria insegurança jurídica.

O texto também destaca a importância da coordenação do pacto federativo, enfatizando que o foco na guerra fiscal entre os entes federados pode prejudicar a coordenação de uma política fiscal constitucional. Ao final, o texto sugere que a reforma tributária proposta, que inclui a criação de um Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), pode não resolver completamente a problemática entre os entes federados em relação à tributação. Portanto, ante a implementação da reforma tributária, permanece a incerteza se as mudanças ali propostas trarão realmente, a eficiência e justiça fiscais necessárias.

Palavras-chave: Imposto sobre Serviços. Critério Espacial. Segurança Jurídica.

Abstract

This article addresses the topic Tax on Services (ISS) in relation to recent controversies regarding the special criterion. Initially, Complementary Law 157/16 transferred the power to establish the ISS to the municipalities where service providers are located, covering services such as fund management, consortiums, credit cards and others. This raised doubts regarding the application of this criterion, by legal fiction, in places where there is no effective service provision, but only preparatory activities. The discussion involves changing the spatial criterion for ISS incidence in favor of the service user's home. Although this change seeks to promote tax justice and equitable distribution of revenue, it must be consistent with the economic reality of the taxed service. The lack of clarity in the definition of the “service recipient” and other aspects of the tax incidence hypothe-

sis creates legal uncertainty.

The text also highlights the importance of coordinating the federative pact, emphasizing that focusing on the fiscal war between federated entities can harm the coordination of a constitutional fiscal policy. In the end, the text suggests that the proposed tax reform, which includes the creation of a Tax on Goods and Services (IBS), may not completely solve the problem between federated entities in relation to taxation. Therefore, regarding the implementation of tax reform, uncertainty remains as whether the changes proposed there will actually bring the necessary tax efficiency and justice.

Keywords: Service Tax. Spatial Criterion. Legal Security.

1 Introdução

Em 1988, quando a Constituição Federal (CF) delimitou a competência tributária de cada ente federativo brasileiro, o objetivo claramente foi instituir a regra matriz de incidência tributária de cada esfera, além de organizar e repartir o orçamento nacional.

Na ocasião, delegou-se à lei complementar, toda e qualquer disposição sobre conflitos de competência, regulação das limitações constitucionais e normas gerais de tributação. Assim, num primeiro momento e, pelo menos, aparentemente, ficou estabelecida uma regra clara e objetiva.

Com isso, a Constituição Federal, em seu artigo 156, outorgou aos municípios a competência de instituição de impostos sobre serviços de qualquer natureza, desde que tais serviços não estivessem já compreendidos na competência estadual sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Ato contínuo, para dar exequibilidade ao comando constitucional ali estabelecido, a União publicou a Lei complementar nº 116/03 (LC 116/03), de caráter nacional e vigência imediata desde a sua publicação, ocorrida em agosto de 2003. Com isso, a referida lei nacional instituiu os critérios espacial, temporal e pessoal do imposto sobre serviços, permitindo que cada município legislasse sobre o assunto, desde que respeitados os limites de sua competência territorial, além dos limites materiais e formais impostos por aquela mesma norma.

Dessa forma, a LC 116/03 traçou o desenho geral da incidência do ISS. Em seu artigo 1º, ficou definido o fato gerador do imposto, tipificado como toda prestação de serviços constante da lista anexada a mesma lei, ainda que tais serviços não constituam atividade preponderante do prestador. É importante esclarecer que a referida lista é taxativa e, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, comporta interpretação extensiva, para incluir outros serviços correlatos àqueles ali previstos.

Já o artigo 2º tratou dos casos de não incidência do ISS, como sendo os serviços referentes às (a) exportações de serviços para o exterior do País, exceto se forem desenvolvidos no Brasil e cujo resultado aqui também se verifique, mesmo que o pagamento seja feito por residente no exterior; (b) na prestação de serviços em relação de emprego, dos trabalhadores avulsos, dos diretores e membros de conselho consultivo ou de conselho fiscal de sociedades e fundações, bem como dos sócios-gerentes e dos gerentes-delegados, e por fim, não incidência também (c) no valor intermediado no mercado de títulos e valores mobiliários, no valor dos depósitos bancários, e no principal, juros e acréscimos moratórios relativos a operações de crédito realizadas por instituições financeiras.

Sequencialmente, o artigo 3º da LC 116/03 prescreve o critério espacial da regra matriz de incidência tributária, determinando, como regra geral, que o imposto é devido no local do estabelecimento prestador ou, na falta desse estabelecimento, no local do domicílio do prestador. O mesmo artigo traz exceções expressas a essa regra geral, previstas nos incisos I a XXV, relatando situações em que o imposto será, então, devido, nos locais da execução do serviço.

O propósito do presente artigo é analisar o critério espacial do ISS previsto na LC 116/03, de caráter nacional, vis-à-vis a possibilidade deste critério ser alterado por novas leis complementares, especialmente se a ulterior legislação falece de inconstitucionalidade por não respeitar o disciplinamento normativo protetivo ao pacto federativo. Essa situação tem gerado insegurança jurídica aos contribuintes e uma crescente judicialização do assunto.

2 Critério espacial do ISS na legislação tributária brasileira

Uma vez vigente a lei tributária, a subsunção do fato realizado pelo contribuinte à referida norma deveria ser mera consequência. Porém, não é o que tem sido visto na prática, muito em razão do conflito existente entre a subsunção dos fatos realizados pelo contribuinte à norma vigente (aqui, tanto LC 116/03, quanto as municipais). Esse conflito tem gerado pouca ou nenhuma eficiência fiscal, posto que algumas autoridades tributárias municipais trazem um entendimento contrário ao disposto em lei complementar, fazendo com que os contribuintes precisem judicializar o tema .

Muitas das vezes, o que se percebe é que a interpretação e até mesmo a redação das legislações municipais, seja por carecerem de técnica legislativa, seja pelo propósito de apetite arrecadatório e guerra fiscal, desvirtuam a execução da competência tributária delineada pela Carta Constitucional. A legalidade e a tipicidade tributária, da maneira como defendidas por boa parte da doutrina brasileira, delimitam a atividade legislativa, como se o legislador pudesse, tendo as palavras como matéria-prima, encapsular a realidade com tal nível de exatidão e certeza que não sobraria ao intérprete/aplicador do texto normativo qualquer liberdade de conformação.

Contrariamente, o que se tem visto na seara prática, é prevalecer a concorrência arrecadatória entre os entes municipais em desfavor da legalidade em matéria tributária por meio de conceitos indeterminados e juízos de oportunidades . Um olhar individual de cada administração municipal ou até mesmo do judiciário, para a garantia orçamentária, em prejuízo ao respeito à regra matriz de incidência tributária e à segurança jurídica do contribuinte.

Neste racional, o conflito interpretativo da norma tributária acaba por desencadear um aumento da judicialização, inclusive previamente nas esferas dos tribunais administrativos municipais. O motivo é claro, na medida em que se percebe que os contribuintes, desprovidos de segurança jurídica, muitas das vezes ficam à mercê da interpretação abstrata, pautada no afastamento da aplicação do princípio da legalidade em favor da liberdade de conformação da Administração Pública.

2.1 As exceções ao critério espacial na redação da Lei complementar 116/03

Conforme citado nos parágrafos acima, a LC 116/03 elencou casos de exceção ao critério espacial do ISS, expressamente previstos nos incisos I a XXV do artigo 3º, quando então o imposto é devido em outros locais, dentre os quais, onde o serviço foi realizado. Tais exceções seguem abaixo ilustradas, para melhor compreensão:

Exceções previstas nos incisos do artigo 3º da LC 116/03 ISS é devido em favor
Serviço proveniente do exterior do País ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior
do País

I – do estabelecimento do tomador ou intermediário do serviço ou, na falta de estabelecimento, onde ele estiver domiciliado

Subitem 3.05 – Cessão de andaimes, palcos, coberturas e outras subitem estruturas de uso temporário. II – da instalação dos andaimes, palcos, coberturas e outras estruturas,

Subitem 7.02 – Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS)

subitem 7.19 – Acompanhamento e fiscalização da execução de obras de engenharia, arquitetura e urbanismo. III – da execução da obra

Subitem 7.04 – demolição IV – da própria demolição

Subitem 7.05 – Reparação, conservação e reforma de edifícios, estradas, pontes, portos e congêneres (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador dos serviços, fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS). V – das edificações em geral, estradas, pontes, portos e congêneres

Subitem 7.09 – Varrição, coleta, remoção, incineração, tratamento, reciclagem, separação e destinação final de lixo, rejeitos e outros resíduos quaisquer. VI – da execução da varrição, coleta, remoção, incineração, tratamento, reciclagem, separação e destinação final de lixo, rejeitos e outros resíduos quaisquer

Subitem 7.10 – Limpeza, manutenção e conservação de vias e logradouros públicos, imóveis, chaminés, piscinas, parques, jardins e congêneres. VII – da execução da limpeza, manutenção e conservação de vias e logradouros públicos, imóveis, chaminés, piscinas, parques, jardins e congêneres

Subitem 7.11 – Decoração e jardinagem, inclusive corte e poda de árvores. VIII – da execução da decoração e jardinagem, do corte e poda de árvores

Subitem 7.12 – Controle e tratamento de efluentes de qualquer natureza e de agentes físicos, químicos e biológicos. IX – do controle e tratamento do efluente de qualquer natureza e de agentes físicos, químicos e biológicos

Florestamento e congêneres - Redação dada pela Lei Complementar nº 157, de 2016

XII - do florestamento, reflorestamento, semeadura, adubação, reparação de solo, plantio, silagem, colheita, corte, descascamento de árvores, silvicultura, exploração florestal e serviços congêneres indissociáveis da formação, manutenção e colheita de florestas para quaisquer fins e por quaisquer meios;

Subitem 7.17 – Escoramento, contenção de encostas e serviços congêneres. XIII – da execução dos serviços de escoramento, contenção de encostas e congêneres

Subitem 7.18 – Limpeza e dragagem de rios, portos, canais, baías, lagos, lagoas, represas, açudes e congêneres. XIV – da limpeza e dragagem

Subitem 11.01 – Guarda e estacionamento de veículos terrestres automotores, de aeronaves e de embarcações. XV – onde o bem estiver guardado ou estacionado

Subitem 11.02 (Redação dada pela Lei Complementar nº 157, de 2016) - Vigilância, segurança ou monitoramento de bens, pessoas e semoventes. XVI - dos bens, dos semoventes ou do domicílio das pessoas vigiados, segurados ou monitorados

Subitem 11.04 – Armazenamento, depósito, carga, descarga, arrumação e guarda de bens de qualquer espécie. XVII – do armazenamento, depósito, carga, descarga, arrumação e guarda do bem

Subitens do item 12, exceto o 12.13

12.01 – Espetáculos teatrais.

12.02 – Exibições cinematográficas.

12.03 – Espetáculos circenses.

12.04 – Programas de auditório.

12.05 – Parques de diversões, centros de lazer e congêneres.

12.06 – Boates, taxi-dancing e congêneres.

12.07 – Shows, ballet, danças, desfiles, bailes, óperas, concertos, recitais, festivais e congêneres.

12.08 – Feiras, exposições, congressos e congêneres.

12.09 – Bilhares, boliches e diversões eletrônicas ou não.

12.10 – Corridas e competições de animais.

12.11 – Competições esportivas ou de destreza física ou intelectual, com ou sem a participação do espectador.

12.12 – Execução de música.

12.14 – Fornecimento de música para ambientes fechados ou não, mediante transmissão por qualquer processo.

12.15 – Desfiles de blocos carnavalescos ou folclóricos, trios elétricos e congêneres.

12.16 – Exibição de filmes, entrevistas, musicais, espetáculos, shows, concertos, desfiles, óperas, competições esportivas, de destreza intelectual ou congêneres.

12.17 – Recreação e animação, inclusive em festas e eventos de qualquer natureza.

XVIII – da execução dos serviços de diversão, lazer, entretenimento e congêneres

Item 16 da lista anexa; (Redação dada pela Lei Complementar nº 157, de 2016) – Serviços de transporte de natureza municipal. XIX - do Município onde está sendo executado o transporte,

Subitem 17.05 – Fornecimento de mão-de-obra, mesmo em caráter temporário, inclusive de empregados ou trabalhadores, avulsos ou temporários, contratados pelo prestador de serviço. XX – do estabelecimento do tomador da mão-de-obra ou, na falta de estabelecimento, onde ele estiver domiciliado

Subitem 17.10 – Planejamento, organização e administração de feiras, exposições, congressos e congêneres. XXI – da feira, exposição, congresso ou congêneres a que se referir o planejamento, organização e administração;

Subitem 20 – Serviços portuários, aeroportuários, ferroportuários, de terminais rodoviários, ferroviários e metroviários. XXII – do porto, aeroporto, ferroporto, terminal rodoviário, ferroviário ou metroviário

Subitem 4.22 – Planos de medicina de grupo ou individual e convênios para prestação de assistência médica, hospitalar, odontológica e congêneres

Subitem 4.23 – Outros planos de saúde que se cumpram através de serviços de terceiros contratados, credenciados, cooperados ou apenas pagos pelo operador do plano mediante indicação do beneficiário

Subitem 5.09 – Planos de atendimento e assistência médico-veterinária XXIII – do domicílio do tomador dos serviços (Vide Lei Complementar nº 175, de 2020)

Subitem 15.01 – Administração de fundos quaisquer, de consórcio, de cartão de crédito ou débito e congêneres, de carteira de clientes, de cheques pré-datados e congêneres. (alteração pela Lei Complementar nº 175, de 2020) - Vide ADPF nº 499, ADI nº 5862 e ADI nº 5835. XXIV – do domicílio do tomador do serviço no caso dos serviços prestados pelas administradoras de cartão de crédito ou débito e demais

Subitem 15.09 – Arrendamento mercantil (leasing) de quaisquer bens, inclusive cessão de direitos e obrigações, substituição de garantia, alteração, cancelamento e registro de contrato, e demais serviços relacionados ao arrendamento mercantil (leasing). (Vide Lei Complementar nº 175, de 2020) XXV – do domicílio do tomador do serviço

A “extensa” lista referenciada acima acaba por trazer muitas exceções à regra geral e abrir um universo de outras interpretações e “flexibilizações” ao critério espacial, o que dá margem ao que justamente deveria ser evitado. A partir disso, notam-se tantas outras legislações municipais também trazendo uma série de exceções e especificidades para o critério espacial. Consequentemente, os contribuintes e a própria administração tributária convivem com certa desorganização, que causa insegurança jurídica e fortalece a guerra fiscal.

2.2 Hipóteses de leis complementares conformadoras de controvérsias no esboço do aspecto espacial

Para melhor compreensão do debate, há alguns exemplos interessantes a serem analisados. Primeiramente, a Lei Complementar 157/16 alterou, para certos serviços, a regra geral de recolhimento do ISS, que inicialmente era devido em favor da municipalidade do prestador. A partir de sua vigência, a competência foi deslocada em favor dos municípios onde estão localizados os tomadores de serviço. Essa mudança ocorreu em diversos serviços previstos naquela lei, mas para fins deste artigo, serão abordados, especificamente, os serviços de administração de fundos quaisquer, de consórcio, de cartão de crédito ou débito e congêneres, de carteira de clientes, de cheques pré-datados e congêneres, introduzidos no item 15.01 na lista de serviços tributáveis.

Dúvidas pairavam sobre a possibilidade de se atribuir um critério fictício para a competência tributária ativa do ISS por Município onde não se realiza nenhuma prestação desse serviço, mas sim “apenas atividades-meio ou atividades preparatórias do mesmo, e que com ele não se confundem”. De salientar ainda que o amplo alcance territorial desta prestação de serviços, e que se concretiza essencialmente no local de estabelecimento do prestador, se deve à utilização de meios de comunicação à distância e não à presença deste prestador no território em que a requisição de serviço é processada. Não há, obrigatoriamente, um nexo físico para que seja necessário a realização do serviço.

Com isso, em 2018, o ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal (STF), concedeu liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5835 para suspender alguns dispositivos da LC 157, relativos ao local de incidência do ISS. A decisão suspendeu também, por arrastamento, a eficácia de toda legislação local editada para complementar à lei nacional.

No entanto, a Lei Complementar nº 175, publicada em 24 de setembro de 2020, ao tratar da cobrança do ISS em relação aos serviços de plano de saúde, leasing e administração de cartões de crédito e de débito, especificou a figura do “tomador dos serviços” das atividades em questão e padronizou um sistema nacional para o cumprimento das obrigações acessórias relativas ao tributo municipal. As alterações promovidas pela norma acabaram incluídas no objeto dessa ADI, por aditamento.

Como desfecho, o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu pela inconstitucionalidade da referida alteração sob o fundamento de falta de necessidade de observância dos postulados da segurança jurídica e do respeito ao pacto federativo.

A controvérsia constitucional em questão envolve principalmente o local da incidência do ISS em determinadas circunstâncias, conforme definido pela legislação alterada sob análise.

No contexto do sistema constitucional tributário, a adoção do modelo federativo pela Constituição de 1988 estabeleceu a necessidade de cada ente federativo possuir sua competência tributária para garantir sua autonomia política e cumprir seus deveres.

Segundo o voto condutor do Ministro Alexandre de Moraes, a Constituição Federal atribuiu aos Municípios a competência para instituir o ISS, mas sujeitou a definição dos serviços tributáveis ao ISS à legislação complementar federal. Essa exigência de uma lei complementar para regulamentar o ISS foi reforçada pelo artigo 146 da Constituição, que estabelece a necessidade de lei complementar para dispor sobre normas gerais em matéria tributária.

A Constituição deu ao legislador complementar o poder de estabelecer normas gerais para o ISS, sem detalhar os elementos da hipótese de incidência. Isso significa que as normas gerais devem estar em conformidade com os limites estabelecidos pela Constituição.

A alocação constitucional de competências tributárias entre os entes federativos, especialmente no caso de impostos, é baseada no critério da base econômica. Isso significa que a competência tributária de um ente federativo é limitada pela natureza econômica do imposto e pelos elementos que o compõem, como o fato gerador, a base de cálculo e o contribuinte.

No caso do ISS, a Constituição, conforme disposto no artigo 156, III, definiu a competência tributária aos municípios para que pudessem instituir impostos sobre serviços de qualquer natureza (materialidade), envolvendo a oferta de utilidades a terceiros por meio de atividades intangíveis, realizadas de forma habitual e com fins lucrativos. A Constituição não especificou o local de incidência do ISS para esses serviços, deixando essa definição para a legislação complementar, nos termos do seu artigo 146.

Nesse sentido, a Lei Complementar 116/2003 estabeleceu as regras gerais para o ISS, incluindo a regra geral de que o imposto é devido no local do estabelecimento prestador do serviço, mas com exceções para certos tipos de serviços, como planos de saúde, administração de fundos e arrendamento mercantil, onde o imposto passou a ser devido

no local do domicílio do tomador.

Essas mudanças na legislação foram motivadas pela busca de justiça fiscal, pela redução da guerra fiscal, pelo fortalecimento da autonomia financeira dos Municípios e pela distribuição mais equitativa das receitas entre os entes federativos. A mudança também está alinhada com as tendências globais, como as diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que instituiu o Plano de ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros (projeto BEPS - Base erosion and profit shifting), diretrizes essas que favorecem a tributação no local de destino. No entanto, é importante observar que a escolha do local de incidência do ISS no domicílio do tomador deve estar relacionada à realidade econômica do serviço tributado. Isso significa que o legislador complementar não pode estabelecer essa escolha de forma arbitrária, desconectada da prestação efetiva do serviço no local do tomador.

No caso do julgamento citado, o entendimento do Ministro Relator Alexandre de Moraes foi no sentido de que os serviços atingidos pela novel norma não possuem uma conexão com a execução do serviço no local do tomador do serviço, como os primitivos casos contemplados pela LC 116/03, impossibilitando a edição de uma lei complementar divorciada da realidade econômica dos objetos tributados. Cita-se:

“Nas respectivas relações jurídicas (serviços constantes dos incisos XXIII, XXIV e XXV), há prestação de serviço a um determinado sujeito (tomador), não havendo extensão para o local do domicílio de um terceiro estranho à relação tributária. Decidiu-se pelo local do domicílio do tomador do serviço, sendo correto afirmar que essa figura (tomador) é favorecida pela utilidade prestada. Há uma vinculação, uma conexão, entre a realidade econômica subjacente à incidência tributária e o local do domicílio do tomador.

Considerar que o local onde está domiciliado o destinatário desses serviços está desconectado com as realidades econômicas tributadas não é apropriado. O legislador não elegeu um terceiro local, estranho aos sujeitos vinculados àqueles fatos geradores, totalmente desconexo com a prestação dos respectivos serviços. Em relação a tais serviços, constantes dos referidos incisos XXIII, XXIV e XXV, o legislador optou, inicialmente, por estabelecer que o imposto seria devido no local do estabelecimento prestador. Após, com a edição da Lei Complementar 157/2016, a escolha do legislador passou a ser o domicílio do tomador, ainda que diverso daquele do estabelecimento prestador. Existe uma conexão entre o serviço prestado e o local onde está domiciliado o tomador, que é o sujeito destinatário da atividade. A decisão de que a realidade econômica tributada também ocorre no local do domicílio do tomador de tais serviços é legítima, desde que seja possível bem definir todos os contornos dessa figura (tomador) e onde é domiciliado”.

Em resumo, a controvérsia constitucional se concentra na mudança da localização da incidência do ISS para o domicílio do tomador em determinadas situações. Essa mudança busca atender a objetivos de justiça fiscal, fortalecimento da autonomia financeira dos Municípios e distribuição equitativa de receitas, mas deve ser feita de forma coerente com a realidade econômica do serviço tributado. A legislação complementar federal desempenha um papel fundamental na definição dessas regras gerais.

Por outro lado, a alteração na sistemática de recolhimento do ISS promovida pela Lei Complementar 157/2016 resultou em ofensa ao princípio da segurança jurídica. A mu-

dança, que transferiu a incidência do imposto para o domicílio do tomador de serviços em determinados casos, carecia de uma definição clara do conceito de “tomador de serviços”, criando insegurança jurídica e o potencial para dupla tributação ou a falta de uma correta incidência tributária.

Dessa forma, a publicação da Lei Complementar 175/2020 buscou resolver algumas dessas questões, especificando quem é o “tomador de serviços” em diversos cenários, a despeito de ainda persistirem imprecisões e dúvidas. As mudanças oriundas da LC 157/2016 afetam mais de cinco mil municípios brasileiros e têm o potencial de criar conflitos de competência em matéria tributária. A falta de uma normatização adequada compromete a segurança jurídica e a estabilidade entre os entes federados, sendo necessária uma definição clara de todos os aspectos da hipótese de incidência para evitar tais conflitos. Além disso, como já citado neste artigo anteriormente, a Lei Complementar 175/2020 instituiu um padrão nacional de obrigações acessórias do ISS e um Comitê Gestor para regulamentar essas questões, o que gerou alegações de invasão de competência dos municípios e violação de princípios constitucionais. Embora a padronização e a criação do referido Comitê tenham objetivos louváveis, a alteração do local de incidência do ISS não observou a Constituição Federal, tornando diversos dispositivos da Lei Complementar 175/2020 inconstitucionais, incluindo os relacionados ao padrão nacional de obrigações acessórias e ao próprio Comitê Gestor.

De outra parte, em relação ao caso de ISS sobre serviços de administração de fundos de investimento, previamente ao STF, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já havia se deparado com o assunto, tendo deixado de receber um recurso especial interposto por contribuinte, sob o fundamento de já ter posicionamento uniformizado sobre o assunto, no sentido de que o ISS é devido no local definido pela regra geral do domicílio do prestador, e não pela exceção. Neste caso, o STJ esclareceu que a decisão recorrida dada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo confirmou a orientação do próprio STJ, sob o entendimento de que o “resultado do serviço prestado por empresa sediada no Brasil de gestão de carteira de fundo de investimento, ainda que constituído no exterior, realiza-se no lugar onde está situado seu estabelecimento prestador, porque é nele que são apurados os rendimentos (ou prejuízos) decorrentes das ordens de compra e venda de ativos tomadas pelo gestor e que, desde logo, refletem materialmente na variação patrimonial do fundo”.

Há também um segundo, terceiro, quarto e quinto exemplos de serviços, cujas decisões das ADINs citadas abarcam os respectivos serviços em razão de estarem elencados no subitem 15.01. Trata-se dos serviços de (i) de planos de medicina de grupo ou individual; (ii) de administração de consórcios; (iii) de administração de cartão de crédito ou débito e congêneres; e (iv) de arrendamento mercantil.

Por essa mesma linha de raciocínio jurídico, o debate faz um juízo de como anda mal a coordenação do pacto federativo, na medida em que foca muito em guerra fiscal entre os entes federados e menos, na coordenação de uma política fiscal constitucional.

3 Conclusão

O presente artigo procurou retratar um problema de legalidade e constitucionalidade bem mais profundo e abrangente do que muitas vezes parece ser. Destacou também as

tentativas isoladas de soluções que se têm dado pelos entes municipais legislativos ou pelos seus julgadores, na medida em que se deparam com a aplicação dessas leis falhas aos casos práticos.

Apesar da regulamentação individual de cada municipalidade no sentido de garantir a sua arrecadação, agindo por competência que lhe foi dada pela CF, mas com base em normas viciadas e inconstitucionais, é frequente que a solução acabe por provocar um sistema de leis semelhante a uma colcha de retalhos, em detrimento da segurança jurídica e da legalidade.

Essa inconsistência legislativa em relação à tributação brasileira possui vários outros exemplos que poderiam ser aqui citados, levando a mesma conclusão sobre a discrepância legal e interpretativa que se é dada ao fato tributário realizado em razão de causas outras que não a jurídica. Trata-se de casos em que a norma surge pautada em motivação política, orçamentária ou em aspectos sem qualquer relação com as finalidades de uma lei complementar, quais sejam, a de dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; regular as limitações constitucionais ao poder de tributar e estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária.

O ordenamento jurídico não é um agrupamento de normas jurídicas inertes, estáticas. Pelo contrário, o direito positivo é justamente um corpo vivo de normas, dinâmico, que se amolda constantemente aos novos tempos. As mudanças advindas do comportamento dos agentes econômicos, de novas atividades econômicas e empresariais, das novas formas de realização dos negócios, da própria digitalização da economia, devem ser objeto de acompanhamento atento tanto pelo legislador quanto pelo aplicador da lei tributária. Somente assim, será atendido o ideal de justiça fiscal na repartição da carga tributária pela sociedade. A finalidade social a qual o tributo se presta. A dinâmica dos negócios assim o exige. E esse procedimento conta agora com o respaldo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e de parte importante da doutrina.

Por fim, com um olhar crítico em relação ao atual cenário aqui exposto, não causa estranheza a percepção de que pouco se mudará após a eventual aprovação de projeto de lei que trata da reforma tributária brasileira. Há grandes chances de o sistema tributário baseado em normas nascidas já mortas se manter. O atual projeto legislativo que trata do assunto refere-se à criação de um imposto sobre valor agregado, um IVA dual, intitulado de IBS, que contemplaria impostos sobre bens e serviços administrados por Estados e Municípios. A crítica se baseia justamente no fato de que essa nova modalidade, em verdade, mantém uma semelhante repartição de política fiscal em relação a atual, caindo-se nas mesmas indagações sobre a real autonomia financeira que a CF delegou aos entes, respeitando (ou não) o pacto federativo. Uma reforma tributária real ou imaginária? Aguardemos.

Referências

ASSEF LAVEZ, R. Tipicidade Fechada, Determinação e Cognoscibilidade: a Legalidade entre Conceitos “Indeterminados” e Cláusulas Gerais. *Revista Direito Tributário Atual*, [S. l.], n. 43, p. 354–382, 2019. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/722>

BARONI, Alexandre de Castro. BIFANO, Elidie Palma. Aspecto espacial da incidência do ISS sobre serviços prestados por administradoras de cartão de crédito, débito e congêneres, a partir da Lei Complementar nº 157/2016. FGV Direito SP Research Paper Series n. TL007 (2019)

BIANCO, J. F. (2005). Segurança Jurídica e o Princípio da Legalidade no Direito Tributário. Revista Direito Tributário Atual, (19), 16–23.; Edição n. 19 (2005) Acesso em: 14 set. 2023

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 2.039.633 - SP (2022/0365323-8). Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202203653238&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 5835. Origem: DF – Distrito Federal; Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5319735> Acesso em: 14 set. 2023.
OECD (2014), Plano de ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264207790-pt>.

ROCHA, Sergio André. Da Lei à Decisão: A Segurança Jurídica Tributária Possível na Pós-Modernidade. Editora Lumen Juris; Rio de Janeiro, 2017

SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito tributário – 9. ed. – São Paulo: Saraiva, 2019