

DIGESTO

A REVISTA JURÍDICA DO ISM – INSTITUTO SILVIO MEIRA

“TEMAS DE DIREITO ADMINISTRATIVO”

4^a EDIÇÃO

ANDRÉ AUGUSTO MALCHER MEIRA
(COORDENADOR)

DIGESTO

A REVISTA JURÍDICA DO ISM – INSTITUTO SILVIO MEIRA

“TEMAS DE DIREITO ADMINISTRATIVO”

4ª EDIÇÃO



EM HOMENAGEM POST MORTEM AO JURISTA ARNALDO MEIRA



Belo Horizonte
2023

CONSELHO EDITORIAL

Álvaro Ricardo de Souza Cruz	Jorge Bacelar Gouveia – Portugal
André Cordeiro Leal	Jorge M. Lasmar
André Lipp Pinto Basto Lupi	Jose Antonio Moreno Molina – Espanha
Antônio Márcio da Cunha Guimarães	José Luiz Quadros de Magalhães
Bernardo G. B. Nogueira	Kiwonghi Bizawu
Carlos Augusto Canedo G. da Silva	Leandro Eustáquio de Matos Monteiro
Carlos Bruno Ferreira da Silva	Luciano Stoller de Faria
Carlos Henrique Soares	Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Claudia Rosane Roesler	Luiz Manoel Gomes Júnior
Clèmerson Merlin Clève	Luiz Moreira
David França Ribeiro de Carvalho	Márcio Luís de Oliveira
Dhenis Cruz Madeira	Maria de Fátima Freire Sá
Dirceô Torrecillas Ramos	Mário Lúcio Quintão Soares
Edson Ricardo Saleme	Martônio Mont'Alverne Barreto Lima
Eliane M. Octaviano Martins	Nelson Rosenvald
Emerson Garcia	Renato Caram
Felipe Chiarello de Souza Pinto	Roberto Correia da Silva Gomes Caldas
Florisbal de Souza Del'Olmo	Rodolfo Viana Pereira
Frederico Barbosa Gomes	Rodrigo Almeida Magalhães
Gilberto Bercovici	Rogério Filippetto de Oliveira
Gregório Assagra de Almeida	Rubens Beçak
Gustavo Corgosinho	Sergio André Rocha
Gustavo Silveira Siqueira	Vladimir Oliveira da Silveira
Jamile Bergamaschine Mata Diz	Wagner Menezes
Janaína Rigo Santin	William Eduardo Freire
Jean Carlos Fernandes	

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico,
inclusive por processos reprográficos, sem autorização expressa da editora.

Impresso no Brasil | Printed in Brazil

Arraes Editores Ltda., 2022.

Coordenação Editorial: Fabiana Carvalho
Produção Editorial e Capa: Danilo Jorge da Silva
Revisão: Responsabilidade do Autor

Elaborada por: Fátima Falci
CRB/6-700

MATRIZ

Av. Nossa Senhora do Carmo, 1650/loja 29 - Bairro Sion
Belo Horizonte/MG - CEP 30330-000
Tel: (31) 3031-2330

FILIAL

Rua Senador Feijó, 154/cj 64 - Bairro Sé
São Paulo/SP - CEP 01006-000
Tel: (11) 3105-6370

www.arraeseditores.com.br
arraes@arraeseditores.com.br

Belo Horizonte
2022

INSTITUTO SILVIO MEIRA – ACADEMIA DE DIREITO

www.institutosilviomeira.net.br

DIRETORIA

André Augusto Malcher Meira

Presidente

Roberta Menezes Coelho de Souza

Vice-presidente

Bruno Menezes Coelho de Souza

Diretor Secretário

Eduardo Vera-Cruz Pinto

Diretor Geral em Lisboa

Raimundo Chaves Neto

Diretor em Lisboa

Ana Patrícia Lima Freire

Diretora em Lisboa

MEMBROS

MEMBROS BENEMÉRITOS

1. ALUÍSIO AUGUSTO MARTINS MEIRA
2. ANTÔNIO MARIA FILGUEIRAS CAVALCANTE (IN MEMORIAM)
3. MARIA BETÂNIA FIDALGO ARROYO
4. MARIA HELENA DINIZ
5. MAURO IMBIRIBA CORRÊA
6. RITA DE CÁSSIA SANT ANNA CORTEZ

MEMBROS HONORÁRIOS

1. JÚLIO ANTÔNIO JORGE LOPES
2. VIVIANE COELHO DE SÉLLOS-KNOERR
3. MINISTRO JOSÉ BARROSO FILHO
4. INSTITUTO LUDOVICUS – CÂMARA CASCUDO

MEMBROS EFETIVOS

1. ADHERBAL MEIRA MATTOS
2. ADRIANA MALCHER MEIRA ROCHA
3. ANA MARIA BARATA
4. ÂNGELA SERRA SALLES
5. ANTÔNIO JOSÉ DE MATTOS NETO
6. AVELINA HESKET
7. BRUNA KOURY
8. BRUNO MENEZES COELHO DE SOUZA
9. CESAR BECHARA NADER MATTAR JR
10. CLODOMIR ARAÚJO JR
11. CLÓVIS CUNHA DA GAMA MALCHER FILHO
12. ELDER LISBOA DA COSTA - (*in memoriam*)
13. ERNANE MALATO
14. EVA FRANCO
15. FABRÍCIO VASCONCELOS DE OLIVEIRA
16. FLÁVIA FIGUEIRA
17. FREDERICO ANTÔNIO LIMA DE OLIVEIRA
18. GABRIELA HOLANDA CASTRO
19. HOMERO LAMARÃO NETO
20. JEFERSON ANTÔNIO FERNANDES BACELAR
21. JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO
22. JUSSARA DERENJI
23. LUCIANA MARIA MALCHER MEIRA
24. LUISA CHAVES
25. MAGDA ABOU EL HOSN
26. MARCELO HOLANDA
27. MARINA ANDRADE DA GAMA MALCHER GATO
28. MARINA PANTOJA BERNARDES
29. MILTON AUGUSTO DE BRITO NOBRE
30. NEY MARANHÃO
31. PASTORA DO SOCORRO TEIXEIRA LEAL
32. PAULO DE TARSO DIAS KLAUTAU FILHO
33. RAPHAEL SAMPAIO VALE
34. RENAN VIEIRA DA GAMA MALCHER
35. ROBERTA MENEZES COELHO DE SOUZA
36. RUI FRAZÃO DE SOUSA
37. SERGIO ALBERTO FRAZÃO DO COUTO (*in memoriam*)
38. THADEU DE JESUS E SILVA
39. VICTOR AUGUSTO DE OLIVEIRA MEIRA
40. ZENO VELOSO (*in memoriam*)

SÓCIOS CORRESPONDENTES

1. ANA PATRÍCIA LIMA FEIRE - PERNAMBUCO E LISBOA
2. AURÉLIO WANDER BASTOS - RIO DE JANEIRO
3. AURINEY BRITO - AMAPÁ
4. AUSTRÉIA MAGALHÃES CÂNDIDO - SÃO PAULO
5. EDUARDO SERUR- PERNAMBUCO
6. ELIZA GONÇALVES DIAS - CEARÁ
7. MARIANNA CHAVES - PARAÍBA E COIMBRA
8. RAIMUNDO CHAVES NETO - CEARÁ E LISBOA
9. RICARDO BEZERRA - PARAÍBA
10. ROBERTO VICTOR PEREIRA RIBEIRO - CEARÁ
11. RODOLFO PAMPLONA FILHO - BAHIA
12. RODRIGO LIMA VAZ SAMPAIO - SÃO PAULO
13. JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO - SÃO PAULO
14. CARMELA GRUNE - RIO GRANDE DO SUL
15. VIVIANE SÉLLOS KNOÉRR - PARANÁ
16. HÉLIO GUSTAVO ALVES - SANTA CATARINA
17. SOFIA MIRANDA RABELO - MINAS GERAIS
18. ANA PAULA BALBINO - MINAS GERAIS
19. CLÁUDIO HENRIQUE DE CASTRO - PARANÁ
20. ROBERTA AVELINE - ROMA / ITÁLIA

REALIZAÇÕES ISM

- I CONGRESSO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO (SET/2013) - BELÉM
- II CONGRESSO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO (SET/2014) - BELÉM (em homenagem a Egydio Machado Salles)
- III CONGRESSO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO (MAIO/2015) - LISBOA
- IV CONGRESSO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO (SET/2015) - BELÉM (em homenagem a Zeno Veloso)
- V CONGRESSO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO (ABRIL/2016) - LISBOA (em homenagem a Clóvis Malcher)
- XVIII CONGRESSO INTERNACIONAL E XXI CONGRESSO IBEROAMERICANO DE DIREITO ROMANO (AGOSTO/2016) - BELÉM (em homenagem a Clóvis Malcher)
- VI CONGRESSO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO (MAIO/2017) - LISBOA (em homenagem a Daniel Coelho de Souza)
- XXIV FÓRUM DE CIÊNCIA PENAL (SETEMBRO/2017) - FORTALEZA

- VISITA OFICIAL NA OMC - ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO (ABRIL/2015) - GENEVRA/SUÍÇA
- I CONGRESSO LUSO-ÍTALO-BRASILEIRO DE DIREITO (23 e 24 de ABRIL de 2018) - VATICANO/ROMA/ITÁLIA (em homenagem a Arnaldo Meira)
- VII CONGRESSO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO (18 e 19 de OUTUBRO de 2018) - LISBOA/PORTUGAL (em homenagem a Adherbal Meira Mattos)
- II CONGRESSO ÍTALO-LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO (25 e 26 de MARÇO de 2019) - ROMA/ITÁLIA (em homenagem ao centenário do nascimento do jurista Silvio Meira)
- SIMPÓSIO DE DIREITO ROMANO (14 de MAIO de 2019) - RIO DE JANEIRO (em homenagem ao centenário do nascimento do jurista Silvio Meira)
- COLUNBRADEC - CONGRESSO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO EMPRESARIAL E CIDADANIA (14 de MAIO de 2019) - CURITIBA/PA (em homenagem ao centenário do nascimento do jurista Silvio Meira - em parceria com o UNICURITIBA)
- ENCONTRO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO (27 de SETEMBRO de 2019) - LISBOA/PT (em homenagem ao centenário do nascimento do jurista Silvio Meira)
- VIII CONGRESSO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO (09 e 10 de OUTUBRO de 2019) - BELÉM/PA (em homenagem ao centenário do nascimento do jurista Silvio Meira)
- SIMPÓSIO DE DIREITO AMAZÔNICO (08 de NOVEMBRO de 2019) - BELÉM/PA em homenagem ao centenário do nascimento do jurista Silvio Meira)
- 30 “LIVES” virtuais na época da pandemia Covid-19
- I CONGRESSO FRANCO-BRASILEIRO DE DIREITO (09 e 10 de MARÇO de 2022) - PARIS / FRANÇA (em homenagem aos 50 anos de formado do jurista FREDERICO COELHO DE SOUZA - “*in memoriam*”)
- III CONGRESSO ÍTALO-LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO (10 e 11 de OUTUBRO de 2022) - ROMA/ITÁLIA (em homenagem aos 50 anos de formado do jurista FREDERICO COELHO DE SOUZA - “*in memoriam*”)
- IX CONGRESSO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO (13 e 14 de OUTUBRO de 2022) - LISBOA/PT (em homenagem aos 50 anos de formado do jurista FREDERICO COELHO DE SOUZA - “*in memoriam*”)
- X CONGRESSO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO (30 e 31 de MARÇO de 2023) - FUNCHAL/ILHA DA MADEIRA/PORTUGAL (em homenagem aos 10 anos do ISM)

PRÓXIMAS REALIZAÇÕES

- IV CONGRESSO ÍTALO-LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO (02 e 03 de OUTUBRO de 2023) – ROMA/ITÁLIA (em homenagem aos 10 ANOS DO ISM)
- II SIMPÓSIO DE DIREITO AMAZÔNICO (27 de OUTUBRO de 2023 – BELÉM/PA)
- I CONGRESSO BRASIL GERMÂNICO DE DIREITO (29 e 30 de ABRIL de 2024) – FRAKFURT/ALEMANHA

PRÊMIO SILVIO MEIRA - LISTA DE PREMIADOS

- ANA PATRÍCIA LIMA FREIRE
- CÉSAR BECHARA NADER MATTAR JR
- CLÓVIS CUNHA DA GAMA MALCHER (*in memoriam*)
- CLÓVIS CUNHA DA GAMA MALCHER FILHO
- DES. CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO
- DANIEL QUEIMA COELHO DE SOUZA (*in memoriam*)
- DÉBORA BEMERGUY ALVES
- FREDERICO ANTÔNIO LIMA DE OLIVEIRA
- FREDERICO COELHO DE SOUZA (*in memoriam*)
- GUARANY JR
- JEFERSON ANTÔNIO FERNANDES BACELAR
- MAITÊ GADELHA (médica – edição especial)
- MARIA TERESA DA COSTA MACEDO
- DES. MILTON AUGUSTO DE BRITO NOBRE
- PAULO ARTHUR CAVALCANTE KOURY
- RAIMUNDO CHAVES NETO
- ROBERTO VICTOR PEREIRA RIBEIRO
- SÉRGIO ALBERTO FRAZÃO DO COUTO (*in memoriam*)

PRÊMIO MYRTHES GOMES DE CAMPOS - LISTA DE PREMIADAS

- ROBERTA MENEZES COELHO DE SOUZA (2020)
- MARIA AVELINA IMBIRIBA HESKET (2021)
- ÂNGELA SERRA SALES (2022)
- ANA MARIA RODRIGUES BARATA (2023)

CÁTEDRAS DE INVESTIGAÇÃO CIENTÍFICA DO ISM

- I. CÁTEDRA SILVIO MEIRA
- II. CÁTEDRA CLÓVIS MALCHER
- III. CÁTEDRA DANIEL COELHO DE SOUZA
- IV. CÁTEDRA ORLANDO BITAR
- V. CÁTEDRA AUGUSTO MEIRA
- VI. CÁTEDRA PAULO KLAUTAU
- VII. CÁTEDRA OTÁVIO MENDONÇA
- VIII. CÁTEDRA ORLANDO TEIXEIRA DA COSTA
- IX. CÁTEDRA OCTÁVIO MEIRA
- X. CÁTEDRA EGYDIO SALLES
- XI. CÁTEDRA INGLEZ DE SOUZA
- XII. CÁTEDRA BENEDITO NUNES
- XIII. CÁTEDRA PEDRO TEIXEIRA (LUSO-BRASILEIRA)
- XIV. CÁTEDRA EGYDIO SALLES FILHO
- XV. CÁTEDRA ZENO VELOSO
- XVI. CÁTEDRA LUIZ PAULO MALCHER

HINO DO INSTITUTO SILVIO MEIRA

Letra e música: José Vicente Malheiros da Fonseca

*Nossa fonte do saber,
Entidade cultural
Para o estudo do Direito.*

*Salve nosso grande jurista!
Mestre do Direito Romano,
Que tanto orgulha o Pará
Tu és universal,
Sílvio Meira imortal,
E nas lições que deixaste,
Não há nada que afaste
Esse nosso ideal.*

*Sempre em prol da cultura
Base da educação
E na pesquisa, na cátedra,
Da ciência jurídica
Que inspira a canção.*

*Vamos cantar neste hino
Nosso Instituto querido,
Casa de Sílvio Meira,
Romanista, escritor,
Eternal professor.*

*Salve nosso grande jurista!
Mestre do Direito Romano,
Que tanto orgulha o Pará*

*Tu és universal,
Sílvio Meira imortal,
E nas lições que deixaste,
Não há nada que afaste
Esse nosso ideal.*

QUEM FOI SILVIO MEIRA?

Silvio Augusto de Bastos Meira, nome literário Silvio Meira, advogado, professor Catedrático e Emérito da UFPA, jurista, jurisconsulto, humanista, germanista, romancista, escritor. Homem de todas as letras. Filho do senador Augusto Meira com Anésia de Bastos Meira, nasceu em Belém do Pará no dia 14 de maio de 1919. Em 1924 iniciou os estudos primários no “Instituto Vieira”, concluindo em 1929. No ano seguinte, aos 11 anos, ingressou no Gynásio Paraense (Colégio Paes de Carvalho), onde organizou um jornal intitulado “Nihil”, com seis exemplares. Em 1935, aos 16 anos, termina o curso ginasial e realiza o curso pré-jurídico, quando inicia os estudos na língua alemã com a professora Otilia Müller Schumann. Aos 18 anos escreve seu primeiro livro, “A conquista do Rio Amazonas”, onde conta a história do navegador Pedro Teixeira e, aos 19, escreve seu primeiro romance “Mato Grande”, inédito até hoje, quando, também, teve publicado no importante “Jornal do Commercio” um trabalho sobre Frederico Schiller, de sua autoria. Em 1937, ingressa na Faculdade de Direito do Pará. Em 1940, ainda acadêmico de direito, realiza concurso para o Ministério do Trabalho, conquistando o primeiro lugar entre 400 candidatos, assumindo como secretário do Tribunal Regional do Trabalho. Gradua-se em direito no ano de 1942, com o título de “laureado”, sendo o orador oficial da turma. Em 1943, desliga-se do Tribunal do Trabalho e é nomeado diretor da Junta Comercial do Estado do Pará. Inscrito na OAB-PA sob o nº 305, foi advogado militante por mais de 30 anos. Completou seus estudos humanísticos em bolsa de estudos na Alemanha, França e Itália, nos anos de 1957 a 1962. Em todas as missões ao exterior manteve contato pessoal com eminentes romanistas, tendo várias de suas obras traduzidas para vários idiomas.

Projetou-se no Pará como legislador (constituente de 1946), presidente da Comissão que elaborou o projeto da Constituição Política do Estado em 1947 e membro da que elaborou a de 1967, presidente da Comissão de Constituição e Justiça, contribuiu para a redação do Código Civil de 2002, presidente do Instituto dos Advogados do Pará (IAP) e vice-presidente da OAB-PA na gestão de Daniel Coelho de Souza e Egydio Salles. Silvio Meira também foi deputado estadual (líder da maioria), consultor geral da Prefeitura de Belém, consultor geral do Estado, membro do Conselho Estadual (desde a sua fundação em 1969) e do Conselho Federal de Cultura (1971 a 1977), bem como 1º suplente de deputado federal e de senador da República.

Além dos inúmeros cargos que exerceu, era membro de várias entidades culturais, nacionais e estrangeiras, tais como a Academia Brasileira de Letras

Jurídicas (fundador, na cadeira nº 05), Academia Brasileira de História, Instituto dos Advogados Brasileiros (de onde foi Orador Oficial por muitos anos), Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro (e de vários Estados, como o do Pará), Academias de Letras (Carioca, Pará, Acre, Paraíba, Alagoas e outras), Academia Brasileira de Literatura Infantil e Juvenil, Sociedade Brasileira de Romanistas, foi presidente da Associação Interamericana de Direito Romano, bem como membro honorário da Academia Paraense de Letras Jurídicas. Com mais de cinquenta títulos e diplomas honoríficos, entre eles o diploma “Al Mérito” da Universidade Autônoma e da Universidade Veracruzana do México, “Palma de Ouro” da UFPA, “Ami de Paris”, do Conselho Municipal de Paris, “Medalha do Mérito” da Universidade Federal de Pernambuco, “Medalha Osvaldo Vergara” da OAB-RS, “Medalhas do Centenário de Rui Barbosa”, do Centenário de Plácido de Castro, Cidadão Carioca, pela Assembleia Legislativa do Estado da Guanabara, “Medalha José Veríssimo” da Academia Paraense de Letras, “Medalha Cultural Augusto Meira”, do Conselho Estadual de Cultura, Diploma de Cidadão Petropolitano e “Prêmio Clio” da Academia Paulista de História (1991), dentre tantos outros. Recebeu quatro prêmios da Academia Brasileira de Letras (Odorico Mendes, Aníbal Freire, Alfredo Jurzikowsky e a mais alta comenda cultural brasileira, a “Medalha Machado de Assis”, pelo conjunto da obra). Nas Letras Jurídicas, é o único paraense a receber as três maiores comendas do país: o “Prêmio Pontes de Miranda”, da Academia Brasileira de Letras Jurídicas (1980), o “Prêmio Teixeira de Freitas”, do Instituto dos Advogados Brasileiros (1971, indicado por 36 juristas) e o “1º Prêmio Brasília de Letras Jurídicas”, do Clube dos Advogados do Distrito Federal (1977). Nos anos 70, cursou a Escola Superior de Guerra, sendo orador da turma.

Como professor, em 1947 foi contratado para lecionar Direito Civil e, em 1955, começou a lecionar Direito Romano, conquistando a Cátedra da disciplina em 1958 com a tese “A Lei das XII Tábuas – Fonte do Direito Público e Privado”. Em 1989, foi elevado a professor Emérito da UFPA. Silvio Meira, sobretudo, era um germanista. A convite do governo alemão estudou e visitou as universidades de Bonn, Hamburgo, Berlim, Munique, Bochum, Heidelberg, Constanz, Instituto Max Planck, entre outras. Traduziu, do original, a obra-prima “Fausto” de Goethe, em versos rimados (5 edições), merecendo por essa tradução os aplausos de eminentes homens de letras brasileiros. Traduziu, também, o drama “Guilherme Tell”, de Frederico Schiller (2 edições), sendo premiado pela Academia Brasileira de Letras. Sobre a cultura tedesca, ainda publicou a bela obra “Estudos Camonianos e Goethianos”. Pelas suas realizações no campo germanístico recebeu a mais alta comenda cultural alemã, a medalha “Verdienskreuz”, a Cruz do Mérito da antiga República Federal da Alemanha, em 1ª classe. Sobre a tradução do Fausto feita por Silvio Meira, escreveu o saudoso

Carlos Drummond de Andrade: “Não preciso dizer-lhe do interesse que me despertou a recriação, em vernáculo, da obra-prima alemã, interpretada com tanto escrúpulo intelectual e conhecimento de particularidades literárias, que tornam esse trabalho realmente digno de admiração”.

Silvio Meira publicou inúmeras obras nas áreas do Direito, literatura, poesia, ensaio, biografia, tradução e romance, mais de duzentas monografias, artigos e conferências por todo o mundo e mais de quinze mil pareceres jurídicos. Na semana passada já tratamos das obras germanistas, abordando a tradução do “Fausto” de Goethe e o drama “Guilherme Tell”, de Schiller, ambas premiadas como as melhores traduções para a língua portuguesa. Aliás, sobre o caráter germanista de Silvio Meira assim pronunciou-se a saudosa escritora Racquel de Queiroz, a primeira mulher a ingressar na Academia Brasileira de Letras: “Silvio Meira é um goethiano, cultor e tradutor do Poeta. Isso se compreende, pois as afinidades entre ambos são evidentes, como a multiplicidade de facetas intelectuais, que no paraense descobrimos na cátedra, na ciência, na linguística, na poesia, no romance. E cada qual tão merecedora de aplausos quanto a obra”. Mas, Silvio Meira era, também, um romancista. Sua famosa trilogia “Os Náufragos do Carnapijó”, “O Ouro do Jamanxim” e “Os Balateiros do Maicuru”, que tratam a vida na Amazônia, eram obras obrigatórias nas escolas públicas do país pelo INL – Instituto Nacional do Livro. Aliás, sobre “O Ouro do Jamanxim”, pronunciou-se o grande Carlos Drummond de Andrade: “...belo e vigoroso romance O Ouro do Jamanxim. Ele nos permite visualizar, de forma dramática, a terra e o homem amazônico, através de uma história que cativa o interesse do leitor. Ficção que reflete a vida em movimento, e que por isso, a par do mérito literário, tem o valor de documento social e humano”.

No campo da história, Silvio Meira escreveu “A Conquista do Rio Amazonas”, “A Epopéia do Acre”, “Fronteiras Sententrionais: 3 séculos de lutas no Amapá”, “Fronteiras Sangrentas”, “Meditações sobre o Fausto de Goethe” (separata) e “Mato Grande” (inédito). Sobre a obra “Fronteiras Sangrentas”, assim comentou o saudoso intelectual Gilberto Freyre: “...o erudito admirável, cujo alto saber nunca se desprende das coisas mais nacionais do Brasil, que é o Prof. Silvio Meira”. No campo da poesia, publicou “Antologia Poética”, “Antologia de Poetas Alemães” (26 poetas), e os ensaios “Estudos Camonianos e Goethianos” – onde faz uma profunda análise comparativa entre o pensamento de Goethe e Camões –, “Andrés Bello e Teixeira de Freitas” e “A missão do orador”. Sobre as Antologias Poéticas, assim escreveu o saudoso escritor Octávio de Faria, imortal da Academia Brasileira de Letras: “Silvio Meira é um ser vivo e pulsante, ao mesmo tempo um romancista, e um poeta, um jurista e um ensaísta, um ser que vibra como todos ante tudo o que existe e se faz sentir no tremendo mundo em que vivemos. Apenas, e antes de mais nada, é um ser voltado para o que há

de mais belo e de mais nobre, para o passado mais clássico em cujo culto foi educado – e, digamos assim, esplendidamente educado”.

Na área do Direito, foi autor de inúmeras obras, artigos, conferências e trabalhos científicos ao longo da vida, especialmente na área romanista, os quais destacamos: “Curso de Direito Romano” (reeditado em 1996 pela LTr em edição comemorativa), “História e Fontes do Direito Romano”, “Instituições de Direito Romano” (um tratado, reeditado em 2017 pelo IASP), “Direito Tributário Romano” (reeditado em 2013 pela Ed. UFPA), “A Lei das XII Tábuas – Fonte do Direito Público e Privado” (sua tese de Cátedra), “Novos e Velhos Temas de Direito”, “O Direito Vivo”, “Noções Gerais de Processo Civil Romano”, “Processo Civil Romano”, “Temas de Direito Civil e Agrário”, “A vocação dos séculos e o Direito Romano”, “Alguns Casos Forenses”, “Direitos de ontem e de hoje”, “Rui Barbosa na Constituição de 1988”, “O Brasil e o Direito Romano”, “O Tribunato da Plebe em face do Direito Romano”, entre tantos outros. Suas obras foram publicadas pelas melhores editoras do Brasil e do exterior. Notabilizou-se com o lançamento das biografias dos dois maiores juristas do Brasil: “Clóvis Beviláqua – Sua Vida, Sua Obra” e “Teixeira de Freitas – O Jurisconsulto do Império”, ambas premiadas, deixando, ainda, a obra “Couto de Magalhães, o último bandeirante” (inacabada). Sobre a biografia de Teixeira de Freitas, assim escreveu o saudoso Afonso Arinos de Melo Franco, titular da cadeira 25 da Academia Brasileira de Letras: “Agora, com este livro monumental sobre Teixeira de Freitas, o humanismo de Silvio Meira adquire nova dimensão, a de biografia, no seu sentido abrangente de ensaio jurídico, pesquisa histórica, reflexão social e compressão humana”. Silvio Meira compôs inúmeras bancas de mestrados, doutorados, cátedras e livre docências em diversas universidades da Europa e da América Latina, muitas delas na USP. Em 2017, a Universidade da Amazônia batizou a biblioteca do curso de direito com o seu nome.

Silvio Meira casou-se com Maria José Martins Meira (in memoriam) e teve sete filhos, Aluisio, Maria Silvia, Arnaldo (in memoriam), Heloisa, Celso (in memoriam), Fernando (in memoriam) e Henrique. Dedicou-se também à arte, especializando-se em pintura na França. A música, que ele tão bem retratava no piano “Essenfelder” de cauda longa, também fazia parte dos seus hobbies desde a infância. Falava e escrevia fluentemente mais de oito idiomas, entre eles o latim, alemão, francês, espanhol, italiano, inglês e grego. Silvio Meira faleceu no dia 31 de dezembro de 1995, em Londres/Inglaterra, depois de retornar de uma conferência em Bruxelas. Foi toda uma vida dedicada à cultura, ao trabalho, à família e à pátria.

“Todos nós devíamos nos preparar para o futuro aprendendo coisas que ainda não sabemos, desaprendendo coisas que sabemos, mas não deveríamos mais saber, e reaprendendo coisas que já soubemos e que voltaram a ser úteis.”

(Silvio Meira)

SOBRE OS AUTORES

ADHERBAL MEIRA MATTOS

Titular de Direito Internacional da UFPA.

ADRIELY SARAIVA SARKI

Assessora Jurídica da Universidade do Estado do Pará/UEPA; advogada; email: adriely.sarkis@gmail.com.

ALEXANDRA FONSECA RODRIGUES

Mestra em Direitos fundamentais pela UNAMA; Especialista em Direito Processual pela UNAMA. Professora da Graduação e da Pós-graduação em Direito da UNAMA. Assessora de Juiz do Tribunal de Justiça do Estado do Pará.

ANA MARIA BARATA

Mestre e professora aposentada-UFPA. Advogada especializada em Direito Administrativo Sancionador Disciplinar. Consultora Jurídica aposentada da Defensoria Pública do Estado do Pará.

ANA MARIA COSTA SOBRAL

ÂNGELA SABÁT

Advogada. Pós graduada em Direito de Família e Sucessões. Membro associado do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM. Membro da Comissão de Direito de Família da OAB/PA.

ARIANNE BRITO CAL ATHIAS

Doutora em Direito Administrativo pela PUC de São Paulo. Mestra em Direito Administrativo pela Universidade da Amazônia (UNAMA). Professora

da graduação e pós graduação em Direitos Fundamentais da Universidade da Amazônia (UNAMA), email: arianneathias@gmail.com.

BIANCA DO NASCIMENTO ESCOSSIO

CAIO GUIMARÃES RODRIGUES

Graduando em direito, economia e relações internacionais, correspondente jurídico, pesquisador do mestrado do PPGDF e do GEPHC – Grupo de estudos e pesquisa em hermenêutica constitucional.

CARLA NOURA TEIXEIRA

Advogada. Doutora em Direito do Estado e Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Realiza Estágio Pós-Doutoral e atua como Professora convidada do Programa de Pós-graduação Mestrado e Doutorado do UNICURITIBA. Professora da Graduação em Direito da UNIFAMAZ e da FINAMA. Líder do Grupo Permanente de Estudos e Pesquisa “Direito Internacional para o Século XXI”. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo Sancionador (IDASAN), Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC), da Academia Brasileira de Direito Internacional (ABDI). E-mail- carlanoura@gmail.com

CLÁUDIO HENRIQUE DE CASTRO

Pós-Doutor em Direito pelo PPGD da UFSC (2022), Pós-doutor em Direito pelo PPGD da PUCPR (2021), Pós doutorando na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL); Doutor em Direito (UFSC-2019), com estágios doutorais na Facultad de Derecho de Sevilla, Espanha (US-2019) e na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL-2019); Especialista em Direito Administrativo (IRFB-2006); Criminologia e Direito Penal (ICPC-2007); Mestre em Direito das Relações Sociais (UFPR-2000); Professor Adjunto no Curso de Direito da Universidade Tuiuti do Paraná (2000) de Direito Romano e História do Direito; Pesquisador do Grupo Ius Dicere (Fontes do Direito Romano e Latim) - CAPES/UFSC; Graduado em Direito (UFPR-1994). Advogado, Historiador, Jornalista e Auditor de Controle Externo no Tribunal de Contas do Estado do Paraná, é membro do ISM.

DOUGLAS ESTEVAM

Mestre em Direito da Cidade (PPGD/UERJ). Chefe da Assessoria Jurídica da Fundação Planetário da Cidade do Rio de Janeiro. Secretário-Geral da Comissão Especial de Saneamento, Recursos Hídricos e Gás Encanado (OAB/RJ). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4442046087330159>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3523-2250>. E-mail: douglasestevam@hotmail.com

EDSON ALVES DOS SANTOS FURTADO DA SILVA

Bacharel em Direito pela Universidade da Amazonia- Unama

FABRÍCIO VASCONCELOS DE OLIVEIRA

Doutor e mestre em Direito pela UFPa; especialista em Direito pelo CEU/SP; professor associado II de Direito Empresarial na Universidade Federal do Pará/UFPA (onde leciona na graduação e no mestrado profissionalizante); professor titular de Direito Empresarial da Universidade da Amazônia/UNAMA (onde leciona na graduação e no mestrado); professor de Direito Empresarial na Centro Universitário do Pará/CESUPA; Procurador Fundacional/Autárquico do Estado do Pará lotado na Junta Comercial do Estado do Pará/JUCEPA; autor de obras jurídicas publicadas em diversos livros e periódicos; email: oliveirafabricio@hotmail.com.

FERNANDO FERREIRA CASTELLANI

Advogado. Administrador Judicial em processos de Recuperação Judicial e Falência. Doutor e Mestre em Direito Tributário pela PUCSP. Especialista em Direito Tributário pelo IBET. LLM em Direito Societário pelo Insper-SP. Especialista em Recuperação e reestruturação de empresas pela FGVSP. Ex-Conselheiro do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, do Ministério da Fazenda, em Brasília. Diretor Jurídico da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo- FIESP. Conselheiro do Conselho Superior de Direito da Federação do Comércio de bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo – FECOMERCIO.

FERNANDO GUSTAVO KNOERR

Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Pós-Doutorado pela Universidade de Coimbra. Professor do Mestrado e Doutorado - UNICURITIBA. Foi Procurador Federal de Categoria Especial e Juíz do TRE-PR. Advogado Sênior do Escritório Séllos Knoerr - Sociedade de Advogados. Escritor, Pesquisador e Palestrante.

FLÁVIA CHRISTIANE DE ALCÂNTARA FIGUEIRA

Advogada e Professora nas áreas de Famílias e Sucessões e Proteção de Dados e Privacidade, Mestranda, Presidente da Comissão de LGPD do IBDFAM/PA, Membro das Comissões de Famílias e Sucessões OAB/PA e Família e Tecnologia do IBDFAM Nacional e Instrutora Convidada da Ópice Blum Academy - São Paulo/SP. <https://www.linkedin.com/in/flaviacfigueiras/>

FREDERICO ANTONIO LIMA DE OLIVEIRA

Pós-doutor em Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Doutor em Direito Constitucional (PUC/SP).

Mestre em Direito Administrativo (UFPa). Lider do GEPHC - Grupo de estudos e pesquisa em hermenêutica constitucional.

HERMANO DE OLIVEIRA SANTOS

Doutorando em Direito (DInter/PPGD/UFBA), Professor de Direito (Faculdade Pio Décimo), Servidor da Justiça Eleitoral (TRE-SE). Currículo: lattes.cnpq.br/8900052310138642. E-mail: hermanodeoliveiraosantos@gmail.com.

JEFERSON ANTONIO FERNANDES BACELAR

Advogado licenciado; professor da Graduação e Mestrado da Universidade da Amazônia; diretor de ensino e pesquisa da Escola Judicial do Poder Judiciário do Estado do Pará - EJPA; membro da Academia Paraense de Letras Jurídicas - APLJ, membro do Instituto Silvio Meira - ISM; e Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá - UNESA.

JÉSSICA DA SILVA MIRANDA

Graduanda em Direito pela Universidade da Amazônia - UNAMA. E-mail: jessica_giovanna97@hotmail.com

JÚLIO ANTONIO LOPES

Advogado, graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas (UFAM), a “Velha Jaqueira”. Sócio Honorário do Instituto Sílvia Meira (ISM). Idealizador e membro fundador da Academia de Ciências e Letras Jurídicas do Amazonas (ACLJA), da qual é vice-presidente, no exercício da presidência. Membro efetivo da Academia Brasileira de Direito (ABD). Membro efetivo da Academia Brasileira de Ciências Morais e Políticas (ABCMP). Sócio Honorário da Academia Carioca de Direito (ACD). Sócio Honorário da Academia Paraibana de Letras Jurídicas (APLJ). Membro efetivo da Academia Amazonense de Letras (AAL). Membro efetivo do Instituto Geográfico e Histórico do Amazonas (IGHA). Sócio Correspondente da Academia Paraense de Letras Jurídicas (APLJ). Sócio Correspondente da Academia Cearense de Direito (ACD).

LUISA HELENA CARDOSO CHAVES

Tabeliã e registradora no Estado do Pará, Pós-graduada em Direito Empresarial com concentração em Propriedade Intelectual pela Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro/RJ, integrante do Colégio Registral do Estado do Pará, Integrante da Associação dos Notários e Registradores - Anoreg/PA, triênio 2021/2023. Mestranda no programa de Soluções Alternativas de Controvérsias Empresariais na Escola Paulista de Direito - EPD. Mestranda em Direito pela Faculdade de Lisboa - Portugal. Email: luisachaves1@hotmail.com.

MARCELO CUNHA HOLANDA

Advogado; economista; professor do curso de Direito; especialista em Direito Processual Civil; mestre em Direito, Relações Sociais e Interesses Difusos pela Universidade da Amazônia – UNAMA; membro honorário da Academia Brasileira de Direito Processual Civil (ABDPC); membro da International Law Association – ILA; membro do Instituto Comparado de Direito Luso-Brasileiro – IDCLB, membro do Instituto Silvio Meira – ISM e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Pará – UFPA.

MÁRCIA NOGUEIRA BENTES CORRÊA

Advogada especialista em direito cível, sucessões e administrativo.
marnbc@yahoo.com.br

MARINA PANTOJA:

MAURO AUGUSTO FERREIRA DA FONSECA JUNIOR

Advogado. Mestre em Direitos Fundamentais pelo Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade da Amazônia – UNAMA.

MAYNARA CIDA MELO DINIZ

Advogada. Bacharel em direito pelo Instituto de Ciência Jurídicas-ICJ na Universidade da Amazônia-UNAMA. Pós-Graduada em Direito Público e Direito de Trânsito pela faculdade LEGALE. Mestranda em Maestría en Derecho pela Fundação Iboamericana-FUNIBER.

MILTON NOBRE

Da Academia Brasileira de Direito – ABD, Instituto Sílvio Meira – ISM e Academia Paraense de Letras Jurídicas – APLJ.

PATRÍCIA MARTINS DE LIMA

POLLYANNA KRUGER

RICARDO BEZERRA

Advogado, Escritor. Academia Brasileira de Direito. Academia Paraibana de Letras Jurídicas. Instituto Histórico e Geográfico Paraibano. Academia de Letras e Artes do Nordeste – Paraíba. União Brasileira de Escritores da Paraíba. Academia Paraibana de Poesia.

RICARDO MAURÍCIO FREIRE SOARES

Pós-Doutor em Direito (Università degli Studi di Roma La Sapienza, Università degli Studi di Roma Tor Vergata e Università del Salento), Doutor em Direito (PPGD/UFBA), Professor de Direito (FaDUFBA, PPGD/UFBA, Faculdade Baiana de Direito e UNIRUY), Advogado (OAB-BA). Currículo: lattes.cnpq.br/7597880442041621. E-mail: ricardo.mfsoares01@gmail.com.

SÁVIO RUI BRABO DE ARAÚJO

Promotor de Justiça do Estado do Pará. Titular da 1ª. Promotoria de Justiça de Falência, Recuperação Judicial e Extrajudicial de Belém-Pa.LLM de Direito Societário pelo Insper/SP. Pós-Graduado em Direito Administrativo pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Pará. MBA em Direito Civil e Processual Civil pela FGV/RJ . Especializado em Recuperação Judicial, Fusões e Aquisições Societárias, Reestruturação de Empresas e Compliance pelo Insper/SP.

VICENTE JOSÉ MALHEIROS DA FONSECA

Desembargador do Trabalho de carreira (Aposentado), ex-Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região (Belém-PA). Professor Emérito da Universidade da Amazônia (UNAMA). Compositor. Membro da Associação dos Magistrados Brasileiros, da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 8ª Região, da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, da Academia Paraense de Música, da Academia de Letras e Artes de Santarém, do Instituto Histórico e Geográfico do Pará, do Instituto Histórico e Geográfico do Tapajós, da Academia Luminescência Brasileira, da Academia de Música do Brasil, da Academia de Musicologia do Brasil, da Academia de Música do Rio de Janeiro, da Academia de Artes do Brasil e da Academia de Música de Campinas. Membro Honorário do Instituto dos Advogados do Pará. Conselheiro Perpétuo da Academia de Música de São Paulo. Autor do Hino do Instituto Sílvio Meira, oficializado pela Resolução nº 01/2018.

VIVIANE COÊLHO DE SÊLLOS KNOERR

Advogada. Realizou Estágio Pós-Doutoral em Direitos Humanos pelo Ius Gentium Conimbrigae da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-Portugal. Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1996). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (1991). Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário

Curitiba/UNICURITIBA. Membro da diretoria do CONPEDI e da Sociedade Paranaense de Letras e do Instituto dos Advogados do Paraná. Orientadora e líder do Grupo de Pesquisa de Direito Empresarial e Cidadania do PPGD do Unicuritiba. E-mail: viviane@sellosknoerr.com.br.

YAN WALLACE RAMOS COSTA

Mestrando no Programa de Pós-Graduação Direito Fundamentais da Universidade da Amazônia - UNAMA, pós-graduado em Direito de família e das sucessões, pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil, Secretário Geral do Instituto Brasileiro de Direito da Família Seção Pará.

YASMIN SALES SILVA CARDOSO

Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia (UNAMA) na linha de pesquisa Sistemas de Proteção Jurídica dos Direitos Fundamentais, email: yasminsales13@gmail.com.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO XXV

PREFÁCIO XXVII

CAPÍTULO 1

OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO
DE DADOS COMO FONTES BASILARES PARA A ADEQUADA
IMPLEMENTAÇÃO DO PROGRAMA DE PROTEÇÃO DE
DADOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Flávia Christiane de Alcântara Figueira

CAPÍTULO 2

ALEGAÇÕES FINAIS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO
DISCIPLINAR

Ana Maria Barata

CAPÍTULO 3

A RESPEITO DO IMPACTO DO PARADIGMA TECNOLÓGICO
NO PENSAMENTO DO DIREITO: ALGUMAS PREOCUPAÇÕES

Milton Nobre

CAPÍTULO 4

A INEXIGIBILIDADE DA LICITAÇÃO PARA A CONTRATAÇÃO
DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS DA LEI Nº 14.133/2021

Márcia Nogueira Bentes Corrêa

CAPÍTULO 5

ENTRE A POBREZA E A RIQUEZA RENDA DE CIDADANIA
COMO POLÍTICA DE INVESTIMENTO E DESENVOLVIMENTO

Hermano de Oliveira Santos, Ricardo Maurício Freire Soares

CAPÍTULO 6

NOTAS SOBRE CONTROLE JUDICIAL DOS CONCEITOS
JURÍDICOS INDETERMINADOS E DISCRICIONARIEDADE
ADMINISTRATIVA

Jeferson Antonio Fernandes Bacelar, Marcelo Cunha Holanda

CAPÍTULO 7

OS IMPACTOS PENAIIS DA LEI 14.133\2021: O VALOR DO
BEM JURÍDICO ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA
O DIREITO PENAL

Edson Alves dos Santos Furtado da Silva, Alexandra Fonseca Rodrigues.....

CAPÍTULO 8

A NATUREZA JURÍDICA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
DE LONGO PRAZO

Douglas Estevam

CAPÍTULO 9

POLÍTICAS PÚBLICAS E ATIVISMO JUDICIAL: REFLEXÕES
SOBRE A RELAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E A
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA EFETIVAÇÃO DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS

*Carla Noura Teixeira, Fernando Gustavo Knoerr,
Mauro Augusto Ferreira da Fonseca Junior, Viviane Coêlho de Séllos Knoerr*

CAPÍTULO 10

A ESPETACULARIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO
E A PANDEMIA DO COVID 19

Yasmin Sales Silva Cardoso, Arianne Brito Cal Athias.....

CAPÍTULO 11

DISPENSA E INEXIGIBILIDADE NA NOVA LEI DE LICITAÇÃO

Ricardo Bezerra

CAPÍTULO 12

ASPECTOS POSITIVOS DO COMBATE À PANDEMIA
DE COVID-19

Júlio Antonio Lopes.....

CAPÍTULO 13

REFLEXÕES SOBRE AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E A
PROBLEMÁTICA DA CORRUPÇÃO NO BRASIL

Jéssica da Silva Miranda

CAPÍTULO 14

O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO
GARANTIA PARA EFICÁCIA DA GOVERNANÇA MULTINÍVEL
POR MEIO DE PARCERIAS PÚBLICO - PRIVADAS.

Patrícia Martins de Lima.....

CAPÍTULO 15

IMUNIDADE PARLAMENTAR

Ângela Sabát, Yan Wallace Ramos Costa.....

CAPÍTULO 16

A OBRIGATORIEDADE DO CONCURSO PÚBLICO PARA
O INGRESSO NA ATIVIDADE NOTARIAL E REGISTRAL

Luisa Helena Cardoso Chaves.....

CAPÍTULO 17

TUTELA CONSTITUCIONAL DO PATRIMÔNIO ARQUIVÍSTICO

Vicente José Malheiros da Fonseca

CAPÍTULO 18

A OPERAÇÃO DE TRANSFORMAÇÃO SOCIETÁRIA DE
ASSOCIAÇÕES EM SOCIEDADE ANÔNIMA:
UMA CRÍTICA POSSÍVEL

Fernando Ferreira Castellani, Sávio Rui Brabo de Araújo.....

CAPÍTULO 19

A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E SUA
RELAÇÃO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Frederico Antonio Lima de Oliveira, Caio Guimarães Rodrigues.....

CAPÍTULO 20

NOTAS SOBRE A IGUALDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Cláudio Henrique de Castro

CAPÍTULO 21

SERIA CONSTITUCIONAL EVENTUAL EXIGÊNCIA DE
CAPITAL MÍNIMO PARA A CONSTITUIÇÃO DE SOCIEDADE
LIMITADA UNIPessoal?

Adriely Saraiva Sarkis, Fabrício Vasconcelos de Oliveira.....

CAPÍTULO 22

O AGRONEGÓCIO NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS

Marina Pantoja, Pollyanna Kruger por AgroJud

CAPÍTULO 23

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS CONTRATAÇÕES
PRECÁRIAS NOS CONCURSOS PÚBLICOS

Maynara Cida Melo Diniz

CAPÍTULO 24

OS IMPACTOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS NAS
ATIVIDADES EXTRAJUDICIAIS ANA MARIA COSTA
SOBRAL BIANCA DO NASCIMENTO ESCOSSIO

Ana Maria Costa Sobral, Bianca do Nascimento Escossio.....

CAPÍTULO 25

O ALCANCE INTERNACIONAL E A ESTRUTURA
POLÍTICO-ADMINISTRATIVA DOS BRICS NA
NOVA ORDEM MUNDIAL

Adberbal Meira Mattos.....

APRESENTAÇÃO

O Instituto Sílvio Meira - Academia de Direito, neste ano de 2023, honrará a memória do grande jurista paraense **ARNALDO AUGUSTO MARTINS MEIRA**, meu pai, filho do patrono do Instituto, que foi professor Adjunto IV de Direito Administrativo da UFPA, professor fundador do curso de direito da UNAMA, advogado, Conselheiro da OAB/PA, membro fundador da APLJ - Academia Paraense de Letras Jurídicas, na Cadeira 33, Ex-Governador do Distrito 472 (Região Norte) do Rotary Internacional e Vice-Presidente da Assembleia Paraense, além de membro de diversas bancas de concursos públicos. Seu nome é patrono perpétuo da Cadeira número 39 da ABD - Academia Brasileira de Direito, cujo ocupante é o jurista César Bechara Nader Mattar Jr, assim como também é patrono da Cadeira 22 da APER - Academia Paraense de Estudos Rotários.

É uma emoção única e indescritível coordenar uma obra em homenagem a meu pai, com quem a vida não me deu a oportunidade de advogar, nem de aprender direito ao seu lado, pois, quando ele faleceu aos quarenta e oito anos, eu tinha apenas dezenove. Mais ainda em ser uma edição especial, no aniversário de 10 anos do Instituto que leva o nome do seu pai, meu avô Sílvio Meira.

A inspiração justinianéia perpetuada pelo Digesto original na segunda metade do século VI, resgatou em compilação escrita para o latim e para o grego (Pandectas), a melhor produção científica dos jurisconsultos clássicos, perenizando em cinquenta volumes as bases do melhor conhecimento jurídico da época, colunas de sustentação do Direito Romano e do moderno Direito Civil, em particular.

À razão do mesmo propósito, de colher e compilar fragmentos da mais respeitada produção intelectual jurídica da atualidade, é que o Instituto Sílvio Meira idealizou um novo DIGESTO, em revista, agora em 4ª edição, especial pelos 10 anos do ISM, reunindo textos de diversos professores do Brasil e do mundo.

Esta grande obra que homenageia Arnaldo Meira (post mortem), que sagra-se ímpar pelo mérito dos articulistas e pela contemporaneidade das abordagens temáticas, encontrou seu escopo e inscreve-se entre as belas obras de arquitetura da genialidade jurídica nacional e internacional. Deleitem-se.

Belém, Pará, Brasil, 13 de setembro de 2023

ANDRÉ AUGUSTO MALCHER MEIRA

Presidente do ISM - Instituto Silvio Meira / Academia de Direito

PREFÁCIO

FAVOR ENVIAR...

CAPÍTULO 1

OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS COMO FONTES BASILARES PARA A ADEQUADA IMPLEMENTAÇÃO DO PROGRAMA DE PROTEÇÃO DE DADOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Flávia Christiane de Alcântara Figueira

Estabelece o ordenamento jurídico brasileiro que além da lei, existem outras fontes que permeiam o estudo da ciência jurídica e que segundo Tartuce¹ *servem para demonstrar quais são as manifestações jurídicas, ou seja, as formas de expressão do direito* assim, completa o autor que, *procurar as fontes do direito significa buscar o ponto de onde elas surgiram, no aspect social, para ganhar relevância jurídica.*

Importante destacar que não há entre a doutrina, total consenso quanto ao rol de fontes do direito, sendo comumente reconhecidas dentro do Direito Civil tendo a lei, como fonte formal primária, considerando a formação do Sistema brasileiro baseado no *Civil Law*, onde a codificação do direito e a interpretação da lei trazem o delineamento da atuação na seara jurídica e, as fontes formais secundárias, baseadas no sistema *Common Law*, permeado por decisões proferidas pelos Tribunais e na aplicação do Direito a casos concretos, consubstanciados pelas relações sociais as quais evoluem no tempo, não alcançadas *a priori* pela fonte legal.

Assim, dentre as fontes secundárias existentes vale apontar os princípios, costumes, a analogia, a equidade, jurisprudências e a doutrina as quais ganham força quando o assunto é a positivação legislativa no que tange a busca de possíveis inconsistências ou lacunas no âmbito jurídico, trazidas por possíveis imperfeições, ambiguidades, ou mesmo por falta de técnicas mais precisas quando da aplicação da lei.

Para o presente artigo, além da Lei nº 13.709/2018, Lei Geral de Proteção de Dados e de outras legislações congêneres, serão pontuados os princípios da LGPD, abordados no art. 6º da referida Lei, quais sejam: finalidade,

¹ TARTUCE, Flávio. Direito Civil: lei de introdução e parte geral – v. 1. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, pg. 22

adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação e responsabilização e prestação de contas para a observância e implementação da Lei no âmbito da Administração Pública.

Imperioso destacar valiosa lição de Ávila² ao afirmar que:

O importante não é saber qual denominação mais correta desse ou daquele princípio. O decisivo, mesmo, é saber qual é o modo mais Seguro de garantir sua aplicação e sua efetividade. Ocorre que a aplicação do Direito depende precisamente de processos discursivos e institucionais sem os quais ele não se torna realidade.

Muitas são as definições trazidas pelos doutrinadores quanto ao conceito do que sejam os princípios e alguns são de grande valia em apresentá-los, para fins de melhor entendimento quando do detalhamento dos princípios trazidos pela Lei Geral de Proteção de Dados.

Nos dizeres de Amaral³

os princípios jurídicos são pensamentos diretores de uma regulamentação jurídica. São critérios para a ação e para a constituição de normas e modelos jurídicos. Como diretrizes gerais e básicas, fundamentam e dão unidade a um sistema ou a uma instituição. O direito, como sistema, seria assim um conjunto ordenado segundo princípios.

Para Esser *apud* Ávila⁴, princípios são aquelas normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado.

Larenz *apud* Ávila⁵ dispõe que os princípios estão dispostos como normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente normas de comportamento.

Na doutrina de Reale⁶

princípios são, pois verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. As vezes também se denominam princípios certas proposições, que apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários.

² ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 19ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros: 2019, pg. 45

³ AMARAL, Francisco. Direito civil – Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Pg. 92

⁴ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 19ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros: 2019, pg. 55

⁵ *Ibidem*, pg. 56

⁶ REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p 60

Diante de juristas tão célebres e de manifestações precisas quanto à conceituação dos princípios, há de se observar que a temática é de suma relevância e que tal fonte do Direito possui uma valoração peculiar quanto à aplicabilidade no âmbito jurídico, observando não se tratar de um conceito moldado no subjetivismo e sim, em proposições pautadas em fundamentos sólidos para melhor aplicabilidade do aplicador das normas jurídicas em busca da justiça, tendo por base a evolução das disposições sociais.

Nessa seara, e considerando a importância da aplicabilidade dos princípios no âmbito da aplicabilidade do Direito é que se faz necessário a análise dos princípios dispostos no art. 6º, da LGPD, para sua melhor interpretação e utilização quando da implementação da referida Lei no campo prático.

O Guia Orientativo sobre o Tratamento de Dados Pessoais pelo Poder Público⁷, publicado em Janeiro de 2022, traz a baila, a partir do tópico 44 sobre a observância dos princípios, os quais, segundo o documento, constituem parte essencial do tratamento de dados pessoais, as quais não são exaustivas e devendo ser interpretados em conjunto e de forma sistemática com o disposto no Capítulo IV, do Tratamento de dados pessoais pelo poder público.

Importante destacar que segundo as palavras de Wimmer⁸

(...) que ganham importância os princípios estabelecidos pela LGPD que, ao funcionarem como lentes interpretativas para as complexas regras previstas na legislação, têm ajudado a encontrar respostas para os diversos problemas concretos já verificados no dia a dia do poder público.

Há de se destacar que o princípio balizador de todos os outros princípios que permeiam o art. 6º da LGPD, além de estar disposto nas diretrizes principiológicas da seara civilista e administrativa, também deve ser permeada, servindo como guia para todos os outros princípios, qual seja, o da boa-fé, conquanto é disposto do seguinte modo: *As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios (...)*

O desafio da aplicação dos princípios no setor público traz a baila uma outra peculiaridade, que é a articulação dos referidos princípios, com outros incutidos no próprio arcabouço do Direito Administrativo, assim como, em outras legislações balisadoras da atuação do Poder Público.

⁷ Acessível em <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia-poder-publico-anpd-versao-final.pdf>

⁸ FRANCOSKI, Denise de Souza Luiz e TASSO, Fernando Antonio (org.). A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Aspectos práticos e teóricos relevantes no setor público e privado. In: WIMMER, Miriam. A LGPD e o balé dos princípios: tensões e convergências na aplicação dos princípios e proteção de dados pessoais ao setor público. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 164

Conforme estudos de Stivelberg⁹

Historicamente, o surgimento das melhores práticas de tratamento de dados pessoais aconteceu no Estados Unidos, ainda em 1973, quando o Departamento de Saúde, Educação e Bem-Estar publicou relatório contendo o que veio a ser denominado de Fair Information Practice Principles (FIIPs). Ali foram delineados alguns princípios que deveriam ser observados pelas instâncias de governo para o tratamento de dados pessoais de cidadãos em sistemas automatizados com o propósito de incutir dentre os órgãos da administração precauções para se evitar o uso inapropriado de informações pessoais.

Tais princípios foram fundamentais para colaborar com regulamentações que vieram posteriormente, no que tange às disposições protetivas de dados pessoais tendo como escopo primordial a transparência das atividades no âmbito público.

Grande parte dos doutrinadores da área de proteção de dados compactam os princípios em conjuntos, considerando suas tratativas peculiares e articuladas no que tange às suas conceituações e direcionamentos quando da aplicabilidade dos mesmos, se não vejamos:

Em relação aos princípios da finalidade, adequação e necessidade, estipulados nos incisos, I, II e III, do art. 6º da LGPD, os mesmos estão intimamente voltados às atividades de tratamento dos dados pessoais, buscando observar primordialmente o direito dos titulares dos dados pessoais quando do tratamento desses dados, que dentro do setor público deve estar permeado de confidencialidade quando da sua utilização, para que não haja desvirtuamento das suas atividades principais, incidindo em possíveis usos secundários dos mesmos.

O art. 26 da LGPD traz a baila tal preocupação precípua, quando em seu caput afirma que *o uso compartilhado de dados pessoais pelo Poder Público deve atender a finalidades específicas de execução de políticas públicas e atribuição legal pelos órgãos e pelas entidades públicas, respeitados os princípios de proteção de dados pessoais elencados no art. 6º desta Lei.*

O clássico caso do julgamento do Tribunal Constitucional Alemão de 1983, o qual indubitavelmente marcou uma nova era na tutela jurídica dos dados pessoais, não só no âmbito alemão ou europeu mas em todo o mundo, se discute o compartilhamento dos dados a serem coletados no âmbito de um censo populacional, passando a trilhar as primeiras disposições quanto ao princípio da autodeterminação informativa, dentro do aspecto do direito da personalidade.

Assim como no Brasil, o STF solidificou o princípio da autodeterminação informativa, em 2020 no julgamento que envolveu o Instituto Brasileiro

⁹ STIVELBERG, Daniel T. Princípios para o tratamento de dados pessoais. In: Revista Datavenia. Ano 1. Ed. 1. Jun. 2021

de Geografia e Estatística – IBGE e empresas de telefonia para compartilhamento de dados pessoais, por meio da Lei do Censo (Volkszählungsgesetz – BverfGE65,1)¹⁰ de 1983, levando em consideração que o último censo havia ocorrido em 1970, ordenou-se o recenseamento geral da população, incluindo dados relativos a profissão, moradia e local de trabalho para fins estatísticos, tendo a lei por objetivo precípua o levantamento de dados sobre o estágio do crescimento populacional.

Ocorre que dentre as disposições existentes na legislação, determinado dispositivo, trazia a possibilidade de se realizar a comparação dos dados coletados no censo com possíveis registros públicos já existentes e a possibilidade de serem realizadas transmissões de dados anonimizados para órgãos públicos das esferas federal, estadual e municipal para *determinados fins de execução administrativa*¹¹.

Contudo, inúmeras foram as reclamações constitucionais ajuizadas no tocante a possível inconstitucionalidade da lei, uma vez que tais disposições acima apresentadas estariam em flagrante violação ao livre desenvolvimento da personalidade, em especial no que tange a coletividade, declarando nulos tais dispositivos, pois segundo o art. 1º I GG, o direito fundamental garante o poder do indivíduo de decidir ele mesmo, em princípio, sobre a exibição e o uso de seus dados pessoais.

Assim, primordialmente no que tange ao princípio da finalidade, a legislação afirma que *a realização do tratamento deve ser realizada para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades*.

Dessa forma, pode-se observar que a finalidade para o tratamento dos dados pessoais deve se pautar em peculiaridades muito bem delineadas, que para o setor público ganha um contorno adicional, uma vez que precisa atender às disposições da execução de políticas públicas atribuídas legalmente pelas entidades públicas, ou seja, não podendo os dados serem utilizados de forma irrestrita e sem que estejam articulados com a base legal trazida pelo inciso, III, art. 7º¹² da referida legislação.

Em um não atendimento do princípio da finalidade, naturalmente se observa uma frustração do titular dos dados ao perceber que esses ativos pessoais foram utilizados de maneira desvirtuada daquela que previamente tinha sido pactuado, quando do início do tratamento dos dados pelo poder público.

¹⁰ Acessível em http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/jurisprudencias-e-pareceres/jurisprudencias/docs-jurisprudencias/50_anos_dejurisprudencia_do_tribunal_constitucional_federal_alemao.pdf

¹¹ Idem, pg. 234

¹² Art. 7º, III - Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei.

Na mesma toada, os princípios da adequação e da necessidade seguem a disposição interpretativa semelhante, visto que, buscam estar em consonância com a finalidade do referido tratamento, uma vez que, conforme as disposições da Lei, e de forma respectiva, busca-se a compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular de acordo com o contexto do tratamento e infere-se na limitação do ciclo de vida dos dados ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às respectivas finalidades, todos coadunados com o princípio da minimização da utilização dos dados pessoais, não expresso no texto legal mas de extrema relevância, haja vista que no atual contexto da sociedade da informação, os dados só devem ser utilizados no mínimo necessário, para as finalidades específicas, considerando a adequada utilização e conforme o estritamente necessário para o seu devido tratamento.

A ideia da minimização dos dados perpassa pelo movimento de que nenhum dado pessoal deve ser coletado sem que haja uma finalidade clara e específica, para que haja o adequado tratamento dos dados pessoais, sem que para isso, se tenha a necessidade de inferir em coletas maiores ou menores do que o estritamente necessário.

No que tange ao princípio da finalidade, Wimmer¹³ faz um importante alerta, de que *o princípio da finalidade não impede de maneira absoluta o tratamento de dados pessoais para finalidades adicionais, mas limita tal tratamento adicional a finalidades que sejam compatíveis com aquelas que justificam a coleta dos dados*, ou seja, há que ocorrer uma cooperação técnica, doutrinária, jurisprudencial e acima de tudo, legal, para compatibilizar a correta coleta dos dados pessoais para que segundo as palavras da autora, cumpra o *devido processo informacional*.

Quanto aos princípios do livre acesso, da qualidade e da transparência, dispostos nos incisos IV, V e VI do art. 6º da LGPD, traduzem respectivamente as seguintes conceituações: quanto ao livre acesso traduz a garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais, quanto a qualidade dos dados reproduz a garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento e no que tange a transparência dispõe sobre a garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial.

¹³ FRANCOSKI, Denise de Souza Luiz e TASSO, Fernando Antonio (org.). A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Aspectos práticos e teóricos relevantes no setor público e privado. In: WIMMER, Miriam. A LGPD e o balé dos princípios: tensões e convergências na aplicação dos princípios e proteção de dados pessoais ao setor público. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 173

Primeiro ponto a ser destacado é que tais princípios estão intimamente relacionados aos direitos dos titulares dos dados no que se perpetra à confirmação da existência do tratamento, ao acesso a esses dados e consequentemente aos ajustes que forem necessários para o adequado tratamento dos mesmos, direitos esses pontualmente positivados nos artigos 9º e 18 da Lei Geral de Proteção de Dados, quando se retrata ao adequado acesso e obtenção aos dados pessoais por parte dos titulares dos dados, conforme disposição:

Art. 9º O titular tem direito ao **acesso** facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados, que deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva acerca de, entre outras características previstas em regulamentação para o atendimento do princípio do livre acesso:

- I - finalidade específica do tratamento;
- II - forma e duração do tratamento, observados os segredos comercial e industrial;
- III - identificação do controlador;
- IV - informações de contato do controlador;
- V - informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador e a finalidade;
- VI - responsabilidades dos agentes que realizarão o tratamento; e
- VII - direitos do titular, com menção explícita aos direitos contidos no art. 18 desta Lei.

Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito a **obter** do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição:

- I - confirmação da existência de tratamento;
- II - acesso aos dados;
- III - correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados;
- IV - anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei;
- V - portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa, de acordo com a regulamentação da autoridade nacional, observados os segredos comercial e industrial;
- VI - eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei;
- VII - informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados;
- VIII - informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa;
- IX - revogação do consentimento, nos termos do § 5º do art. 8º desta Lei.

Os princípios apontados possuem íntima relação com dispositivos já positivados na Constituição Federal e de grande relevância, tendo um destaque peculiar para o remédio constitucional do *habeas corpus* que será melhor aprofundado em tópico próprio, quanto ao setor público especificamente, o

direito em receber informações de órgãos públicos¹⁴ e por fim e não menos importante o princípio da publicidade, de utilização obrigatória pela Administração Pública.

Vale salientar que o princípio da transparência aqui apontado, ainda que não seja significado da transparência, trazido pelo Direito Público, não pode ser visualizado de forma separada para o presente estudo, uma vez que se trata de pressuposto para a validação das ações da Administração Pública.

Dessa forma, a despeito da Lei da Transparência, Lei nº 12.527/2011 que regula o acesso a informações constantes do inciso XXXIII, do art 5º da Constituição Federal, apontado acima, a transparência trazida pela LGPD corrobora o que de essencial deve ser observado quando do tratamento dos dados pessoais pela administração, o qual é imposto de forma legal, de cunho geral e que conforme o Guia Orientativo para Tratamento dos Dados Pessoais, formatado pela ANPD, *emandam uma postura ativa do agente de tratamento, que tem o dever de disponibilizar as informações exigidas pela lei, independente de solicitação do titular*¹⁵.

Não se pode olvidar de que o Setor Público é o detentor do maior número de dados pessoais que possam existir, considerando as informações voltadas à educação, saúde, segurança pública, políticas públicas, benefícios previdenciários e tudo o mais que se possa obter para o adequado funcionamento da máquina administrativa estatal e nesse sentido, é salutar se pensar de que o fornecimento das informações conforme os ditames da LGPD precisam ser disponibilizados de forma *clara, adequada e ostensiva, em linguagem simples e acessível, de modo a assegurar o efetivo conhecimento do titular a respeito das atividades de tratamento realizadas pelo controlador, bem como sobre os seus direitos e a forma de exercê-los*.¹⁶

Ainda na seara de análise dos princípios, há de se pontuar os da segurança, da prevenção e da responsabilização e prestação de contas, comumente conhecido no âmbito do *Compliance* por *Accountability* em seus incisos VII, VIII e IX do art. 6º da LGPD¹⁷.

Pelas próprias nomenclaturas estabelecidas, tais princípios estão associados às obrigações dos agentes de tratamento de dados, quais sejam, controlares

¹⁴ Art. 5º, XXXIII da Constituição Federal de 1988

¹⁵ Acessível em <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia-poder-publico-anpd-ver-sao-final.pdf> pg 15

¹⁶ Idem

¹⁷ Art. 6º (...) VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão; VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais; X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

e operadores de dados, que para a lei protetiva de dados pátria, são as pessoas, físicas ou jurídicas privadas ou públicas que detém o controle sobre os dados pessoais e que no presente trabalho, é a Administração Pública.

Não é leviano apontar que tal legislação possui muito mais um cunho protetivo relacionado às questões de segurança da informação e Governança de dados, intrínsecas às áreas de tecnologia do que efetivamente de uma proteção legiferamente, já que se trata de uma legislação geral, amparada por outras normativas específicas e com base primordial na própria Constituição Federal.

Tal fundamento pode ser corroborado com as disposições contidas no capítulo VII da LGPD quando destaca sobre a segurança a ser adotada, as boas práticas que devem ser observadas e o cuidado com a governança dos dados, ou seja, questões essenciais para a adequada implementação da Lei pelos agentes de tratamento.

Os princípios da segurança e da prevenção, devem estar diametralmente articulados e conectados, considerando que os mesmos devem adotar medidas técnicas e administrativas aptas a adequada proteção dos dados pessoais no que tange aos acessos não autorizados e quanto às possíveis situações acidentais e ilícitas quanto ao tratamento dos dados pessoais e de igual modo, a prevenção segue a mesma sistemática, uma vez que busca inibir possíveis incidentes de segurança da informação.

Conforme disposto no Guia Orientativo de Tratamento de Dados Pessoais pelo Poder Público¹⁸ *essas medidas, que devem ser proporcionais aos riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais dos cidadãos envolvidos no caso concreto, deverão estar previstas nos atos que regem e autorizam o compartilhamento dos dados.*

Os riscos quanto a um possível incidente de segurança da informação devem ser observados de forma contínua e em um nível de cuidado, que ultrapassa as dimensões legais existentes na lei e em outras normativas que versam sobre tratamento de dados pessoais e é nesse sentido que os doutrinadores Bachmann e Serrato tomam por posicionamento:¹⁹

Para auxiliar a organização no mapeamento dos riscos relacionados ao tratamento de dados, recomenda-se o uso dos controles contidos na norma ISO 27701, a qual especifica os requisitos e fornece as diretrizes para o estabelecimento, implementação manutenção e melhoria contínua de um sistema de gestão da privacidade, sendo aplicáveis para empresas públicas e privadas, entidades governamentais e organizações sem fins lucrativos. Este documento ainda mostra referências específicas de controles para os casos em que a organização trata o processo como operadora ou controladora dos dados pessoais,

¹⁸ Acessível em <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia-poder-publico-anpd-versao-final.pdf> pg. 19

¹⁹ PIRONT, Rodrigo (Coord.). Lei Geral de Proteção de Dados no Setor Público. In: BACHMANN, Christian e SERRATO, Ana Paula de Campos. O papel do TI no processo de segurança e proteção de dados na Administração Pública. Belo Horizonte: Forum, 2021, p. 91

demonstrando a importância do envolvimento na área de TI para a mitigação e o gerenciamento dos riscos para ganho de performance/produktividade.

Dessa forma e considerando a amplitude da atuação da Administração Pública, em especial no que tange a peculiaridade do atendimento dos seus aspectos formais e ainda que a Lei seja a fonte primária para a sua devida atuação, faz-se imperioso observar os princípios norteadores da Lei Geral de Proteção de Dados para a correta implementação da Lei no âmbito público e sempre articulado com os princípios também basilares do Direito Administrativo.

REFERÊNCIAS

ANPD: **Guia Orientativo de dados pessoais pelo poder público**. Versão 1.0. Janeiro 2022. Disponível em < <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia-poder-publico-anpd-versao-final.pdf> > Acesso em 08 de junho de 2022.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 19ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros: 2019, pg. 45

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 26 de janeiro de 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm> Acesso em 15 de janeiro de 2020.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FRANCOSKI, Denise de Souza Luiz e TASSO, Fernando Antonio (org.). A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Aspectos práticos e teóricos relevantes no setor público e privado. In: WIMMER, Miriam. **A LGPD e o balé dos princípios: tensões e convergências na aplicação dos princípios e proteção de dados pessoais ao setor público**. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 164

JORNAL OFICIAL DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Disponível em <https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf> Acesso em 15 de janeiro de 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Disponível em http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/jurisprudencias-e-pareceres/jurisprudencias/docs-jurisprudencias/50_anos_dejurisprudencia_do_tribunal_constitucional_federal_alemao.pdf Acesso em 08 de junho de 2022.

PIRONT, Rodrigo (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados no Setor Público**. In: BACHMANN, Christian e SERRATO, Ana Paula de Campos. O papel do TI no processo de segurança e proteção de dados na Administração Pública. Belo Horizonte: Forum, 2021, p. 91

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

STIVELBERG, Daniel T. **Princípios para o tratamento de dados pessoais**. In: Revista Datavenia. Ano 1. Ed. 1. Jun. 2021

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: lei de introdução e parte geral** - v. 1. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CAPÍTULO 2

ALEGAÇÕES FINAIS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Ana Maria Barata

Inicialmente agradecer e louvar a iniciativa do Presidente do Instituto Silvio Meira, Dr. André Malcher Meira, em comemorar os dez anos desse importante instituto, por meio deste livro, reunindo profissionais do Direito Administrativo, em homenagem ao Dr. **Arnaldo Augusto Martins Meira**, que foi ilustre professor da Universidade Federal do Pará, que com seus ensinamentos, formou grandes juristas e pavimentou caminhos seguros com suas aulas na atuação de administradores públicos, ao lado de sua atividade de experiente e competente advogado, cujos predicados, merecidamente, enseja render-lhe grandes homenagens a esse notável professor, nos dando a enorme felicidade de dar continuidade aos ensinamentos nessa importante cadeia vaga, à época, na Universidade Federal do Pará.

1. AS ALEGAÇÕES FINAIS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

O tema ora proposto tem sido pouco abordado de forma robusta na literatura do regime disciplinar, apesar da importância que tem para as garantias da ampla defesa e contraditório, razão pela qual escolhemos a temática para replicá-la neste volume.

Inicialmente é preciso fazer distinções entre alegações finais e memoriais. Regularmente no processo judicial, as alegações finais se efetivam pela oralidade, antes do julgamento, mas também poderá ser materializada por meio de memoriais, na forma escrita.

No processo administrativo disciplinar, essa oralidade não é a regra, salvo nas hipóteses de o Processo Administrativo Disciplinar (PAD) ser julgado por órgãos administrativos que tenham em sua composição Conselhos. Entretanto,

nos órgãos sem essa composição, após o relatório, o julgamento ocorre direto pela autoridade julgadora competente, em regra, sem contraditório do relatório, por meio das alegações finais quanto ao relatório do trio processante.

O estudo tem como base princípios constitucionais expressos nos incisos LIV, do devido processo legal, e LV, que garante a ampla defesa e o contraditório, ambos encartados do art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), corroborados na Lei nº 9.784/99 e, reflexamente na Lei nº 8.112/1990, que, no art. 151, costuma dividir o processo nas seguintes fases: **instauração, inquérito**, este compreendendo as subfases de *instrução, defesa e relatório* e, por fim, o **julgamento**. É na fase do inquérito que se desenvolve toda a fase cognitiva/probatória e de defesa, encerrando-se com o relatório, que reúne o acervo acusatório final, caso haja a responsabilização do indiciado, cuja peça processual, conterà: relato do que compõe os autos, argumentação material e jurídica, decorrente das provas dos autos e dos fundamentos da defesa escrita, o enquadramento material da infração, identificação dos antecedentes, atenuantes, agravantes, reincidência e a sugestão da sanção disciplinar, com parecer conclusivo quanto à responsabilidade ou não do indiciado, portanto há um acervo muito grande de ações da comissão disciplinar e que o indiciado, em uma delas- o relatório, não tem conhecimento, e por isso, não pode promover controle de legalidade, pois tem sido usual ser um documento sigiloso para ele.

2. AS ALEGAÇÕES FINAIS COMO GARANTIA INTEGRANTE DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO

A Constituição Federal, no inciso LV do art. 5º, garantiu aos litigantes e aos acusados em geral o contraditório e ampla defesa com os recursos a ela inerentes. No tema ora tratado, estamos falando de acusado em processo administrativo disciplinar.

Carreando o princípio da ampla defesa e do contraditório para o âmbito disciplinar, destacamos vários direitos que integram a ampla defesa, tais como: notificação prévia do acusado da instauração do PAD, direito de ser processado por comissão técnica e imparcial, garantia de ritos procedimentais legais, notificações, citações, comunicações, produção de provas e contraprovas, arguição de nulidades, prescrição, reinquirição de testemunhas, contradita, acompanhamento e participação em todas as fases do processo, requerimento para acompanhamento em diligências, perícias, nestas, podendo elaborar quesitos, apresentar assistente, requerimento para acareações, arguição e exceções de impedimento e suspeição respectivamente, igualdade de oportunidades por paridade de armas, obter cópia de autos, oitiva no interrogatório, defesa técnica, podendo esta ser garantida pela Defensoria Pública, defesa dativa em caso

de revelia, tipicidade e enquadramento técnico correto, sanção justa, adequada e proporcional, não constrangimento, duração razoável do processo, garantia de segurança jurídica, o *non bis in idem* de processo e de penalidades pelo mesmo fato, possibilidade de debater e rebater teses, interpretação com base na doutrina e na jurisprudência, motivação das decisões, e qualquer outro recurso material ou técnico/jurídico inerente à defesa, e, por fim, o **direito de apresentar memoriais em alegações finais**, que é o tema central deste estudo, entre tantos outros direitos e garantias, e, em de regra, as alegações finais têm sido sonegadas do indiciado.

Os princípios em apreço comportam vastos elementos sobre o seu significado, e saber lidar corretamente com sua inserção e interpretação no processo é fundamental para a inclusão de garantias, e mais ainda no processo disciplinar, notadamente para as hipóteses de perda do cargo, pois, retira do acusado um dos bens fundamentais que é o trabalho, e aqui não se está a negar a necessidade de apuração rigorosa, ao contrário, deve ser apurado quando ocorrerem indícios da prática de infrações, inclusive, agora, por força da Lei nº 14.110, de 18.12.2020, que altera o art. 339 do Código Penal Brasileiro, estabelecendo ser crime instaurar processo administrativo disciplinar contra alguém que se sabe inocente, o que enseja maior rigor, e, em determinadas situações, se torna preventivo utilizar-se do juízo de admissibilidade ou procedimentos preparatórios para obter a certeza da acusação de forma responsável. Por evidente, só se vai saber se alguém é inocente após a regular apuração processual, mesmo porque instaurar PAD temerário é também infração administrativa, porém, a regra penal não pode ser interpretada como meio de intimidação à autoridade competente em sua função hierárquica disciplinar.

Adequar o Processo Administrativo Disciplinar à Constituição Federal relativamente aos dois princípios fundantes, ampla defesa e contraditório expressos no art. 5º inc. LV e art. 153 da norma federal infraconstitucional, obriga aos que atuam no PAD a promoverem interpretação lógica e racional aos significados principiológicos constitucionais de adequação entre o processo e as garantias do acusado.

O art. 156, da Lei nº 8.112/90-RJU Federal garante ao acusado o direito de acompanhar o processo. Ora, acompanhar e vivenciar o processo é atuar em todas as suas fases, principalmente na fase de inquérito que é o eixo central do processo, portanto ele e seu defensor têm o direito de conhecer os atos produzidos nessa fase, tudo isso para que exercite o contraditório e a ampla defesa, isto para ficar só nesses dois princípios, sem esquecer o devido processo legal que é parte integrante de garantias em qualquer processo.

Assim, o servidor acusado tem tido participação efetiva até a apresentação da defesa escrita. Entretanto, a informação, a transparência, o contraditório e a ampla defesa não acabam aí, pois a fase de inquérito prossegue com o relatório

da comissão, ato que encerra a fase probatória. A partir daí vem sendo imposto ao acusado obstáculos a qualquer outra atuação, como se o processo encerrasse para este por ocasião de apresentação de sua defesa escrita, e, muitas vezes, nem ao advogado é dado vista dos autos após o relatório, e, não raras vezes, já se constatou caso de o servidor ir trabalhar, e só naquele momento ficar sabendo que foi suspenso ou demitido.

Assim, as alegações finais compõem o instrumento processual do contraditório, pois permite ao indiciado debater a peça principal da acusação e dela se defender. A não concessão das alegações finais, desconstrói a **paridade das armas**, pois a administração acusadora sempre estará melhor armada na pluralidade de funções de acusar, apurar, julgar e aplicar a penalidade.

3. MOMENTO PROCESSUAL DAS ALEGAÇÕES FINAIS

Cabe aqui identificar qual o momento adequado ao exercício das alegações finais. Após encerrada a instrução, a comissão elabora o indiciamento que é ato preparatório do processo para a defesa e depois desta, vem a peça acusatória final constante do relatório, em que o indiciado, em regra, só vai poder contraditá-la em via recursal, e, depois de aplicada a penalidade, podendo levar anos para debater judicialmente os prováveis vícios ou erros, porventura ocorridos no relatório, que poderiam ser sanados previamente em revisão pelas alegações finais, tais como: enquadramentos equivocados, sugestão de penalidades em desacordo com os fatos, pouco apreço à jurisprudência, parca compreensão dos princípios que sustentam a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal, entre tantas outras situações, e, não raras vezes, por falta de formação, treinamento, ou preparo técnico da comissão para lidar com questões jurídicas relevantes e complexas, podendo o trio processante apresentar dificuldades para lidar com situações desse jaez, pois nem sempre são compostas de bacharéis em direito.

O indiciado, ao apresentar sua defesa, o faz com base nas informações do processo, mas após o relatório lhe é sonegado debater os argumentos da comissão. Dessa forma, **as alegações finais por memoriais devem ser concedidas após o relatório** e antes do julgamento, devendo o indiciado requerê-la em sua peça defensiva, e a autoridade superior abrir vista dos autos a si ou ao seu defensor promovendo a estes, acesso ao relatório para o exercício dessa garantia, e só então os autos devem ser encaminhados para análise jurídica e depois à autoridade julgadora para a decisão final.

4. ALEGAÇÕES FINAIS POR MEMORIAIS

As alegações finais por memoriais são manifestações processuais do indiciado que encerram a fase instrutória do processo que antecede ao julgamento,

para que corrobore sua defesa e principalmente se manifeste debatendo determinados pontos os quais não tenha participado no processo.

No âmbito criminal, é uma garantia do acusado que encerra a fase preparatória do processo para o julgamento, consoante dispõe o art. 403 e seu § 3º, do Código de Processo Penal Brasileiro, por meio oral ou em memoriais, quando a hipótese vislumbrar matéria mais complexa.

As alegações finais podem servir para mera ratificação do que já foi referido anteriormente no processo, que é o caso de alegações finais remissivas, ou ainda poderá ensejar discussão de pontos, teses, novas decisões, não constantes de debate na defesa, e, no caso em apreço do PAD, contraditar o relatório, entre outras funções.

Se no processo penal ela é imprescindível, no processo disciplinar também o deve ser, isto porque há uma subfase do inquérito em que a defesa, de regra, não toma conhecimento. As justificativas da acusação para obstar o acesso se fundam no argumento de que esse momento é especial da comissão, ou, ainda, que não há previsão legal para acesso.

Em todos os processos, as partes têm paridade processual, pois os autos não são sigilosos para estas. No processo disciplinar, em grande parte, observa-se que a administração acusadora, em regra, não tem dado oportunidade à acusação de **contraditar o relatório**, ou seja, há exclusão do indiciado desse importante ato administrativo que encerra a fase de inquérito para o encaminhamento à autoridade julgadora, que de outra banda, não terá uma visão sistêmica, porque a matéria do relatório não foi submetida ao contraditório pelo indiciado, pois vai julgar basicamente com fundamento nesta peça final produzida pela comissão.

As alegações por memoriais, após o relatório, além de ser instrumental da ampla defesa, é procedimento de regularidade processual, pois o princípio regedor do PAD visa a apurar fatos objetivando encontrar a **verdade material/real**, com todos os recursos inerentes, sejam eles materiais ou jurídicos, inclusive um desses recursos são os memoriais, que podem ser requeridos já na peça de defesa à autoridade julgadora, notadamente para as hipóteses de perda do cargo por demissão ou cassação de aposentadoria.

Importante esclarecer, que a garantia das alegações finais não está albergada em critérios discricionários, antes, é obrigação a concessão desse direito porque a garantia está encapsulada no núcleo duro da ampla defesa e do contraditório, portanto indisponível para o órgão de acusação e disponível para a defesa, notadamente para os casos de perda do cargo, isto porque, nas penalidades menores, o recurso atende aos objetivos e não causam maiores danos, como causam, de imediato, as sanções expulsivas.

O manejo das alegações finais dá oportunidade ao acusado que tome conhecimento, do conteúdo do relatório antes de ser julgado, ofertando ao julgador mais elementos concretos para a segurança de seu julgamento, pois a

participação do acusado na fase de inquérito vai até a apresentação de sua defesa. Assim, há de ser aplicado no PAD o que dispõe o art. 38 da Lei nº 9.784/99, em face da interpretação natural da Constituição Federal de ampla defesa, bem como pelo que dispõe o art. 156, da Lei nº 8.112/90, que formalmente garante que o acusado participe de todas as fases do processo disciplinar.

5. AS ALEGAÇÕES FINAIS PREVISTAS NA LEI Nº 9.784/99- LEI DE PROCESSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, COMO REGRAS SUBSIDIÁRIAS APLICÁVEIS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

A abordagem neste tópico ocorrerá com base no princípio da legalidade expressada na Lei nº 9.784/99, traçando fartas previsões quanto à garantia de alegações finais nos processos administrativos em geral, nele incluso o processo disciplinar por força da subsidiariedade, que existe exatamente para suprir omissões, porventura havidas.

Não há razão lógica para não aplicar o regramento das alegações finais no processo disciplinar, principalmente no âmbito federal, pois a lei federal de processo, se destina à administração pública federal direta e indireta, que visa à proteção dos direitos, e expressamente prevê como tal a apresentação de alegações finais, consoante dispõe o art. 2º, parágrafo único, inciso X; art. 3º inc. III que garantem as alegações finais e apresentação de documentos, antes da decisão; o art. 38, estabelece que é na fase instrutória, antes da decisão final, o momento de apresentar alegações finais; o art. 64, parágrafo único, também garante alegações finais, inclusive em sede de recurso administrativo, logo, todos esses dispositivos são aplicáveis ao processo disciplinar por força da subsidiariedade expressa no art. 69, cujas regras são frutos de recepção da Carta Nacional. Portanto não há justificativa para não conceder essa garantia aos acusados em geral, pois a dicção da lei é muito clara, inadmitindo interpretação diversa por qualquer âmbito da administração pública, mormente a federal.¹

Afora isso, e o mais importante é que as alegações finais são partes integrantes dos princípios do contraditório e da ampla defesa, portanto, nesta condição, é regra nacional, logo, aplicável a todos os entes federativos, assim como todos os demais princípios albergados naquela lei, sejam eles explícitos ou implícitos, devem ser por todos observados.

Então não há argumento para negar essa garantia sob a justificativa de que não haja lei prevendo, como se o conteúdo normativo válido no regime disciplinar de servidores seja tão só a Lei nº 8.112/90, o que comporta interpre-

¹ Em razão da limitação de páginas e para não comprometer o conteúdo, o artigo prescindirá de referenciar, artigos, jurisprudência, doutrina e bibliografia, devidamente permitido pelo ISM.

tação equivocada e restritiva, incabível no mundo do direito que é sistêmico e notadamente no conteúdo do princípio da ampla defesa.

Como se vê, a não concessão de alegações finais compromete a paridade de armas no PAD, operando desequilíbrio, pois a atuação do órgão acusador se efetiva: pela acusação formal quando instaura o processo disciplinar; quando designa a comissão; quando a comissão atua apurando; quando indícia o acusado; quando completa o sistema acusatório pelo relatório, e quando a autoridade julga, aplicando a penalidade cabível, constatando-se grave concentração processual de atividades por estas ações no órgão acusador.

As alegações finais traduzem momento processual relevante quando se pretende alçar a ampla defesa em sua plenitude, mas, que, em regra, não consta expressamente nos estatutos, porém está garantida na Lei nº 9.784/99- lei de processo federal, nos artigos já citados, bem como se encontra implícita nas entranhas da ampla defesa e em especial do contraditório.

Cabe ainda registrar que o parágrafo único do art. 6º da lei de processo federal veda a administração pública recusar imotivadamente o recebimento de documentos, e as alegações finais escritas é um documento de defesa. Igualmente, o art. 3º, I, estabelece que as autoridades deverão facilitar o exercício dos direitos dos administrados e não dificultar, como, em regra, o órgão acusador vem fazendo. Em análise sistêmica da lei, vê-se que esta norma traça caminhos seguros da participação do acusado no processo, ampliando garantias de modo a conceder a plenitude da ampla defesa, e isso não pode ser descurado pela comissão, pelo órgão jurídico, tampouco pela autoridade julgadora para que se tenha o processo disciplinar revestido também do princípio do devido processo legal.

A peça do Relatório é a última fronteira de ação da comissão processante que prepara o processo e o marco acusatório para o julgamento, e, dependendo da conclusão da comissão, o relatório se traduz mesmo em outra peça de acusação em casos de responsabilização do servidor. Dessa forma, o acusado poderá estar alijado de parte do contraditório, se não tiver conhecimento dos atos posteriores à defesa, e, por vezes, só vai saber de seu destino funcional, quando a decisão decorrente do julgamento já foi publicada.

Neste aspecto, a paridade das armas da ampla defesa e do contraditório passam ao largo dos interesses do indiciado, há verdadeiramente disparidade de armas entre os contendores processuais.

As regras da lei de processo federal acima referidas, inegavelmente têm aplicação subsidiária à falta de previsão na lei específica. É exatamente por isso que se deva alçar mão da regra federal, porque, há quem sustente não ocorrer previsão no RJU federal, o que já foi demonstrado o contrário, não havendo, portanto, qualquer impedimento para que a autoridade julgadora abra oportunidade para as alegações finais apresentadas por escrito no prazo que for estabelecido, porquanto, a previsão das alegações finais presente na lei

federal preenche a moldura constitucional de ampla defesa e do contraditório, tornando-a obrigatória porque está subsumida aos princípios já referidos.

Analisando as funções do instituto da subsidiariedade das normas, vê-se que esta previsão se traduz em medida de segurança de outras regras sem previsão em determinada matéria, e que se torna importante meio analógico de preencher lacunas e também possa ser aplicada em situações jurídicas de complementação da lei que desta se socorre.

Há a norma primária que regula determinada matéria, porém esta poderá conter omissões e mesmo não trazer dadas previsões ou precisar de complementação, e outra lei, tida como secundária que circunda matéria similar como regras subsidiárias, que poderão, conforme o caso, ser aplicadas à norma primária de modo a dar cumprimento integrativo desta, servindo como instrumento de adequação da norma. Essa providência também se faz presente como função de atualização de institutos jurídicos novos ou mesmo para assegurar aspectos de segurança jurídica, notadamente os de garantia que precisam ser aplicados aos processos específicos.

Não é compreensível entender que a regra das alegações finais previstas na lei de processo federal não se aplique ao PAD, porquanto a subsidiariedade tem exatamente essa função de complementar matérias que a lei primária não preveja, se não, para que serviria o art. 69 desta lei?

A norma subsidiária ainda pode conter a função de dar significados mais objetivos a determinados princípios, dada a generalidade e abstração destes, notadamente para quem não conheça a fantástica função de abrangência dos princípios. A previsão de subsidiariedade da Lei nº 9.784/99 aos processos administrativos específicos, no que couber, implica obrigatoriedade em sua aplicação pelas relevantes funções que detêm perante o ordenamento jurídico, isto se se quiser tratar o direito como ciência que é.

Dessa forma, a lei em apreço, nesse aspecto, é de extrema utilidade para os processos sancionatórios, naquilo em que a lei especifica não tenha previsto, notadamente quando materializar situações envoltas em princípios, como é o caso ora estudado, pois deles se poderá extrair inúmeras regras aplicáveis ao processo administrativo disciplinar.

Todas as vezes que o processo disciplinar for impulsionado pela comissão processante que implique exercício de garantia da ampla defesa, o acusado precisa ser notificado para ter ciência e exercer direitos. Quanto mais o órgão acusador expandir a ampla defesa e contraditório, menor possibilidade de nulidade terá o processo administrativo disciplinar, o que gera segurança jurídica às partes litigantes, pois não há falta de legislação e sim falta de humanização e justiça, sendo um dever do Estado dar plenitude à Constituição Federal por suas garantias fundamentais.

Belém, maio de 2023.

CAPÍTULO 3

A RESPEITO DO IMPACTO DO PARADIGMA TECNOLÓGICO NO PENSAMENTO DO DIREITO: ALGUMAS PREOCUPAÇÕES

Milton Nobre

Enfatizo, para começar, que este breve texto, concebido metodologicamente como introdutório, objetiva indicar algumas preocupações resultantes do impacto da tão difundida era digital no pensamento do Direito.

Fique, portanto, desde logo claro que, além de não assumir qualquer compromisso com a totalidade, trata-se de uma abordagem sem nenhuma pretensão de examinar esse complexo assunto em todo alcance de sua profundidade.

Essas advertências iniciais parecem-me necessárias porque, na mesma onda que embala a produção filosófica e científica em geral, nunca se falou e escreveu tanto sobre temas da Filosofia e da Ciência do Direito, bem como sobre a rapidez dos avanços tecnológicos e seus efeitos para a humanidade.

Por outro lado, no Brasil e em muitos outros países, nos espaços abertos na mídia e na internet, certamente também como decorrência da rápida transmissibilidade das angústias e incertezas do mundo globalizado, o questionar, refletir e criticar o pensamento jurídico – mesmo não sendo predominante ou apenas uma opinião isolada – parece hoje tão comum que se transformou em normalidade socialmente consentida e repetida. A coerência, os fundamentos do dizer, a autoridade científica ou filosófica de quem diz, não importa. Atualmente todos podem e têm espaço para dizer o que quiserem nesse campo do saber, assim como a respeito de tudo o mais na vida, sendo essa realidade também impositiva da necessidade de esclarecer os limites e contornos do que se expõe à leitura e ao conhecimento público em qualquer meio de divulgação.

Cumpre também, de início, lembrar que no ambiente da Filosofia do Direito, as afirmações ontológicas a respeito do ser, enquanto ser do Direito, gnosiológicas, sobre o como para seu conhecimento, axiológicas, no que se refere aos seus valores, bem ainda quanto sua lógica material ou formal e epis-

temológicas, terminaram concentradas nesta última, isto é, na epistemologia jurídica com o aparecimento cada vez mais rápido de escolas e teorias com pretensão de ultrapassar o positivismo jurídico, o que não acredito ter havido em definitivo¹.

É claro que não cabe aqui tratar, mesmo em apertada síntese, dessas escolas e teorias que, como consequência dos avanços da tecnologia da informação, ganharam difusão mais rápida provocando uma percepção movediça do pensamento jurídico sobretudo em grande parte daqueles encarregados da sua prática.

Para complicar esse quadro, o progredir veloz da tecnologia da informação impactou todos os campos do saber, gerando um novo paradigma de tal forma disruptivo a ponto de Arthur Kaufmann² ter, no final dos anos noventa do século passado, lembrado que Heidegger “já havia previsto o fim da filosofia e as tarefas que o pensamento terá na era da cibernética.”

Essa previsão de Heidegger, pela amplitude em que feita, pode ser também entendida num ângulo de significação de que os avanços tecnológicos, levarão à era das máquinas, alterando o paradigma antropomórfico ou, melhor dizendo, a centralidade humana, o que enseja pensar, igualmente nos campos da filosofia e dogmática jurídicas – além do que há muito se debate quanto a merecerem os animais pertencentes a gêneros diversos do Homo Sapiens serem considerados sujeitos de direito – na emergência da Inteligência Artificial ou mais significativamente do robô como um “sujeito pós-humano de Direito”, que, aliás, já recebeu muitas atenções e pesquisas, dentre as quais destaque, no Brasil, um profundo estudo de Eduardo Bittar³ / ⁴.

Entretanto, não é desse problema que pretendo tratar porque, embora reconheça que já ultrapassamos a fase dos robôs apenas colaborativos e ingressamos – com o ChatGPT 4 ou o recém-anunciado ChatGPT 5, ambos da OpenAI, e o LaMDA ou o Bard Google – na dos robôs cognitivos, essa questão, além de bastante discutida, alvo de reiterados estudos, envolveria longas considerações sobre a pretendida noção de personalidade eletrônica e a respeito de algumas máquinas, não apenas terem responsabilidade jurídica, serem realmente titulares de Direito.

¹ Penso assim por que são comuns na prática jurídica atual interpretações/argumentações positivistas e, mesmo no âmbito dogmático, posturas que, não obstante se autoafirmem contrárias ao positivismo, terminam, contraditoriamente, revelando raízes nele fincadas.

² La Filosofía del derecho en la posmodernidad. Santa Fé de Bogotá, Colombia, 1998, p. 4.

³ A Teoria do direito, a era digital e o pós-humano: o novo estatuto do corpo sob um regime tecnológico e a emergência do sujeito pós-humano de direito. Revista Direito e Praxis. Rio de Janeiro: vol. 10, nº 2, 2019.

⁴ No referido estudo (p.956), o respeitado professor paulista conclui pelo reconhecimento “da dignidade ao ‘cyborgue’ – à fusão do homem-máquina – [...] incluindo-se aí a categoria do *Sujeito Pós-humano de Direito*”. E arremata: “esse mesmo *status* não é atribuído ao ‘robô’, às ‘invenções robotizadas’ e ‘mecanizadas’, que devem ser entendidas como Objetos de Direito, alvo de simples *status* de propriedade”.

Finalizando as advertências de índole propedêutica, esclareço que, por idênticas razões, não me deterei sobre eventos isolados, como o dos processos movidos por Mark Chris Servier com a pretensão de fazer a justiça americana reconhecer o seu direito de casar com um laptop, todos já julgados improcedentes pelos tribunais da Flórida, Texas, Kentucky e Utah; o da cidadania concedida pela Arábia Saudita à robô humanoide Sophia; e as propostas das Comissões do Parlamento Europeu sob o regime de responsabilidade aplicável à Inteligência Artificial, inclusive o relatório de 5 de outubro de 2020 e o *Artificial Intelligence Act*, regulação precursora de proteção dos direitos humanos nas funcionalidades da IA e que tem sido objeto de atenção da nossa doutrina⁵.

II

Sigo, portanto, esclarecendo que uma das minhas grandes preocupações quanto aos impactos da tecnologia da informação sobre o pensamento jurídico diz respeito à constatação de que essa tecnologia, embora já tenha avançado no território da linguagem humana, impõe o uso de uma lógica comparativa, mais formalista, bem como reducionista de significados e, pelo menos no estágio atual de seu desenvolvimento, não alcança desvelar toda a complexidade do Direito - “uma das coisas que parecem óbvias é que o direito é um fenômeno complexo”, como salienta Lênio Streck⁶.

Acho que ninguém põe em dúvida a importância para a epistemologia em geral e, portanto, para a epistemologia jurídica, do chamado “giro linguístico”, significativo da afirmação do paradigma “linguagem/conhecimento” e consolidado com as investigações filosóficas de Ludwig Wittgenstein, Martin Heidegger, Hans G Gadamer, Apel, Habermas e muitos outros. Disse consolidado porque existiram precursores, como em tudo no campo da filosofia, onde, com razão, Eros Grau já lembrou que provavelmente algum grego também tratou antes⁷.

Pois bem.

⁵ Veja-se, v.g.: **Freitas** Juarez, **Freitas** Thomas Bellini. Direito e Inteligência Artificial: em defesa do humano. Belo Horizonte: Forum, 2020; **Reinaldo Filho**, Demócrito. A proposta regulatória da União Europeia para a inteligência artificial. Disponível em: www.lex.com.br. Acesso em 20.12.2022; **Bricio** Luis da Anunciação Melo e **Andrade** Diogo de Calasans Melo. Inteligência Artificial e União Europeia: uma breve análise quanto à proposta de regulação apresentada pelo Conselho Europeu. RT, vol. 1041, p. 203, 2022; **Ribeiro de Paula**, Gáudio. A proposta europeia para regulação da inteligência artificial. Disponível em www.migalhas.com.br/depeso. Acesso em 23.03.2023.

⁶ O que é isto – decido conforme a minha consciência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 6ª ed., 2017, p. 9.

⁷ No caso da filosofia da linguagem, a primeira obra, conforme aponta Lênio Luiz Streck, é o Crátilo de Platão que data de 388 AC (Hermenêutica Jurídica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito, 11ª ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2014, p. 177).

Acontece, entretanto, que a linguagem do Direito por ser reflexiva da vida vivente em determinado tempo e circunstâncias (essa expressão “vida vivente” tomo por empréstimo de Boaventura de Souza Santos⁸) é plena, ou melhor, cheia de significados e sentidos quase sempre abertos ou de difícil determinação posterior e que, sendo decorrentes de intenções/sentimentos, são inalcançáveis por simples comparação com descrições de enunciados legislativos, teses pretorianas ou decisões judiciais anteriormente proferidas constantes de uma memória robótica.

O Direito, de modo invariável, exige um procedimento de compreensão/interpretação/aplicação para estruturar sua atuação concreta, vale dizer, normas de decisão que validam ou invalidam condutas humanas à luz do ordenamento jurídico vigente (o que afirmo me expondo às chibatadas dos nunca ausentes críticos de plantão).

A inteligência artificial no geral e ainda hoje raciocina segundo a metodologia de um programa adremente elaborado pelo homem, parece ainda não ter atingido, em sua totalidade, o patamar da cognição geral, verdadeiramente autônoma e, embora não diga que isso não vai ocorrer no futuro até mesmo próximo, seu conhecimento, portanto, é ainda resultante de análise comparativa (estatística/probabilidade) com as realidades virtualizadas em sua memória à semelhança de uma pré-compreensão humana tecnicamente estruturada e mais avançada.

Num ensaio bem elaborado Daniel Henrique Arruda Boeing e Alexandre Moraes da Rosa⁹ são precisos na conclusão de que *“é possível afirmar que a compreensão plena da linguagem excederia as competências de uma inteligência artificial de propósito limitado(fraca), dado que o comunicar humano envolve processos bastante complexo, tais como abstrações, generalizações, bem como requer certas pré-concepções acerca dos falantes e do ambiente no qual eles estão inseridos. Tais habilidades só seriam possíveis de serem por uma inteligência artificial de propósito geral, ainda inviável.*

Acontece, porém, que o alcance ou a realização do Direito exige mais, em especial porque sua atuação prática depende de fatos e circunstâncias, muito além dos limites de previsibilidade e que, embora captáveis por uma leitura técnica, sua certeza depende de fundamentos argumentativos, nem sempre significantes da melhor adequação científica.

Ronald Dworkin, no seu O império do Direito¹⁰, procurando responder o que é o Direito anota:

⁸ A gramática do tempo: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2010, p.13.

⁹ Ensinando um robô a julgar: pragmática, discricionariedade, Heurística e vieses no uso de aprendizado de máquina no judiciário, 1ª ed. – Florianópolis: Emais Academia, 2020, p. 74.

¹⁰ Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 17.

O direito é, sem dúvida, um fenômeno social. Mas sua complexidade, função e consequências dependem de uma característica especial de sua estrutura. Ao contrário de muitos outros fenômenos sociais, a prática do direito é argumentativa. Todos os envolvidos nessa prática compreendem que aquilo que ela permite ou exige depende da verdade de certas proposições que só adquirem sentido através e no âmbito dela mesma.

Ao falar em fenômeno social e prática argumentativa como da essencialidade do Direito, Dworkin não deixou de todo afastada a possibilidade das máquinas dotadas de inteligência artificial atuarem na estruturação (Friedrich Müller) das normas de decisão até mesmo de casos novos, mas penso que, ainda por algum tempo, não conseguirão ter efetiva participação integral indicando, por exemplo, o *distinguish* de um caso novo em face de precedentes para fundamentar uma *ratio decidendi* verdadeiramente inovadora e de todo diversa do que tem registrado em sua memória.

Receio, por isso mesmo, que com sua linguagem lógico-comparativa e ainda sem capacidade cognitiva geral, a Inteligência Artificial, chegando à autonomia plena (consciência/sensibilidade), nos conduza a um retorno forte ao positivismo, agora numa espécie *neo-exegeta*, ou – o que será mais danoso – quando alcançar a esse estágio de cognição, também passe a decidir, até ultrapassando a compreensão/interpretação/aplicação humana, segundo a sua própria e exclusiva vontade, discricionária/arbitrariamente, numa espécie de *cybersolipsismo*¹¹.

As máquinas pensantes no campo jurídico já são, de modo seguro, capazes de subsunção, focando fatos examinados em comparação aos armazenados em suas memórias, todavia ainda não têm habilidade para, mantendo a integridade do Direito, estruturar uma norma de decisão **diante de recortes de vida absolutamente novos**.

Quanto ao que chamei *cybersolipsismo*, lembro aqui de um filme que considero clássico a respeito do relacionamento intersubjetivo homem/máquina (AI) no futuro do mundo.

Refiro-me à película de ficção científica e aventura, nominada *2001 uma odisseia no espaço*, dirigida por Stanley Kubrick que, numa síntese bem estreita¹², começa quando um símio (simbolizando um ancestral do *Homo Sapiens*), se afasta de um grupo semelhante, que se movimenta em torno de um monólito negro, pega no chão um pedaço de fêmur (ou um osso grande) de outro animal, começa a quebrar o restante de uma carcaça e, posteriormente, lança esse osso para o alto em direção ao espaço, onde se transforma, ao som da clássica

¹¹ A respeito do conceito de solipsismo remeto à leitura do verbete lançado por Lênio Luiz Streck. (Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito, 2ª ed., Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020, p.411).

¹² Digo síntese bem estreita porque focada no que interessa para as considerações que faço mais adiante.

valsa, Danúbio Azul, de Johann Strauss, numa grande e bela espaçonave, sintetizando, desse modo espetacular, a criação da humanidade e toda a evolução da tecnologia.

No seu desenvolvimento, depois de muitos lances que envolvem uma busca para encontrar a origem de um possível erro no curso da espaçonave, o filme segue para o seu final, quando, após uma intensa disputa entre o homem e a Inteligência Artificial (um supercomputador chamado HAL 9000) – que operava a espaçonave com destino programado para chegar ao planeta Jupiter e **não queria alterar seu objetivo** ou trazê-la de volta ao ponto de partida na terra – vai, por isso, matando os seus tripulantes, até que um cosmonauta sobrevivente, finalmente, consegue desligar a máquina de sua fonte de energia.

Não vejo sinais de que chegaremos a ter, no futuro, disputa semelhante¹³. Ao contrário, a Inteligência Artificial, criação tecnológica construída pela mente humana, já está prestando grandes contribuições ao estudo e ao desenvolvimento de todas as ciências, inclusive à prática jurídica, sobretudo nas vias judiciais. É, sem dúvida, uma realidade irreversível e bem vinda, a despeito do que dizem os negativistas e arautos de que causará o fim da humanidade.

Isso, todavia, não significa que a AI não ofereça hoje riscos à humanidade, especialmente aos direitos fundamentais, em decorrência de vieses, tendências ou visões de mundo dos seus eventuais programadores, merecendo, por isso mesmo, regulação que garanta transparência e respeito a esses direitos. É claro e evidente, ademais, que atingida a plenitude da inteligência artificial geral (AGI) e alcançada uma fase dos robôs programadores, esses riscos serão maiores e de mais difícil controle.

Contudo, mesmo nos dias atuais, não há dúvida de que a afirmação cada vez mais forte do paradigma tecnológico, decorrente da progressiva evolução da tecnologia da informação, trouxe à humanidade um panorama complexo, de grandes incertezas, confusão e rapidez, exigindo, em consequência, que os estudiosos, tanto da filosofia quanto da dogmática jurídica, adotem uma postura de atenta observação da realidade e façam profundas reflexões críticas para evitar que se consolide, em escala mundial, um senso comum de insegurança na aplicação dos dispositivos de regulação social, em especial do Direito.

Quanto a essa necessidade de atenta reflexão crítica, devo lembrar, como exemplo, que, há algum tempo, o Professor belga Benoit Frydman¹⁴, pesquisador do Centro Perelman de Filosofia do Direito, confessando “adotar o

¹³ O professor Igor Aleksander (Inteligência Artificial, *in* O que pensam os filósofos atuais? Jeremy Stangroom e Julian Baggini – org: São Paulo: Edições Rosari, 2009, p. 129), observa “que poderíamos ter uma máquina capaz de entrar em uma situação conflituosa com os seres humanos, mas esse tipo de conflito seria muito mais controlável em uma máquina do que é nos seres humanos”.

¹⁴ O fim do estado de direito: governar por standards e indicadores. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2016.

método pragmático próprio da Escola de Bruxelas”, escreveu uma pequena monografia, em que prenuncia “o fim do estado de direito”¹⁵.

Após breve histórico sobre as normas técnicas e de gestão, demonstrando que são tão antigas quanto às regras jurídicas e a “concorrência” das primeiras com as últimas, o Professor Frydman, além de sustentar a existência do que chama Objetos Normativos Não Identificados (ONNIs), figuras impensadas, segundo ele, “na teoria do Direito Clássico”, deixa evidente que os efeitos dos avanços tecnológicos sobre o Direito estão a exigir uma postura nova dos juristas.

Não obstante esse pensador belga, sustente “ser necessário e urgente que o jurista se emancipe de uma concepção muito estreita, formal e rígida, a fim de voltar seu olhar, seu interesse e seus estudos para o campo mais vasto da normatividade, em toda a diversidade de suas formas e de suas técnicas”, com o que estou de acordo, parece-me imprescindível nunca se perder de vista que as normas técnicas e de gestão são criadas pelo homem e se legitimam quando conformes à Ética e ao Direito, de modo a respeitar a dignidade humana.

Portanto, mesmo sendo um grande avanço que o estado seja, de modo predominante, governado por normas técnicas e de gestão, porque essas normas padronizam condutas, em face de metas definidas e insuscetíveis de alterações dependentes da vontade exclusiva dos eventuais governantes – estabelecendo, assim, limites e contornos de governar sempre com respeito aos interesses públicos primários – essa realidade, antes de indicar o fim do direito, afirma sua vitalidade.

III

No estágio atual da afirmação do paradigma tecnológico, muito se fala na necessidade de transparência ética nas práticas sustentadas em inteligência artificial e, mais do isso, na imprescindibilidade da existência de textos normativos que assegurem respeito eficiente aos direitos humanos fundamentais.

Nesse particular, as medidas propostas por Kai-Fu e Chen, que merecem ser citadas conforme traduzidas em recente artigo de Ana Luiza Lacerda Amaral, publicado na RT 1050/2023 (conteúdo extra), apresentam-se eficientes para não só evitar que vieses e preconceitos de programação sejam reproduzidos pela AI como, igualmente, conferem relativa segurança à continuidade dos avanços tecnológicos da AGI:

¹⁵ Como a palavra **fim** tem mais de uma significação, podendo expressar simplesmente término, conclusão e até mesmo a morte ou a atribuída por Aristóteles – de que “a natureza procura sempre o fim, ou seja, foge do infinito” (cf. Nicola Abbagnano. Dicionário de filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 532), parece-me adequada esta nota para deixar claro que o objetivo do autor é demonstrar que o estado hoje não se rege exclusivamente por regras de direito e sim, cada vez mais, por normas técnicas e de gestão, exigindo-se, por essa razão, uma nova postura dos que se dedicam a pensar a normatividade social.

“Alguns passos são claros. Primeiro, as empresas que usam AI devem divulgar onde os sistemas de AI são usados e para qual finalidade. Em segundo lugar, os engenheiros de AI devem ser treinados com um conjunto de princípios padrão – como o juramento de Hipócrates de um médico adaptado; os engenheiros precisam entender que sua profissão incorpora escolhas éticas em produtos que tomam decisões que mudam vidas e, portanto, prometem proteger os direitos dos usuários. Terceiro, testes rigorosos devem ser exigidos e incorporados em ferramentas de treinamento de AI para fornecer avisos ou proibir o uso de modelos treinados em dados com cobertura demográfica injusta. Quarto, novas leis exigindo auditorias de AI podem ser aprovadas. Se uma empresa recebe reclamações suficientes, ela pode ser auditada por AI (para justiça, divulgação e proteção de privacidade), da mesma forma que pode enfrentar uma auditoria fiscal se seus livros parecerem suspeitos.”

No Brasil ainda não temos uma lei regulando a AI¹⁶. A Lei nº 13.709 de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados) veio para resguardar os dados pessoais e confere alguma proteção quanto ao tratamento de dados pela inteligência artificial.

Por essa razão e diante do cada vez mais amplo do emprego da AI pelos órgãos do Poder Judiciário, o CNJ, preenchendo a atual lacuna de texto legislativo, editou a Resolução nº 332/2020, que trata de modo amplo e minucioso o seu uso nas decisões judiciais com disposições específicas para regular a publicidade e transparência, a governança e a qualidade, a segurança, o controle e o usuário, a pesquisa, o desenvolvimento e implantação, bem como introduz um regramento detalhado sobre o respeito aos direitos fundamentais e a não discriminação, integrantes dos capítulos II e III¹⁷.

¹⁶ Os vários projetos em tramitação no Congresso Nacional (PL nº 5.051/2019, PL nº 21/2020 e PL nº 872/2021) foram submetidos ao exame de uma Comissão de Juristas e serviram de base ao PL nº 2.338/2023 apresentado pelo Sen. Rodrigo Pacheco, ainda pendente de aprovação.

¹⁷ Art. 4º No desenvolvimento, na implantação e no uso da Inteligência Artificial, os tribunais observarão sua compatibilidade com os Direitos Fundamentais, especialmente aqueles previstos na Constituição ou em tratados de que a República Federativa do Brasil seja parte. Art. 5º A utilização de modelos de Inteligência Artificial deve buscar garantir a segurança jurídica e colaborar para que o Poder Judiciário respeite a igualdade de tratamento aos casos absolutamente igual. Art. 6º Quando o desenvolvimento e o treinamento de modelos de inteligência exigir a utilização de dados, as amostras devem ser representativas e observar as cautelas necessárias quanto aos dados pessoais sensíveis aqueles assim considerados pela Lei nº 13.709/2018, e seus atos complementares. Art. 7º As decisões judiciais apoiadas em ferramentas de Inteligência Artificial devem preservar a igualdade, a não discriminação, a pluralidade e a solidariedade, auxiliando no julgamento justo, com criação de condições que visem eliminar ou minimizar a opressão, a marginalização do ser humano e erros de julgamento decorrentes de preconceitos. §1º Antes de ser colocado em produção, o modelo de Inteligência artificial deverá ser homologado de forma a identificar se preconceitos e generalizações influenciaram seu desenvolvimento, acarretando tendências discriminatórias no seu funcionamento. §2º Verificado viés discriminatório de qualquer natureza ou incompatibilidade do modelo de Inteligência Artificial com os princípios previstos nesta Resolução, deverão ser adotadas medidas corretivas. §3º A impossibilidade de eliminação do viés discriminatório do modelo de Inteligência Artificial, especialmente quando essa for de natureza judicial.

A realidade brasileira não é muito diversa do que se verifica no restante do mundo, onde os pensadores do Direito e os governos, pressionados pela rápida evolução da AI, concentram esforços na elaboração de regramentos positivos objetivando proteger e garantir segurança à humanidade e aos seus direitos fundamentais.

No que se refere a essa proteção, as leis ou diretivas idealizadas por Isaac Asimov¹⁸, em ficção deveras criativa, em um primeiro momento, parecem eficazes para a almejada segurança da humanidade diante da AGI. Não há, porém, perspectiva de que seja possível criar uma limitação tecnológica eficiente para assegurar que os modelos humanos de controle social ou, melhor dizendo, que os princípios e regras da Ética e do Direito sejam integralmente obedecidos pelos robôs plenamente conscientes.

O certo é que o paradigma tecnológico, afirmando o robô inteligente como novo ator da relação intersubjetiva, faz repercutir no ambiente da regulação social dúvidas e incertezas que despertam a busca por novos fundamentos éticos e jurídicos com o propósito de garantir a convivência social pacífica e segura.

Hoje nosso país, diante dos impactos afirmativos do paradigma tecnológico causados pela AI, já se fala que “é preciso promover a reflexão, ressignificar institutos, implementar novos direitos, e definir formas de sociabilidade; enfim, remodelar a Teoria Jurídica.”¹⁹

Nada a opor a essa e outras propostas no mesmo sentido. Há, todavia, um pressuposto inarredável: o Direito é um produto cultural, obra da humanidade para a humanidade e, portanto, não parece possível o controle social da AGI exclusivamente pelo Direito, ou seja, sem meios tecnológicos para que alcance *certa humanização*. Isso é tecnicamente possível? Essa é uma questão que remanesce e mais preocupa, ante a incerteza da possibilidade.

REFERÊNCIAS

- **Abbnano**, Nicola – Dicionário de filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- **Amaral**, Ana Luiza Lacerda – Entre a utopia e a distopia tecnológica no direito-Análises e predições do sistema judiciário brasileiro. RT, vol. 1050.
- **Berwick**, Robert C. e **Chomsky**, Noan – Por que só nós? Linguagem e evolução. São Paulo: Editora Unesp, 2018.
- **Bittar**, Eduardo – A teoria do direito, a era digital e o pós-humano: o novo estatuto do corpo sob um regime tecnológico e a emergência do sujeito pós humano de direito – Revista Direito e Praxis, Rio de Janeiro: vol.10, nº 2, 2019.

¹⁸ 19 I – Um robô não pode ferir um ser humano ou, por inação, permitir que um ser humano sofra algum mal; II – Um robô deve obedecer às ordens que lhes sejam dadas por seres humanos, exceto nos casos em que entre em conflito com a primeira lei; III – Um robô deve proteger sua própria existência, desde que tal proteção não entre em conflito com a primeira e a segunda leis; Lei Zero – Um robô não pode causar mal à humanidade ou, por omissão, permitir que a humanidade sofra algum mal.

¹⁹ **Martins**, Daniel Carvalho. IA no Poder Judiciário brasileiro: riscos e oportunidades para uma nova teroria., in Revista **Consultor Jurídico**, ed. 8 de maio de 2023.

- **Boeing**, Daniel Henrique Arruda e **Rosa**, Alexandre Morais da – Ensinando um robô a julgar: pragmática, discricionariedade, heurística e vieses no uso do aprendizado de máquina no judiciário, 1ª ed., Florianópolis: Emais Academia, 2020.
- **Brício**, Luis da Anunciação Melo e **Andrade**, Diogo de Calasans Melo – Inteligência artificial e União Europeia: uma breve análise quanto a proposta de regulação apresentada pelo Conselho Europeu. Revista dos Tribunais, vol. 1041, 2022.
- **De Sanctis**, Fausto Martins – Inteligência artificial e direito. São Paulo: Almedina, 2020.
- **Dworkin**, Ronald – Império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- **Freitas**, Juarez e **Freitas**, Thomas Bellini – Direito e inteligência artificial: em defesa do humano. Belo Horizonte: Forum, 2020.
- **Frydman**, Benoit – O fim do estado de direito: governar por standards e indicadores. Porto Alegre: Livraria do Advogado ed., 2016.
- **Grau**, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do Direito, 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- **Hartmann Peixoto**, Fabiano – Inteligência Artificial e direito. Curitiba: Alteridade ed., 2019.
- **Kaufmann**, Arthur – La filosofía del derecho em la posmodernidad. Santa Fé de Bogotá, Colombia: 1998, p. 4.
- **Lévy**, Pierre – As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática, 2ª ed., São Paulo: Editora 34, 2016.
- **Müller**, Friedrich – Teoria estruturante do Direito, 3ª ed. **São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.**
- _____ – O novo paradigma do direito: introdução à teoria metódica estruturante, 3ª ed. **São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.**
- **Norvig**, Peter e **Russel**, Stuart – Inteligência Artificial. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- **Reinaldo Filho**, Demócrito – A proposta regulatória da União Europeia para inteligência artificial. Disponível em: www.lex.com.br. Acesso em 21/04/2023.
- **Ribeiro de Paula**, Gláudio – A proposta europeia para regulação da inteligência artificial. Disponível em www.migalhas.com.br/depeso. Acesso em 12/05/2023.
- **Santos**, Boaventura de Souza – A gramática do tempo: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2010.
- **Streck**, Lênio Luiz – O que é isto – decido conforme a minha consciência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 6ª ed., 2017.
- _____ – Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas, 5ª ed., rev., mod. e ampl. São Paulo, 2014.
- _____ – Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração da construção do Direito, 11ª ed., ver., atual., e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.
- _____ – Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito, 2ª ed., Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

CAPÍTULO 4

A INEXIGIBILIDADE DA LICITAÇÃO PARA A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS DA LEI Nº 14.133/2021

Márcia Nogueira Bentes Corrêa

1. INTRODUÇÃO

As funções essenciais à justiça são, genericamente, os lugares do exercício de advocacia privada (art. 133 da Constituição de 1988) e pública (exercida pelas chamadas procuraturas constitucionais). Esta última, engloba a advocacia da sociedade (realizada pelo Ministério Público); a advocacia do Estado ou advocacia pública (exercida pela Advocacia-Geral da União e pelos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal); e a advocacia dos necessitados (exercida pela Defensoria Pública), tratando-se de “advocacia-geral dos interesses constitucionalmente garantidos, segundo Moreira Neto”¹

Em relação aos Municípios, há uma lacuna no que tange a previsão expressa da municipalidade no art. 132, da Constituição Federal de Instituição de Advocacia-Geral própria, muito embora seja comum que os Municípios tenham Procuradoria Municipal para representá-los judicial e extrajudicialmente, além da função de assessoramento jurídico e consultivo legal.

É em razão da previsão constitucional de Advocacia instituída para a defesa dos Entes Políticos, que a Administração deve ter reserva ao contratar os serviços jurídicos por meio da inexigibilidade de licitação, somente em razão da insuficiência de servidores públicos em quadro funcional próprio da Administração.

Neste sentido, em 1º de abril foi publicada a Lei nº 14.133/2021, que criou um novo marco regulatório das contratações públicas, definindo a possibilidade de contratação direta de serviços jurídicos por meio da inexigibilidade de

¹ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 45. P. 41-57, 1992.

licitação, no art. 74, sem a exigência da demonstração da singularidade do objeto. Assim prevê a Lei nº 14.133/2021, que estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

...

III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

...

c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

A notoriedade do contratado é o fator distintivo que suportará a legitimidade da contratação.

Anteriormente, a Lei nº 14.039/2020, alterou a legislação que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 e o Decreto-Lei nº 9.295, de 27 de maio de 1946, para definir sobre a natureza técnica e singular dos serviços prestados por advogados e por profissionais de contabilidade, acrescentando o artigo 3º-A, cuja literalidade merece ser reproduzida:

“Artigo 3º-A – Os serviços profissionais de advogado são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei.

Parágrafo único. Considera-se notória especialização o profissional ou a sociedade de advogados cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato”.

O referido dispositivo legal reconhece a presunção de que os serviços profissionais de advogado são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei, o que, em tese, possibilita a contratação de escritórios de advocacia e advogados, suprimindo a necessidade do concurso público.

Foi nesse contexto que a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça julgou, sob a relatoria do desembargador Jesuíno Rissato (convocado), o AgRg no Habeas Corpus nº 669.347/SP (2021/0160441-3), fixando o entendimento de que, com o disposto no “artigo 74, III, da Lei n. 14.133/2021 e no artigo 3º-A do Estatuto da Advocacia, o requisito da singularidade do serviço advocatício foi suprimido pelo legislador, devendo ser demonstrada a notória

especialização do agente contratado e a natureza intelectual do trabalho a ser prestado”.

Destarte, a Lei nº 14.133/2021, veio estabelecer normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e conceituar, de forma geral, serviços de advocacia e de contabilidade como serviços de natureza técnica e singular. E, que, portanto, legitimam a inexigibilidade de licitação desde que prestados por Profissionais ou Empresas de notória especialização.

O parágrafo terceiro do dispositivo 74, I menciona o que é essa notória especialização:

Art. 74, §3º ..., considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Ainda, a Lei nº 14.133/2021, também, deixa assentado que nessas contratações é vedada a subcontratação de empresas ou a atuação de profissionais distintos daqueles que tenham justificado a inexigibilidade (art. 74, § 4º) e excluiu da hipótese de incidência da inexigibilidade de licitação, a necessidade de demonstração de que o serviço deva possuir natureza singular que, nos dizeres de ²Marçal Justen Filho, “*caracteriza-se como uma situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por qualquer profissional ‘especializado’*”.

Portanto, para efeito de enquadramento na hipótese de inexigibilidade de licitação, o serviço não precisa ser único, tampouco complexo ou exclusivo, mas, sim, que ele demanda do seu executor conhecimento, habilidade e aptidão específica, adequada e, de plano, comprovável, como bem explicado no PROCESSO DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO Nº 001/2022³:

A retirada da singularidade como elemento essencial para efeito de enquadramento na hipótese de inexigibilidade de licitação não pode ser desconhecida pelos aplicadores do direito. Tem uma razão de ser. O legislador infra legal teve o firme propósito de deixar claro que o serviço não precisa ser único, tampouco complexo ou exclusivo, mas, sim, que ele demanda do seu executor conhecimento, habilidade e aptidão específica, adequada e, de plano, comprovável.

² Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15a ed., São Paulo: Dialética, 2012, p. 419-420.

³ Disponível em: https://piracuruca.siafc.com.br/uploads/glc/camara/doc_procedimentos/f5d90cd77e490c69c8725b5868c6dc0e.pdf

3. A INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO É O NÚCLEO FUNDAMENTAL DA LICITAÇÃO INEXIGÍVEL

De se ressaltar que o principal requisito para a utilização da inexigibilidade é a inviabilidade de competição, tratada no artigo 74 da Lei nº 14.133/2021:

É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

O conceito de inviabilidade de competição, por sua vez, decorre de causas nas quais há a ausência de pressupostos que permitam a escolha objetiva da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Com referência a este requisito, o professor Felipe Boselli defende que na Lei nº 14.133, de 2021, a inviabilidade de competição é o núcleo fundamental da licitação inexigível⁴.

Na mesma vertente, ensina Sidney Bittencourt que “a *inexigibilidade de licitação sempre decorrerá da inviabilidade de competição*”⁵.

A inexigibilidade, nas palavras de Marçal Justen Filho, é uma “*imposição da realidade extranormativa*”⁶ e, como decorrência disso, o rol dos incisos do artigo 74 da Lei nº 14.133 se afigura como meramente exemplificativo – “*numerus apertus*”. Isso porque é impossível sistematizar todos os eventos dos quais decorrem uma inviabilidade de competição.

Basicamente, existem alguns bens, situações ou sujeitos que, por suas características inerentes, podem levar a uma contratação direta por inexigibilidade, como, ausência de pluralidade de competidores no mercado; circunstância inerente ao sujeito a ser contratado e a natureza do objeto licitado.

4. A NECESSÁRIA PRESENÇA DO REQUISITO CONFIANÇA

Componente essencial para o poder público fazer a formalização de um processo de contratação por dispensa e inexigibilidade é o requisito da

⁴ FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coords.). Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022. v.02 - Artigos 71 ao 194. p. 58. Veja mais em https://www.sollicita.com.br/Noticia/?p_id=Noticia=19273&n=pesquisa-de-pre%C3%A7os-vs-inexigibilidade#: - Copyright © 2020, Sollicita. Todos os direitos reservados.

⁵ BITTENCOURT, Sidney Nova Lei de Licitações passo a passo: comentando, artigo por artigo, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. 1. Reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 504. Veja mais em https://www.sollicita.com.br/Noticia/?p_id=Noticia=19273&n=pesquisa-de-pre%C3%A7os-vs-inexigibilidade#: - Copyright © 2020, Sollicita. Todos os direitos reservados.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de Licitações e Contratos Administrativos, 18. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 594.

confiança, considerada pelo Supremo Tribunal Federal como um elemento impactante para caracterização da inviabilidade. *In verbis* o acórdão⁷

EMENTA: I. Habeas corpus: prescrição: ocorrência, no caso, tão-somente quanto ao primeiro dos aditamentos à denúncia (L. 8.666/93, art. 92), ocorrido em 28.9.93. II. Alegação de nulidade da decisão que recebeu a denúncia no Tribunal de Justiça do Paraná: questão que não cabe ser analisada originariamente no Supremo Tribunal Federal e em relação à qual, de resto, a instrução do pedido é deficiente. III. Habeas corpus: crimes previstos nos artigos 89 e 92 da L. 8.666/93: falta de justa causa para a ação penal, dada a inexigibilidade, no caso, de licitação para a contratação de serviços de advocacia. 1. A presença dos requisitos de notória especialização e confiança, ao lado do relevo do trabalho a ser contratado, que encontram respaldo da inequívoca prova documental trazida, permite concluir, no caso, pela inexigibilidade da licitação para a contratação dos serviços de advocacia. 2. Extrema dificuldade, de outro lado, da licitação de serviços de advocacia, dada a incompatibilidade com as limitações éticas e legais que da profissão (L. 8.906/94, art. 34, IV; e Código de Ética e Disciplina da OAB/1995, art. 7º).

A Administração Pública, ao fazer a pesquisa de mercado, deve ter a certeza de que apontado Profissional ou definida Empresa será capacitada a desenvolver um trabalho eficaz e reconhecidamente acertado à plena satisfação do serviço almejado.

Veja-se que o ponto caracterizador da inviabilidade de licitação é à segurança quanto à sua boa execução e à impossibilidade de competição para, enterrar qualquer dúvida quanto à legalidade do enquadramento dos serviços advocatícios na hipótese de inexigibilidade.

Então, a questão que deve ser considerada é se o serviço é rotineiro ou comum para efeito de desqualificá-lo como passível via contratação direta entendido como aquele que pode demandar apoio de consultoria jurídica especializada, já que o corpo próprio de procuradores, muitas vezes, não detém o conhecimento abrangente, sistêmico e aprofundado que se faz necessário para implantação das regras, sistemas, programas e processos estabelecidos pela novel legislação.

Segundo o voto da lavra do Ministro Dias Toffoli, no Recurso Extraordinário nº 656.558, “a administração pública pode contratar advogados sem licitação, quando houver real necessidade e nenhum impedimento legal, mesmo se tiver procuradores concursados”.

5. O PREÇO DA CONTRATAÇÃO POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Na temática pautada pelo preço da contratação, envolve-se três conceitos: sobrepreço, superfaturamento e inexequibilidade. O conceito de preço

⁷ TCU, Acórdão nº 1.273/2015 – Plenário.

de mercado não é de fácil identificação na Lei nº 14.133/2021, apenas indicando que a estimativa de preços para a contratação direta deverá se dar nos moldes do art. 23, de forma incerta. Fica, portanto, a apreciação de vantajosidade, conferida à discricionariedade do administrador público, motivo pelo qual, no artigo 11, todos estes assuntos são alçados como objetivos do processo licitatório:

Artigo 11 – O processo licitatório tem por objetivos:

I – assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;

II – assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição;

III – evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;

IV – incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

Parágrafo único. A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no caput deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações.

Por conseguinte,⁸ *O legislador parte do falso pressuposto de que existe um infalível preço de mercado e que qualquer preço que se sobreponha ao dito “preço de mercado” é considerado sobrepreço. Ocorre que sempre houve uma larga complexidade quanto à definição do conceito de preço referencial de mercado, sobretudo em tempos de inflação galopante, porvindoura a uma pandemia sem precedentes”.*

Não é outra a conclusão de que, é amplamente discricionário à Administração optar ou não pelo menor custo da contratação.

CONCLUSÃO

A contratação de consultoria jurídica por inexigibilidade de licitação é possível e necessária para serviços especializados, no intuito de que órgãos e entidades públicas regulamentem os dispositivos da nova lei que assim o exigem e implementem as mudanças determinadas, conseguindo avançar e progredir no atendimento do seu desiderato último que é o interesse público.

⁸ <https://www.conjur.com.br/2021-out-15/licitacoes-contratos-dilema-entre-preco-mercado-vantajosidade-lei-141332021>

Bem observado por Fabrício Motta que assim ponderou: “*é muito pouco lógico concluir, como pretendem alguns, que a edição de uma lei nova, em tema de tamanha controvérsia, seja a representação de um ‘nada jurídico’, deixando as ‘coisas’ no mesmo lugar*”⁹

É princípio basilar de hermenêutica jurídica aquele segundo o qual a lei não contém palavras inúteis: *verba cum effectu sunt accipienda*. Ou seja, as palavras devem ser compreendidas como tendo alguma eficácia. Não se presumem, na lei, palavras inúteis¹⁰.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Sidney Nova Lei de Licitações passo a passo: comentando, artigo por artigo, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. 1. Reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 504. Veja mais em https://www.sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=19273&n=pesquisa-de-pre%C3%A7os-vs-inexigibilidade#: - Copyright © 2020, Sollicita. Todos os direitos reservados.

CÂMARA MUNICIPAL DE PIRACURUCA – PI. Comissão Permanente de Licitação. PROCESSO DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO Nº 001/2022. Disponível em: https://piracuruca.siafc.com.br/uploads/glc/camara/doc_procedimentos/f5d90cd77e490c69c8725b5868c6dc0e.pdf

Cf Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 8a. ed., Freitas Bastos, 1965, p. 262).

Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 45. P. 41-57, 1992.

Carvalho, Guilherme. O dilema entre o preço de mercado e a vantajosidade na Lei nº 14.133/2021. *Consultor Jurídico*. 2021. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-out-15/licitacoes-contratos-dilema-entre-preco-mercado-vantajosidade-lei-141332021>

FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coords.). *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. v.02 - Artigos 71 ao 194. p. 58. Veja mais em https://www.sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=19273&n=pesquisa-de-pre%C3%A7os-vs-inexigibilidade#: - Copyright © 2020, Sollicita. Todos os direitos reservados.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 18. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 594.

_____. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15a ed., São Paulo: Dialética, 2012, p. 419-420.

MOTTA, Fabrício. A nova lei de contratação direta de serviços de advocacia por inexigibilidade de licitação. <https://www.conjur.com.br/2020-set-03/interesse-publico-lei-contratacao-direta-servicosadvocacia-inexigibilidade-licitacao>.

TCU, Acórdão nº 1.273/2015 – Plenário.

⁹ MOTTA, Fabrício. A nova lei de contratação direta de serviços de advocacia por inexigibilidade de licitação. <https://www.conjur.com.br/2020-set-03/interesse-publico-lei-contratacao-direta-servicosadvocacia-inexigibilidade-licitacao>.

¹⁰ Cf. Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 8a. ed., Freitas Bastos, 1965, p. 262.

CAPÍTULO 5

ENTRE A POBREZA E A RIQUEZA RENDA DE CIDADANIA COMO POLÍTICA DE INVESTIMENTO E DESENVOLVIMENTO

*Hermano de Oliveira Santos
Ricardo Maurício Freire Soares*

1. ASPECTOS DA RELAÇÃO ENTRE POBREZA E RIQUEZA COM FOCO NA HISTÓRIA DO BRASIL

Embora não se fale tão aberta, clara e frequentemente quanto necessário, não é suficiente nem adequado pensar em soluções factíveis para a pobreza sem refletir não-ideologizadamente sobre sua relação com a riqueza.

O discurso sobre pobreza é formulado de tal modo a ocultar o fato de que a reprodução da pobreza é, não raramente, um efeito da produção da riqueza.

Nem sempre a pobreza é decorrência de fatos naturais ou mesmo cultural-sociais, episódicos ou não, a exemplo de enchentes ou secas, guerras ou revoluções. Muitas vezes a pobreza é decorrência de atos humanos, conscientes ou não, como a expropriação ou a exploração, a dominação-opressão ou o abandono.

A pobreza é um problema que ocorre em todas as sociedades humanas de que se tem notícia, tanto quanto o empenho de nações e pessoas em busca da riqueza.

Trata-se de um problema não apenas empírico, mas também teórico. A pobreza persiste como critério de diferenciação político-jurídica, sem embargo (aliás, em razão) da força simbólica dos direitos humanos e da constitucionalização e da legislação simbólicas dos direitos fundamentais.

É preciso repensar o problema da pobreza para além do racionalismo e do humanismo iluministas, que legaram às sociedades, aos Estados e ao Direito contemporâneos um senso comum teórico baseado na teoria do contrato social e numa determinada e determinante forma jurídica de cidadania.

A história de uma sociedade como a brasileira, marcada que é pelo desequilíbrio entre pobreza e riqueza e por tantos episódios de expropriação (dos índios), exploração (de negros escravizados, imigrantes e migrantes forçados), dominação-opressão e abandono (de cidadãos, especialmente dos pobres), serve de laboratório para se tentar compreender os fatores e as consequências da pobreza e para se tentar formular uma solução que mitigue seus efeitos e contenha suas causas.

No Brasil, não apenas os pobres são vulneráveis; todos estamos sujeitos, e, pois, expostos, de algum modo, em algum grau, aos fatores e efeitos da pobreza, ou seja, a situações de vulnerabilidade.

Os brasileiros temos direito a uma renda básica de cidadania. Uma lei o reconhece, cumprindo diretrizes da Constituição nacional e da comunidade internacional. Que falta para a plena eficácia das normas jurídicas pertinentes e a garantia efetiva daquele direito?

2. DO OBJETIVO-COMPROMISSO DE ERRADICAR AO DEVER-OBRIGAÇÃO DE ENFRENTAR A POBREZA

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADDH), aprovada na Nona Conferência Internacional Americana, realizada pela Organização dos Estados Americanos em Bogotá, na Colômbia, em 9/5/1948¹, considerando as “garantias oferecidas pelo regime interno dos Estados”, estabelece, em seu Preâmbulo, “que as instituições jurídicas e políticas, que regem a vida em sociedade, têm como finalidade principal a proteção dos direitos essenciais do homem e a criação de circunstâncias que lhe permitam progredir espiritual e materialmente”; e, em seus Artigos XIV e , o compromisso de garantir “um nível de vida conveniente” e as “necessidades essenciais de uma vida decente”, respectivamente.

Já a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), aprovada na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) realizada em Paris, na França, em 10/12/1948², considerando “o reconhecimento da dignidade [... que] os povos das Nações Unidas [...] decidiram promover o progresso

¹ Segundo o Ministério das Relações Exteriores (BRASIL, 2016), “O Brasil foi um dos 21 fundadores da OEA [...] e signatário”, dentre muitos outros documentos, da Declaração, a qual, segundo a Corte e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, “apesar de haver sido adotada como declaração e não como um tratado, atualmente a Declaração Americana constitui uma fonte de obrigações internacionais para os Estados membros da OEA” (OEA, s/d).

² Segundo Georgenor de Sousa Franco Filho (2022), “Austregésilo de Athayde foi o delegado brasileiro na Assembleia Geral da ONU e considerado o mais ativo participante da comissão que redigiu a Declaração”, a qual, por ser um tratado *lato sensu*, “não é susceptível de ratificação pelos Estados que a assinarem, sendo uma norma de *soft law*”.

social e melhores condições de vida [... e que] os seres humanos sejam livres [...] da miséria”, dispõe, em seu Artigo 25.1, sobre “um nível de vida suficiente [...] que assegure] a saúde e o bem-estar”.

Em 2015, a ONU lançou a Agenda 2030, na qual estabelece 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, sendo o primeiro a “Erradicação da pobreza”, cumprindo aos Estados partícipes adotar ações concretas no sentido de “acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares”.

Por sua vez, a Constituição brasileira de 5/10/1988, em seu Preâmbulo, invoca os “valores supremos” da “justiça [social]”, e, em seu arts. 1º, II, e 3º, III, dispõe que “A República Federativa do Brasil [...] constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] a cidadania” e tem o “objetivo fundamental” de “erradicar a pobreza”, respectivamente.

Assim, o Estado brasileiro, imbuído por esse valor supremo, e tendo como fundamento seu catálogo de direitos e deveres de cidadania³, compromete-se a erradicar a pobreza em seu território.

E como dispõe o art. 23, X, da Constituição, “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] combater as causas da pobreza”⁴.

Para tanto, o Constituinte originário previu, no art. 79 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)⁵, a criação do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (FCEP), “com o objetivo de viabilizar a todos os brasileiros [...] nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social”.

Assim, o objetivo e compromisso de erradicar a pobreza pode ser entendido como dever de combatê-la, no sentido de enfrentá-la, expresso na própria Constituição, no supracitado art. 23, X, e no art. 203, V e VI, da Constituição:

³ Como “direitos e deveres de cidadania” entende-se o conjunto de direitos e deveres “civis”, políticos e sociais, consoante a definição de T. H. Marshall, esposada por José Murilo de Carvalho (2013, pp. 10 ss.).

⁴ Em âmbito municipal, há iniciativas em Belém, no Pará; Maricá, no Rio de Janeiro; e Apiaí, Franca, Santo Antônio do Pinhal e São Paulo, em São Paulo (FREITAS, 2017, p. 53-59). Não se tem notícia da implementação dessa iniciativa em âmbito estadual ou distrital.

⁵ Ainda nos ADCT, os arts. 80; 81; 82; e 84, III, estabelecem a composição orçamentária do FCEP, que veio a ser regulamentado pela Lei Complementar (LC) 111/2001, e cuja vigência foi prorrogada, por prazo indeterminado, em função da Emenda Constitucional (EC) 67/2010. Desse modo, tornou-se permanente o compromisso do Estado brasileiro de erradicar a pobreza dentre seus cidadãos, contando para isso com um fundo que possui fontes orçamentárias predeterminadas. Conforme essa LC, em seu art. 1º, o FCEP tem como objetivos “viabilizar a todos os brasileiros o acesso a níveis dignos de subsistência”, estabelecendo que “seus recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, saúde, educação, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social, voltados para a melhoria da qualidade de vida”. Além das fontes orçamentárias previstas nos ADCT, o FCEP, como previsto no art. 2º, VI, da LC, também pode receber “doações, de qualquer natureza, de pessoas físicas ou jurídicas do País ou do exterior”.

“A assistência social será prestada a quem dela necessitar [...] e tem por objetivos [...] benefício mensal à pessoa portadora [*sic*] de deficiência e ao idoso [...] e] a redução da vulnerabilidade socioeconômica de famílias em situação de pobreza ou de extrema pobreza”.

Tal dever passou a ser especificado a partir da edição da Lei 8.742/1993, a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS)⁶, que estabelece, em seu art. 1º, I, “e”, como um de seus objetivos, “a garantia de 1 (um) salário-mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família”, e define, em seu art. 20, os requisitos legais do benefício de prestação continuada (BPC).

Outra faceta desse dever estava implícita no texto constitucional. É o que se depreende da leitura do art. 5º, *caput*, e do art. 6º, *caput*, no que se refere à garantia, “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País”, de “assistência aos desamparados”.

O que era implícito passou a ser expresso a partir da edição da EC 114/2021, que incluiu o parágrafo único ao art. 6º da Constituição, no qual dispõe sobre uma “renda básica familiar, garantida pelo poder público em programa permanente”.

Essa faceta do dever de enfrentar a pobreza, no sentido de amparo financeiro ou concessão de renda, está especificada na Lei 10.835/2004⁷, que “Institui a renda básica de cidadania” (RBC), e na Lei 10.836/2004⁸, que criou o “Programa Bolsa Família” (PBF)

⁶ A LOAS estabelece seus princípios no art. 4º, cabendo destacar aqui o inc. III: “respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade, bem como à convivência familiar e comunitária, vedando-se qualquer comprovação vexatória de necessidade”. Cabe destacar, também, dentre seus tipos de proteção, a que define, no art. 6º-A, como básica: “conjunto de serviços, programas, projetos e benefícios da assistência social que visa a prevenir situações de vulnerabilidade e risco social por meio do desenvolvimento de potencialidades e aquisições e do fortalecimento de vínculos familiares e comunitários”. Cabe destacar, ainda, que, “Art. 12. Compete à União: I - responder pela concessão e manutenção dos benefícios de prestação continuada definidos no art. 203 da Constituição Federal”, e que compete aos demais entes federados “destinar recursos financeiros para custeio do pagamento dos benefícios” (arts. 13, I; 14, I; e 15, I).

⁷ A Lei 10.835/2004 estabelece que é competência do Poder Executivo pagar, “anualmente, um benefício monetário”, a “todos os brasileiros residentes no País e estrangeiros residentes há pelo menos 5 (cinco) anos no Brasil, não importando sua condição socioeconômica” (art. 1º, *caput*); cabendo fazê-lo “em etapas”, “priorizando-se as camadas mais necessitadas da população” (art. 1º, § 1º); em “igual valor para todos, e suficiente para atender às despesas mínimas de cada pessoa com alimentação, educação e saúde, considerando para isso o grau de desenvolvimento do País e as possibilidades orçamentárias” (art. 1º, § 2º); podendo fazê-lo “em parcelas iguais e mensais” (art. 1º, § 3º); em valor que lhe cabe definir, “em estrita observância” à LC 101/2000, Lei de Responsabilidade Fiscal; e implementando, a partir do “exercício financeiro de 2005, dotação orçamentária suficiente para implementar a primeira etapa do projeto” (art. 3º).

⁸ Já a Lei 10.836/2004, em seu art. 1º, estabeleceu que o PBF era competência da “Presidência da República” (leia-se: União) e “destinado às ações de transferência de renda com condicionalidades”, sob a

Mais recentemente, a Lei 13.982/2021, dentre outras disposições, altera a LOAS, estabelecendo “parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social [...] durante o período de enfrentamento [da pandemia do coronavírus]”, e, pelo mesmo motivo, em seu art. 2º, “Durante o período de 3 (três) meses, a contar da publicação desta Lei, será concedido auxílio emergencial no valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais) mensais ao trabalhador”.

Por sua vez, a Lei 14.284/2021, dentre outras disposições, revoga a Lei 10.836/2004 (extinguindo, assim, o PBF)⁹ e “Institui o Programa Auxílio Brasil, estabelecendo, em seu art. 4º, os “benefícios financeiros” “Primeira Infância” (inc. I), “Composição Familiar” (inc. II), “Superação da Extrema Pobreza” (inc. III) e “Compensatório de Transição” (inc. IV), “destinados a ações de transferência de renda com condicionalidades¹⁰ [...] observadas as metas [de taxas de pobreza]¹¹”, tendo, pois, como critério ou condição de elegibilidade, “as famílias” (§ 1º).

forma de benefício básico para famílias em situação de extrema pobreza e de benefícios variáveis, nos casos que especifica, para famílias em situação de pobreza. Essa Lei foi regulamentada pelo Decreto 5.209/2004, o qual, em seu art. 18 (alterado várias vezes entre 2006 e 2021, para, dentre outras disposições, atualização dos valores pecuniários), como critérios para a definição das situações de pobreza e extrema pobreza, a “renda familiar mensal per capita”; em seu art. 18, § 1º, tal definição seria feita com base num “conjunto de indicadores sociais capazes de estabelecer com maior acuidade as situações de vulnerabilidade social e econômica”; em seus arts. 18, §§ 3º e 4º; e 19, um sem-número de critérios ou condições de elegibilidade e valores pecuniários; em seu art. 20, que “Os benefícios financeiros [...] poderiam] ser complementados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios”; e, em seu art. 26, como condicionalidade “a participação efetiva das famílias no processo educacional e nos programas de saúde que promovam a melhoria das condições de vida na perspectiva da inclusão social”.

⁹ O PBF foi reinstituído pela Medida Provisória (MP) 1.164/2023, que o define como “etapa do processo gradual e progressivo de implementação da universalização da renda básica de cidadania” (art. 1º, § 1º), “destinado à transferência direta e condicionada de renda” (art. 2º), estabelecendo-se: como objetivo, dentre outros, “contribuir para a interrupção do ciclo de reprodução da pobreza entre as gerações” (art. 3º, II); como critério ou de elegibilidade a “renda familiar per capita mensal” (art. 5º, II); como “benefícios financeiros”, o “Renda de Cidadania”, o “Primeira Infância”, o “Complementar”, o “Variável Familiar” e o “Extraordinário de Transição” (art. 7º, § 1º); e, como condicionalidades, a “realização de pré-natal”, o “cumprimento do calendário nacional de vacinação”, o “acompanhamento do estado nutricional, para os beneficiários que tenham até sete anos de idade incompletos” e a “frequência escolar mínima” (art. 10).

¹⁰ A Lei 14.248/2021, em seu art. 18, incs. I, II e III, definia, como condicionalidades, a “realização de pré-natal”, o “cumprimento do calendário nacional de vacinação”, o “acompanhamento do estado nutricional” e a “frequência escolar mínima”. Esses dispositivos, como, de resto, a maior parte dessa Lei, foram revogados pela MP 1.164/2023, que “Institui o Programa Bolsa Família”. Nada obstante, o Decreto 10.852/2021, que regulamenta aquela Lei, e que continua em vigor, define, como “condicionalidades”, as “contrapartidas a ser cumpridas pelas famílias beneficiárias para a manutenção dos benefícios” (art. 41): “educação” (art. 22, § 5º-A), “assistência social, educação e saúde” (art. 41, I).

¹¹ O art. 42 da Lei 14.248/2021 foi vetado pelo então Presidente da República sob os seguintes argumentos: “A proposição legislativa estabelece metas para taxas de pobreza, observada a condução sustentável da política fiscal, direcionada a um ambiente macroeconômico estável compatível com a geração de empregos e de renda. Ademais, determina que, caso as metas de pobreza não fossem cumpridas, o Poder Executivo federal daria ampla divulgação às razões que teriam levado ao seu descumprimento e as informaria ao Congresso Nacional. Entretanto, a proposição legislativa contraria o interesse público, tendo em vista que

Esse dever de amparo, na forma de obrigação de dar, ou, mais especificamente, de pagar valores pecuniários, é definida(o) por essa legislação, com pequenas variações de um documento para o outro, como iniciativa estatal, descentralizada entre os entes federados, compartilhada entre setores de governo e com controle social (arts. 5º da LOAS; 8º da Lei 10.836/2004; 11 do Decreto 5.209/2004; 22 da Lei 14.284/2021; e 12 da Medida Provisória [MP] 1.164/2023).

As fontes de recursos orçamentários para financiar as ações dessa iniciativa, em suas variadas formas, são os fundos de assistência social nacional e dos entes federados (arts. 27 *passim* da LOAS; 11 do Decreto 5.209/2004; 23, § 6º, da Lei 14.284/2023; e 14, § 5º, da MP 1.164/2023). O FCEP, previsto no art. 79 dos ADCT e especificado na LC 111/2001, como visto acima, só é mencionado no art. 10 da Lei 10.836/2004, que criou o Programa Bolsa Família, e somente como fonte do Programa Nacional de Acesso à Alimentação. Também a MP 1.164/2003, que reinstituiu esse Programa, não vincula suas ações aos recursos desse Fundo.

Esse arcabouço normativo, à luz das categorias de bens e direitos fundamentais de que fala Luigi Ferrajoli (2011, pp. 49-88), parece definir como bem fundamental a vida digna e estabelecer como direito fundamental o amparo necessário para tanto.

Ao se categorizar a vida digna como bem fundamental, há de se ter em conta o que José Casalta Nabais (2007, pp. 163-196) chama de “a face oculta dos direitos fundamentais”, a qual, segundo ele, apresenta-se ora como deveres fundamentais, ora como custos públicos, nos sentidos de que a todo direito corresponde o dever de garantir esse direito e que todo direito (individual ou transindividual) têm custos públicos (não necessariamente estatal, não somente social).

Assim sendo, cumpre refletir sobre o que se pode caracterizar como vida digna e sobre de quem é a responsabilidade de provê-la.

3 INEFETIVIDADE DA LEGISLAÇÃO SOBRE POBREZA EM FACE DO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL SOCIAL À VIDA DIGNA

Sem aprofundar a análise, por não ser necessário aqui, pode-se considerar como vida digna (aliás, o mínimo necessário para uma vida digna), uma

o estabelecimento de metas resultaria em impacto na despesa pública diante do compromisso imposto ao Poder Executivo federal para o seu cumprimento, sem a devida estimativa do seu impacto orçamentário e a medida de compensação correspondente, na hipótese de haver aumento da despesa pública. Tal medida geraria ônus ao Poder Executivo federal, o que impossibilitaria a alocação discricionária do recurso público de acordo com a disponibilidade orçamentária, em alinhamento à gestão fiscal responsável, de que trata o § 1º do art. 1º, da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal, diante das restrições impostas pelo atual cenário fiscal do País.” (BRASIL, 2021)

combinação das disposições normativas do art. 25.1 da DUDH, nos arts. 6º e 203, V, da Constituição e no art. 1º da LC 111/2001 e do conceito doutrinário de mínimo existencial, algo como: ter os recursos financeiros necessários e suficientes e poder assegurar para si e sua família saúde (assistência médica) e bem-estar (lazer), alimentação, vestuário, alojamento (moradia), educação e ocupação (trabalho), e, quando não os tiver ou não o puder, em razão de força maior, caso fortuito, deficiência ou doença, dispor dos serviços sociais necessários e ter a assistência de sua família, da sociedade e do Estado.

Dados o objetivo-compromisso de erradicar e o dever-obrigação de enfrentar a pobreza, nos âmbitos nacional e internacional, pode-se dizer que ter uma vida digna ou viver dignamente é um direito humano e fundamental social.

Afirmar isso, no entanto, é insuficiente. De fato, não é suficiente apenas positivar um direito dentre tantos outros, haja vista que, como é sabido, o reconhecimento de um direito, sua previsão expressa ou implícita num documento normativo, e mesmo sua validade e aplicabilidade jurídicas, tais condições não necessariamente implicam sua efetividade social. Pelo contrário, ser mais um dos inúmeros direitos humanos ou fundamentais pode significar tão-somente sua exigibilidade, por organizações nacionais e internacionais, cujos reclamos podem fazer chegar, à comunidade internacional, a necessidade de se impor aos Estados nacionais a obrigação de implementar ações concretas no sentido de garantirem o pleno exercício desses direitos e, assim, o atendimento das necessidades e dos interesses das pessoas. Sobre tudo no que se refere aos direitos fundamentais sociais, haja vista os custos, normalmente atribuídos ao Estado, para o provimento desses direitos para toda a sociedade.

A propósito, vale lembrar os seis elementos que Amartya Sen (2004, pp. 319-320 *passim*) propõe para uma teoria dos direitos humanos, assim como os cinco passos que Joaquín Herrera Flores (2008, pp. 8-29, 50-58, 83-106) propõe para a “reinvenção” dos direitos humanos. Em suma, as lições de Sen e Herrera Flores parecem demonstrar que o cerne dos direitos humanos (talvez o que os diferencie dos demais direitos) é que a contraface da liberdade (do eu) é a igualdade (do outro). Assim sendo, talvez nenhum direito humano seja tão exemplificativo nesse sentido do que o direito à vida digna. Com efeito, não há liberdade na pobreza se não há igualdade na riqueza; não se pode ser livre se persiste a exclusão que é a pobreza, se não há a inclusão na riqueza, se não há igualdade de acesso às condições necessárias e suficientes para cada uma e todas as pessoas, com liberdade, manterem suas próprias vidas.

Ter uma vida digna ou viver dignamente é um direito de todos, não como direito individual, mas como direito social, uma vez que, numa sociedade indigna, ninguém é verdadeiramente digno. Assim sendo, pode-se afirmar que, em âmbito nacional, o direito à vida digna é um direito fundamental

social. No Brasil, esse direito decorre da interpretação conjunta do princípio da dignidade e do rol não-taxativo e não-exaustivo de direitos fundamentais.

Sem embargo o uso pragmático indiscriminado, não se pode negar força normativa ao princípio constitucional da dignidade, seja em seu objetivo geral (como é o caso de sua previsão no art. 1º, III, da Constituição, segundo o qual o Estado brasileiro “tem como fundamentos: [...] a dignidade da pessoa humana”), seja num de seus objetivos específicos (como o que lhe atribui o art. 79 dos ADCT, segundo o qual o FCEP tem “o objetivo de viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão [...] voltados para melhoria da qualidade de vida”).

Consoante Ricardo Maurício Freire Soares (2010, p. 135), “[o] constituinte brasileiro conferiu à ideia de dignidade da pessoa humana a qualidade de norma embasadora de todo o sistema constitucional, que orienta a compreensão da totalidade do catálogo de direitos fundamentais”.

Como se pode ver, o princípio da dignidade é uma norma jurídica vaga, porque plurissignificativa, mas não é ambígua, pois seus significados não são contraditórios, tampouco excludentes.

Utilizando a terminologia proposta por Marcelo Neves (1994, p. 83-91), o objetivo-compromisso de enfrentar e erradicar a pobreza, à luz do princípio da dignidade, pode ser visto como uma “constitucionalização simbólica em sentido positivo”, isto é, não como uma “insuficiente concretização normativo-jurídica generalizada do texto constitucional”, mas como uma “função político-ideológica da atividade constituinte e do texto constitucional”. Nesse sentido, parece se confirmar a “função social e [de] prestação política da Constituição”, na medida em que se reconhece o direito dos cidadãos e se atribui o dever-obrigação do Estado de garantir a vida digna (NEVES, 1994a, pp. 69-75).

No Brasil, país em que a produção da riqueza é tão evidente quanto a reprodução da pobreza, a desigualdade de renda e das condições de vida é incompatível com o princípio da dignidade. Em que pese sua previsão constitucional, não se pode negar o fato de que milhões de vidas parecem valer menos que outras, o que relativizaria, senão normativa, ao menos faticamente, o princípio da dignidade. Por essa razão, urge ressaltar o dever-obrigação do Estado, em sentido positivo de prestação, de garantir meios de subsistência para todos.

A questão que se impõe é quanto à eficácia das normas jurídicas que estabelecem esse dever-obrigação e seu correspondente direito. Uma interpretação sistemática do texto constitucional brasileiro parece revelar os fatores de seu insucesso normativo (e, inversamente, seu sucesso simbólico).

Considere-se o que dispõem o *caput* do art. 5º (“Todos são iguais perante a lei [...] garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”) combinado ao parágrafo 2º desse mesmo artigo (“Os direitos

e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”).

Como se vê, a Constituição reconhece e garante, a cada brasileiro e estrangeiro residentes no país, os direitos fundamentais individuais à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. No que se refere à propriedade, de bens móveis ou imóveis (como um fogão ou uma casa), materiais ou imateriais (como cédulas de dinheiro ou uma fonte de renda), esta deve atender a sua “função social”, ou seja, a propriedade é um direito cujo exercício deve harmonizar as necessidades e os interesses de seu titular e as necessidades e os interesses da sociedade. E mais: esse conjunto de direitos não exclui outros, expressos ou não no texto constitucional.

Dentre os direitos expressos, cabe destacar os previstos no art. 6º: “São direitos sociais [fundamentais] a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”. Dentre os direitos não expressos, como decorrência teleológica dos direitos expressos, é possível incluir o direito fundamental social à vida digna, ou, mais especificamente, convém repetir, o direito às condições necessárias e suficientes para cada uma e todas as pessoas, com liberdade, manterem suas próprias vidas.

Tal direito é especificado pela legislação supracitada. A opção do legislador infraconstitucional é a garantia de uma fonte de renda, seja para os idosos ou as pessoas com deficiência (LOAS), seja para as pessoas em situação de pobreza ou extrema pobreza (Lei 10.836/2004, sucedida pela MP 1.164/2023), seja para os cidadãos residentes ou os estrangeiros residentes a no mínimo cinco anos no Brasil (Lei 10.835/2004), seja para os trabalhadores em situação de emergência (Lei 13.982/2021). Tal legislação o diz expressamente, com ênfase na ideia de transferência de renda do Estado para as pessoas e no pagamento mensal ou anual de benefícios financeiros ou valores pecuniários (arts. 2º, I, e, da LOAS; 1º, *caput* e § 3º, da Lei 10.836/2004; e 2º, 7º e 8º da MP 1.164/2023).

Por oportuno, destaque-se o que dispõe o § 1º do art. 1º da MP 1.164/2023:

O Programa Bolsa Família constitui etapa do processo gradual e progressivo de implementação da universalização da renda básica de cidadania, na forma estabelecida no parágrafo único do art. 6º da Constituição e no *caput* e no § 1º do art. 1º da Lei nº 10.835, de 8 de janeiro de 2004.

Aqui cabe uma análise crítica da evolução legislativa da iniciativa estatal, nas quatro modalidades supracitadas, de garantir uma fonte de renda para que as pessoas tenham uma vida digna.

Primeiro, uma análise de texto. A Lei 10.835/2004, da RBC, possui cinco artigos e não possui regulamentação infralegal. A Lei 10.836/2004, do PBF,

possui 17 artigos; sua regulamentação, pelo Decreto 5.209/2004, 38; e pelo Decreto 10.582/2021, 93; e a MP 1.164/2023, 28. A Lei 13.982/2021, do AE, possui sete artigos e não possui regulamentação infralegal. A Lei 14.284/2021 possui 47 artigos; sua regulamentação, pelo Decreto 10.582/2021, 93, como dito acima.

Nesse sentido, a extensão das normas são um indício de acessibilidade do direito e, por extensão, da exigibilidade do dever respectivo. Assim sendo, pode-se aduzir que, quanto maior o número e a minúcia de dispositivos, maiores a acessibilidade do direito e a exigibilidade do dever, enfim, a efetividade das normas. Exceção feita à Lei 13.982/2021, do AE, que possui apenas sete artigos, não possui regulamentação infralegal e teve efetividade plena, talvez por se tratar de situação emergencial, de causas de ordem sanitária (pandemia de Covid-19) e efeitos de ordem econômica (recessão decorrente do isolamento social).

Segundo, uma análise de discurso. A EC 114/2021, que inclui o parágrafo único ao art. 6º da Constituição, reduziu drasticamente a RBC, instituída pela Lei 10.835/2004: de “benefício monetário [...] de igual valor para todos, e suficiente para atender às despesas mínimas de cada pessoa”, de “direito de todos os brasileiros residentes no País e estrangeiros residentes há pelo menos 5 (cinco) anos no Brasil, não importando sua condição socioeconômica” (art. 1º, *caput* e § 2º, da Lei), para “renda básica familiar”, de direito de “Todo brasileiro em situação de vulnerabilidade social” (art. 1º da EC). A MP 1.164/2023, em seu art. 1º, § 1º, senão não iguala o PBF à RBC (dado que aquele “constitui etapa do processo gradual e progressivo de implementação da universalização” desta), ao menos confirma a redução da Lei que institui essa última (na medida em que vincula ambos, PBF e RBC, à “forma estabelecida no parágrafo único do art. 6º da Constituição”) ou gera um aparente problema hermenêutico (na medida em que os vincula também ao *caput* e ao § 1º do art. 1º da Lei 10.835/2004, o qual, como demonstrado, é mais amplo do que o parágrafo único do art. 6º da Constituição).

Como se vê, a amplitude das normas da RBC foi reduzida significativamente por uma norma de *status* normativo superior (EC sobre Lei), pela revisão da condição ou do critério de exigibilidade (de benefício individual a renda familiar) e pelo rol de beneficiários (em lugar de “todos os brasileiros residentes [...] e estrangeiros residentes há pelo menos 5 (cinco) anos”, “Todo brasileiro em situação de vulnerabilidade social”).

Considerando-se esse arcabouço normativo sobre a RBC, trata-se de norma de aplicabilidade imediata, cabendo ao Poder Executivo tão-somente “definir o valor do benefício” (art. 2º dessa Lei) e consignar a “dotação orçamentária suficiente para implementar” o “projeto” (art. 3º da Lei), o que é dizer, para dar efetividade plena à norma, no sentido de viabilizar o exercício do direito.

Como o Poder Executivo Federal não o fez, a Defensoria Pública da União ajuizou mandado de injunção (MI) perante o Supremo Tribunal Federal (STF), que entendeu “que houve omissão na regulamentação do benefício, previsto na Lei 10.835/2004” e, por essa razão, em 27/4/2021, (1) determinou ao Presidente da República que, a partir de 2022, adote “todas as medidas legais cabíveis para a implementação do benefício”, em favor das pessoas em situação de pobreza e extrema pobreza, e (2) apelou aos Poderes Legislativo e Executivo que atualizem os valores do benefício de que trata a Lei 10.836/2004 (Bolsa Família), unificando-o com o da Lei 10.835/2004 (Renda Básica de Cidadania), o que considera ser um aprimoramento dos “programas sociais de transferência de renda”.

O Poder Legislativo não apenas não atendeu ao apelo do STF como restringiu a eficácia do direito à renda de cidadania, na medida em que transformou a primeira etapa prevista no § 1º da Lei 10.835/2004 (priorização das “camadas mais necessitadas da população”) em norma constitucional (parágrafo único do art. 6º da Constituição, incluído pela EC 114/2021: “Todo brasileiro em situação de vulnerabilidade social”).

Assim, pode-se afirmar que o direito à RBC é garantido por uma norma integralmente válida, mas parcialmente eficaz.

Trata-se de uma norma constitucional definidora de um direito fundamental social (e, por extensão, do dever respectivo), consoante a classificação proposta por Luís Roberto Barroso (2016, pp. 87-118), e, portanto, de uma norma válida.

Trata-se, também, de uma norma eficaz quanto ao aspecto da aplicabilidade, mas não quanto ao aspecto da efetividade, para lembrar as lições de José Afonso da Silva (2003, pp. 63 ss.): são técnico-normativamente eficazes, ou seja, têm aplicabilidade originariamente limitada (carente de especificação) e posteriormente contida (decorrente de restrição), não carecendo de outra norma regulamentadora, apenas, talvez, de normas de operacionalização (caso das questões orçamentárias previstas nos arts. 2º e 3º da Lei 10.835/2004 e da fixação do valor do benefício determinada pela ordem do MI); todavia, são socio-normativamente ineficazes, ou seja, não têm efetividade ou a efetividade que têm é insuficiente para atingir à finalidade que se propõem (no sentido de que não produzem os efeitos ou não produzem todos os efeitos que poderiam produzir, não cumprindo sua função social e faltando-lhe observância normativa, por limitada ou reduzida adesão espontânea ou imposição institucional, e, após a ordem do STF no MI 7300, menos de imposição do que de cumprimento).

Por essas razões, pode-se afirmar, o arcabouço normativo brasileiro sobre o enfrentamento e a erradicação da pobreza tem menos força normativa do que simbólica, constituindo-se num indício tanto de “legislação-álibi”

quanto de “legislação como forma de compromisso dilatatório” como de “confirmação de valores sociais”, consoante a tipologia proposta por Neves (1994, pp. 33-41).

Dito isso, outra importante questão a enfrentar é se a garantia desse direito, e o cumprimento do dever respectivo, seria, ou deveria ser, ônus exclusivo do Estado.

4 GARANTIA EFETIVA DE VIDA DIGNA COMO RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

Considerando a pobreza como o oposto de vida digna, ou seja, como estado ou situação de vida indigna, o modo como esse problema é comunicado socialmente, isto é, como manifestação de aporofobia ou aversão ao pobre, encontra na fraternidade o seu antídoto, como propõem Augusto César Leite de Resende e Carlos Alcântara Augusto Machado (2021), sob a forma de princípio constitucional implícito, segundo o qual o Estado brasileiro é “destinado a assegurar”, isto é, garantir “uma sociedade fraterna”, conforme o Preâmbulo da Constituição brasileira.

Essa é uma importante contribuição para o debate, sobretudo por oferecer um fundamento ético seguro para o enfrentamento e a erradicação da pobreza. No entanto, cabem-lhe ao menos três críticas, as quais, senão a infirmam, ao menos apontam para a necessidade de sua reconfiguração, não em termos morais, mas em termos jurídicos: primeiro, sua origem e seu significado; segundo, sua coercitividade, exigibilidade ou impositividade jurídica; terceiro, a onerosidade do Estado.

A ideia de fraternidade moderna e contemporânea tomou forma como parte do lema da Revolução Francesa (*Liberté, Egalité, Fraternité*) e, assim, como cláusula do contrato social firmado para sacramentar o fim do absolutismo monárquico e o início de um republicanismo que ainda não era verdadeiramente democrático. Com efeito, na França como no Brasil, à derrocada sangrenta do *Ancien Régime* por lá, e ao acordo de extradição da família imperial para Portugal por aqui, seguiu-se a ascensão da burguesia, de novel classe econômica a classe política hegemônica; em ambos os casos, o poder passou a ser exercido, de fato, por militares. Esse modelo logo se esgotou, ante o choque de realidade que é a transposição da hierarquia e da disciplina dos quartéis para a variedade e o dinamismo dos interesses da vida civil. Na França como no Brasil, a burguesia, de base econômica rural e aspiração social urbana, passou a exercer o poder, de fato, mediante a formação de uma classe política e a eleição de integrantes de seus quadros dedicados a essa atividade (não raro, exclusiva e profissionalmente), constituindo-se, pois, uma república, sim (até para que o propriedade não seja exclusiva, como na

monarquia, e que o patrimônio público seja aberto a disputa), democrática na forma, mas aristocrática no conteúdo¹².

Se a França legou ao Ocidente (e, pois, ao Brasil) a forma, a Inglaterra inspirou o conteúdo da fraternidade. Sob a tutela religiosa (cristã anglicana) e moral (conservadorismo esclarecido) da Era Vitoriana, a ideia de caridade transformou-se de questão moral em questão social, como demonstra Gertrude Himmelfarb (1991; 1994). Ela revela que, na sociedade vitoriana, coexistiam paradoxalmente as ideias de moralismo (como manifestação do conservadorismo) e moralidade (como compromisso ético), o que, segundo ela, pode ser interpretado como modelo de “de-moralização” das virtudes morais (como a bondade) em valores éticos (como a compaixão) (HIMMELFARB, 1994). Revela também que “a imaginação moral dos últimos vitorianos [...] não era nem sentimental nem utópica” (HIMMELFARB, 1991, p. 4): se, por um lado, a *Pax Britannica* fora obtida sob a força das armas e do dinheiro (sendo que esse dinheiro fora obtido seguindo o modelo de colonização de aculturação dos colonizados e da exploração de minas de carvão inclusive com trabalho infantil) e se regulamentava minuciosamente a vida social (com mínimas possibilidades de ascensão, rigorosas regras de etiqueta nas vestimentas e no comportamento em locais públicos e criminalização das relações homoafetivas, tolerando-se, contudo, as práticas de adultério e prostituição e o consumo “social” de opioides); por outro lado, estimulava-se a compaixão como prática social (sob a ideia de se fazer o bem em vez de se sentir bem, o que vinha a calhar à emergente burguesia industrial urbana) e isso proporcionou o desenvolvimento de uma organização sistemática da benevolência e mesmo de uma “ciência da caridade” (surgiram nessa época The Salvation Army [1965] e as Charity Organization Societies [1969]); desse modo, a filantropia, por várias razões (morais, também; sociais, sobretudo), passou a constituir o “espírito do tempo”¹³, que via a pobreza não apenas como realidade abjeta ou entrave econômico, mas principalmente como missão de humanismo e civilidade, ou seja, que dizia respeito tanto à situação social das classes trabalhadoras como o que se apresentava a estas e à burguesia como modelo de sociedade nobre (HIMMELFARB, 1991, pp. 174 ss.).

Nesse contexto de grandes transformações, emergiu e se disseminou, como perspectiva teórica de justiça social, o paradigma do contrato social, cuja formulação original remonta ao final do Século XVIII, tendo se consolidado no

¹² V. “Brasil: uma biografia” (2018), de Lília Moritz Schwarcz e Heloísa M. Starling.

¹³ Esse “espírito do tempo” constituiu modelo de nobreza, civilidade e humanismo para além do Reino Unido e da Europa. No Brasil, com as diferenças próprias de sua história, cabe destacar a criação de sociedades de beneficência como a Beneficência Portuguesa de São Paulo, criada em 1859, e a Associação Beneficente Sírio-Libanesa de São Paulo, criada em 1924.

final do Século XIX, até suas revisões recentes no Século XX¹⁴. Para o que aqui interessa, esse paradigma, baseado nos ideais iluministas e no lema da Revolução Francesa, pode ser visto como um discurso de solução para o problema da pobreza, na medida em que aparentemente propõe um equilíbrio entre as ideias de liberdade e fraternidade para solucionar o desequilíbrio entre propriedade e igualdade e equacionar a relação entre riqueza e pobreza.

Analisando comparativamente os primeiros efeitos dessa experiência, Alexis de Tocqueville (1835, pp. 75 ss.; 159 ss.) aborda, dentre outros assuntos (passíveis de diferentes entendimentos, a depender da inclinação ideológica do leitor)¹⁵: (a) como há uma maior distância entre riqueza e pobreza nos países que considerava ricos (França e Inglaterra) do que nos países que considerava pobres (Espanha e Portugal); e (b) como diferentes formas de produção da riqueza (preponderantemente agrária, na França, e industrializada, na Inglaterra) são determinantes para o enfrentamento da pobreza (por caridade preponderantemente privada, na França, e pública, na Inglaterra).

Essa abordagem resume bem o debate¹⁶, então em voga à época, sobre o caráter absoluto ou relativo da riqueza e da pobreza¹⁷ (o que posteriormente

¹⁴ Jean Bodin, em “Os Seis Livros da República” (1576); Thomas Hobbes, em “Leviatã” (1651); John Locke, em “Segundo Tratado sobre o Governo” (1689); Jean-Jacques Rousseau, em “Do Contrato Social” (1782); John Rawls, em “Uma Teoria da Justiça” (1971) e “Justiça como Equidade: uma reformulação” (2001); e outros como Amartya Sen, Robert Nozick e Gerald Cohen, como relacionado por Roberto Gargarella em “As Teorias da Justiça Depois de Rawls: um breve manual de filosofia política” (1999). A propósito, v. também o volume, organizado por Sebastião Maffetone e Salvatore Veca, “A Ideia de Justiça de Platão a Rawls” (2005).

¹⁵ O enviesamento ideológico se expressa, como é o caso aqui, já na tradução do título da obra: o original é “*Mémoire sur le paupérisme*”; a tradução para o inglês, de Seymour Drescher, “*Memoir on Pauperism*” (1997); a tradução para o português, feita por Juliana Lemos, por encomenda do Instituto Liberal, em lugar de “pauperismo”, preferiu “pobreza”. Um dos editores dessa tradução, e membro desse Instituto, José Osvaldo de Meira Penna, reconhece isso, não sem trair seu propósito: “Deliberadamente, deixamos várias versões ou variantes, para ilustrar a concepção básica de Tocqueville sobre o caráter relativo da pobreza. ‘Pauperismo’ indicaria um estado permanente de pobreza em uma comunidade ou sociedade; ‘miséria’ e ‘indigência’, a situação que afeta, excepcionalmente, indivíduos incapazes de prover seu próprio sustento, por incapacidades físicas ou mentais independentes de sua vontade” (PENNA, 2003, p. 9). Contrária a essa leitura de Tocqueville, Helena Esser dos Reis (2020, p. 98) inspira-se nele para “Investigar as razões sociais e econômicas que vulnerabilizam as populações no Estado democrático”, o que a leva a explorar a hipótese de que “a miséria viola não apenas a igualdade das condições sociais, mas também impede condições políticas de liberdade, violando, deste modo, a própria democracia”.

¹⁶ “Venceu” esse debate, inclusive com repercussão nas políticas públicas desde então (majoritariamente focalizadas, minoritariamente universais), a tese de que “riqueza e pobreza são conceitos relativos”, cuja relação seria um jogo de soma zero (*zero-sum game*), o que é interpretado no sentido de que “a pobreza é sempre relativa e sempre se reduz em termos absolutos. Não existe ‘empobrecimento’ quando cresce a economia de um país - registrando-se apenas distanciamento entre os extremos de maior e menor renda *per capita*” (PENNA, 2003, pp. 26, 31, 37).

¹⁷ Esse é um debate no qual não há vencedores, seja porque o problema da pobreza persiste, seja porque a autodeclarada vitória da tese de que pobreza e riqueza seriam conceitos relativos não implica que a

viria a ser definido, respectivamente, como desenvolvimento ou subdesenvolvimento), a depender do maior ou menor grau de pobreza, a qual seria reduzida (aos menos as situações de indigência, miséria ou pauperismo) à medida que aumentasse a riqueza.

Se era difícil delimitar fronteiras entre os aspectos econômicos e políticos das sociedades europeias na passagem do Século XVIII para o Século XIX, ainda mais difícil se tornou essa tarefa na sociedade global da passagem do Século XX para o Século XXI, haja vista que as semelhanças e diferenças entre sistemas ou regimes econômicos e políticos, ideologias, formas de Estado e governo (capitalismo ou socialismo, monarquia ou república, aristocracia ou democracia), que nunca foram cisões absolutas e permanentes, hoje são ainda mais relativas e ocasionais e se confundem num espectro de convergências e divergências (liberalismo, social-democracia, Estado de Bem-Estar Social, Estado Providência, neoliberalismo etc.)¹⁸.

Tocqueville (1835, pp. 75 ss.; 159 ss.) antecipa em mais de um século a análise desse ponto, quando observa que a desconcentração da propriedade (e, por extensão, da riqueza) favorece a caridade privada (a exemplo das experiências de associações camponesas na França), ao passo que a concentração da propriedade (e da riqueza) estimula a caridade pública (a exemplo do sistema de ação social instituído pelas *Poor Laws* na Inglaterra, que inicialmente competiam à Igreja e

pobreza se reduz em termos absolutos, tampouco que se reduz na medida em que a riqueza aumenta. Pelo contrário, à medida que a riqueza aumenta, aumenta também a pobreza, em termos quantitativos e qualitativos, isto é, aumentam a distância entre uma e outra (eis o problema da concentração da riqueza e da disseminação da pobreza) e a gravidade de cada uma (a abundância, no primeiro caso; a escassez, no segundo). Isso demonstra que riqueza e pobreza seriam como que grandezas diretamente proporcionais e que o enriquecimento de uma minoria está relacionado ao empobrecimento da maioria. É o que parece dizer Pierre Larousse, citado por Ricardo Vélez Rodríguez (2003, p. 166), ao definir pobreza como “desproporção entre os recursos e as necessidades” e “pauperismo” como “estado permanente no qual uma parte da população carece do necessário”, sendo tanto a miséria (“carência completa”) quanto o empobrecimento (situação a que o trabalhador, “encarregado de prover por si mesmo à sua subsistência e não tendo mais do que seu salário para responder às suas necessidades, pode-se encontrar exposto”).

¹⁸ Comentando o ensaio de Tocqueville, Mário Guerreiro (2003) aponta para a persistência da miséria, na época que chama de Era da Globalização, e, numa ode ao capitalismo, o qual, segundo ele, “não se mostrou capaz de erradicar a miséria, mas se mostrou capaz de diminuir a pobreza sem ter de diminuir a riqueza”, sentencia: “O capitalismo pode não ser o melhor dos mundos possíveis, mas é certamente o menos ruim dos mundos reais” (GUERREIRO, 2003, p. 158). Esse comentário é, mais do que auto-declaradamente ideológico, problemáticamente ideologizante: ao denunciar a falta de liberdade (política) e a hipocrisia da igualdade (econômica) do socialismo, atribui ao capitalismo um exercício de liberdade (econômica) e de igualdade (política) que jamais existiu; é verdade que, no socialismo de Estado, a liberdade (política) era limitada e a igualdade (econômica), estratificada e que a maioria social vivia em situação de pobreza; mas não é menos verdade que, nos vários estágios do capitalismo, a maioria social não vive em situação de riqueza, não há igualdade de oportunidades (econômicas e, consequentemente, políticas) e, portanto, não deixa de haver um limite à liberdade (econômica e política).

posteriormente à Coroa Britânica e finalmente à burguesia, que tinha nas instituições filantrópicas um meio de ascensão social).

Essa análise comparativa das experiências de caridade na França e na Inglaterra parece revelar que, no enfrentamento da pobreza, a questão central não seria uma defesa da distribuição da riqueza (ao menos não no sentido de distribuição da riqueza dos ricos para os pobres, o que, numa hipótese extrema remota, empobreceria os ricos e enriqueceria os pobres); a questão central seria que a desconcentração ou a concentração da riqueza tendem a se perpetuar como costume, caracterizando os comportamentos e as atitudes sociais (no sentido de que, numa sociedade em que há mais desconcentração, o desenvolvimento social é estimulado como fator de estabilidade econômica e a riqueza não gera pobreza, ao passo que, numa sociedade em que há mais concentração, a assistência social é normalizada como fator de estabilidade social e a pobreza, como moeda de troca).

Nesse sentido, aponta Himmelfarb (1992), o que provavelmente teria inspirado Tocqueville a escrever seu ensaio foi o “Curso de Economia Política” (1828) de Jean-Baptiste Say, notadamente o capítulo intitulado “Caridade Pública”, o qual desenvolve a teoria *supply-side* da pobreza (a economia do lado da oferta), que “restabelece a teoria malthusiana segundo a qual a população sempre tende a exceder os meios de subsistência, ainda mais quando a política da assistência estatal aos pobres encoraja os mesmos [*sic*] a ter grandes famílias sustentadas não por seu trabalho, e sim pelo governo” (HIMMELFARB, 1992, pp. 53-54), como então ocorria na Inglaterra, país que, nas palavras de Say, “mais disponibiliza abrigos para os pobres, e talvez seja o país onde os pobres mais pedem auxílio” (*apud* HIMMELFARB, 1992, p. 54). De fato, observa ela, a Inglaterra foi o “primeiro país a estabelecer um sistema de caridade pública nacional, legal, compulsório, público e secular”, no Século XVI, quando “a dissolução dos monastérios obrigou o governo a fazer provisões para os indigentes que tinham estado previamente sob os cuidados da Igreja” (HIMMELFARB, 1992, p. 57).

Com um claro viés político-ideológico e moral-religioso¹⁹, alguns comentadores de Tocqueville criticam a “caridade pública” (por se lhe atribuírem

¹⁹ É o caso de Guerreiro (2003, pp. 139-14, 146-147) e, ainda mais contundentemente, Penna (pp. 23 ss.), ao distinguirem as necessidades humanas em essenciais e artificiais e ao compreenderem a fraternidade como virtude pessoal, não como valor social. Já Vélez Rodríguez (2003, pp. 168 ss., 178 ss.), ainda que filiado a essa orientação liberal (em sentido econômico e jurídico), mas conservadora (em sentido moral), faz uma leitura menos enviesada, na medida em que mais fiel ao texto que comenta, ao destacar que Tocqueville se vale de uma metáfora da fisiologia social, afirmando que a caridade pública, estatal ou legal é o tratamento errado em situações normais, devendo ser admitida apenas em situações excepcionais (como no caso de calamidades naturais ou sublevações sociais), ao passo que a caridade privada filantrópica e espontânea é o tratamento certo, o que, segundo o comentador, decorre da ética pública do autor, sendo a solidariedade o segundo fundamento de sua ética

o caráter de dever jurídico, no que a comparam aos tributos), ao passo que elogiam a “caridade privada” (por lhes parecer uma manifestação de virtude, razão pela qual deveria ser deixada ao livre-arbítrio). O problema desses extremos é, no primeiro caso, a carência de disposição, e, no segundo, de obrigação. Como consequência, a caridade, como dever, seria um bem mínimo, algo a se evitar o quanto possível; já como virtude, seria um bem raro, algo a se estimular e um tanto improvável. Num caso como no outro, não se considera a pobreza como o problema social que é, mas como se fosse um problema individual.

Ocorre que a pobreza (fato, estado ou situação de injustiça, desigualdade ou discriminação negativa), de causa econômica (carência de propriedade) e consequência política (restrição da liberdade), é um problema social caracterizado por exclusão, insegurança e risco sociais (empobrecimento, desemprego, invalidez etc.), não pelas diferenças entre as pessoas, mas pelas desigualdades que se estabelecem entre elas, isto é, pelas situações de vulnerabilidade a que estão expostas e às quais não conseguem superar por seus próprios meios, porque não os têm ou não os têm suficientemente.

Pobreza não é um problema público em contraposição a privado, e, pois, não é um problema exclusivamente estatal; é um problema social, e, pois de toda a sociedade, inclusive do Estado. E como problema social que é, caracterizado pelo desvalor desigualdade, sua correção pelo valor igualdade depende de uma solução social. Apenas o compromisso e a disposição sociais proporcionam o adequado enfrentamento da pobreza como o problema social que é.

O contrato social, seja em sua fórmula original, seja em suas fórmulas posteriores, ao estabelecer uma obrigação de abstenção do Estado, no sentido de este não atentar contra a liberdade dos cidadãos, prioriza a proteção da liberdade à propriedade. Protege-se ser livre para ter a si e ao que lhe pertence. Assim sendo, acredita-se que, se o Estado não interferir, os cidadãos estarão livres para ter e, portanto, estarão livres da pobreza. Ocorre, porém, que, numa sociedade (mais ainda nas sociedades modernas e contemporâneas), não somos igualmente livres, de modo que ninguém está absolutamente livre da pobreza. Consequentemente, todos estamos sujeitos, e, portanto, expostos, de algum modo, em algum grau, à pobreza.

Se os cidadãos não são igualmente livres em face do Estado e entre si, caberia ao Estado e/ou aos cidadãos promover a igualdade. Entretanto, a liberdade (como obrigação de abstenção) pode ser usada (e muitas vezes o é) para desobrigar o Estado. Restaria, pois, aos cidadãos, por fraternidade, promover a igualdade. Todavia, a liberdade (como proteção à liberdade) também pode ser usada (e muitas vezes o é) para desobrigar os cidadãos. Assim, com cada um

intelectual e o princípio da benevolência o “alicerce” de sua ética política, ética esta, pode-se afirmar, que atribui à fraternidade o sentido de valor.

valendo-se de sua liberdade, a fraternidade não é assimilada (e nem sempre, quase nunca, é imposta) como obrigação (cabe indagar, a propósito, se poderia sê-lo). A ideia de obrigação de fraternidade pode ser vista (e muitas vezes o é) como limitação da liberdade.

Numa sociedade, não vivemos isoladamente, de modo que, se somos livres para ter, mas não somos igualmente livres, podemos ser livres para sermos iguais e, se não devemos, ao menos podemos ser fraternalmente iguais e livres. Não livre, igual e fraternalmente na pobreza, mas na riqueza. Assim sendo, se é a sociedade que (livre, igual e fraternalmente) produz a riqueza, é a riqueza da sociedade que pode evitar ou conter a reprodução da pobreza. Não é que caiba à riqueza, como produto social que é, solucionar o problema da pobreza, como problema social que é. A solução do problema da pobreza não é a distribuição, ainda que de pequena parte, da riqueza, como é o caso da transferência de renda de ricos ou do Estado para pobres; é a participação de todos na produção da riqueza.

Daí a hipótese de que o Estado normaliza a pobreza por meio do paradigma do contrato social, na medida em que, ao ocultar sua preocupação com a garantia da propriedade, e ao não definir os termos da fraternidade necessária e possível, iguala na desigualdade, regulando e controlando a liberdade.

Sobre a ideia iluminista e a forma liberal-republicana de contrato social erige-se a forma jurídica de cidadania, como relação político-jurídica que vincula cidadãos a um Estado.

Os cidadãos não são iguais entre si. São, em verdade, semelhantes diferentes. As diferenças entre os cidadãos são efeitos de suas relações econômico-sociais. Independentemente do Estado, alguns cidadãos possuem mais poder econômico-social que outros. Já as diferenças entre os cidadãos e o Estado surgem quando o poder político, que pertence ao povo, é delegado e exercido por agentes do Estado, na forma de poderes jurídicos. É no exercício ou na tentativa de exercício de direitos, e no correspondente cumprimento ou não de deveres, que aquelas diferenças são institucionalizadas e transformadas em desigualdade.

Tendo em vista a cidadania como a relação que vincula cidadãos a um Estado, o que desiguala este daqueles e aqueles uns dos outros, e, se é possível, como igualá-los?

Basta pinçar, ao longo da História, um de tantos casos de discriminação ou autoritarismo, para se perceber o fato incontestável de que os cidadãos são desiguais entre si e, ainda mais evidentemente, em face do Estado. Essa desigualdade é o que se pode chamar de vulnerabilidade, ou seja, a fragilidade dos cidadãos em suas relações entre si e, especialmente, com o Estado. Pobreza é a situação de vulnerabilidade econômico-social que nenhuma forma jurídica de cidadania de que se tem notícia logrou debelar, ou seja, em nenhum caso dessa relação político-jurídica, o Estado garantiu plenamente a igualdade entre

os cidadãos. Nenhum Estado historicamente considerado logrou interromper definitivamente o ciclo de reprodução das desigualdades que são fatores e efeitos da pobreza.

Tendo em vista o exercício do poder pelos agentes do Estado, em nome da garantia da ordem econômico-social (a paz e a segurança necessárias para ser e ter), e da força que exerce sobre os cidadãos, até que ponto a forma jurídica da cidadania confere autonomia, liberdade e emancipação pessoal e desenvolvimento social?

A forma jurídica da cidadania, embora se estabeleça sobre um conjunto de direitos e deveres aparentemente favoráveis à autonomia, à liberdade e à emancipação dos cidadãos e ao desenvolvimento da sociedade, é regulada e controlada pela figura do Estado. Os cidadãos se incluem ou excluem na ordem econômico-social por intermédio do acesso ou não a bens, serviços, cargos, empregos e funções do Estado.

Daí a hipótese de que o Estado normaliza a pobreza por meio da forma jurídica da cidadania, que, assim, regula e controla a inclusão ou exclusão dos cidadãos, condicionando a eficácia dos direitos de cidadania ao cumprimento ou não dos deveres e competências estatais, e estabelecendo, pois, uma relação de codependência.

No Brasil, a forma jurídica da cidadania é marcada mais pela distribuição inflacionada, mas insincera, e por vezes frustrante, como diz Barroso (2006, pp. 47-72), de direitos sociais do que pela consolidação consciente de direitos individuais e políticos, consoante a historiografia apresentada por Carvalho (2013, pp. 11-12).

Essa forma de cidadania, em termos econômico-sociais, oculta projetos de estadania, como diz Carvalho (2013, pp. 11-12), ao passo que normaliza uma realidade caracterizada por níveis de sub-cidadania, como diz Jessé Pereira de Souza (2003). Já em termos político-jurídicos, parece haver uma escala de subintegração e sobreintegração dos cidadãos ao Estado, ao Mercado e à sociedade, de modo que a forma jurídica da cidadania pode ser caracterizada como retoricamente inclusiva, mas simbolicamente excludente, como diz Neves (1994a, pp. 149-150; 1994b, pp. 253-275).

Daí a dificuldade de se configurar a fraternidade como dever jurídico decorrente de um princípio constitucional, como defendem Resende; Machado (2021) e Érica Taís Ferrara Ishikawa (2015), ou, ainda mais abstratamente, de uma categoria constitucional, como propõe Carlos Ayres Britto (2010, 15-36), para quem tal dever-obrigação decorreria do humanismo, não como “ilustração mental”, ou como “doutrina de exaltação ou culto à humanidade”, nem como “expressão de vida coletiva civilizada”, mas como “transubstanciação da democracia política, econômico-social e fraternal”, no sentido de “compromisso com a emancipação político-social das massas empobrecidas”.

Em que pese a argúcia desses argumentos, talvez não se possa extrair desse fundamento ético-moral um fundamento ético-jurídico, ao menos não no sentido de dever-obrigação, por duas razões, uma de ordem formal, outra de ordem material.

Que a fraternidade é uma categoria constitucional, disso não há dúvida. Sem embargo, resta saber a que categoria jurídica pertence. Sua previsão expressa no texto constitucional, como se disse acima, consta do Preâmbulo (o Estado brasileiro é “destinado a assegurar [...] uma sociedade fraterna”)²⁰. Aqui cabe retomar a discussão sobre a validade e a eficácia jurídicas dos preâmbulos das constituições. Como diz Silva (2006, pp. 21-22),

recusa-lhe natureza normativa no sentido técnico-jurídico, reconhecendo nele simples diretivas básicas (políticas, morais e filosóficas) do regime constitucional [...] valem como orientação para a interpretação e aplicação das normas constitucionais. Têm, pois, eficácia interpretativa e integrativa [...].

Que a fraternidade é um valor cristão, propagado pelo Iluminismo, disso sabemos. E o é nas três religiões monoteístas baseadas no cristianismo, quais sejam, judaísmo, catolicismo e protestantismo. No entanto, desse valor religioso não necessariamente decorre um valor social. Isso porque, nas sociedades de tradição cristã e economia capitalista, como é o caso do Brasil, a sociedade configura-se como secular e o Estado, como laico, consoante o art. 5º, VI e VIII, c/c art. 19, I, da Constituição²¹.

Assim sendo, a fraternidade seria um princípio jurídico hermenêutico, mas não um dever jurídico, uma vez que está baseada numa norma programática, não numa norma de organização, tampouco numa norma definidora de direitos (e, por extensão, de deveres), para lembrar, mais uma vez, as categorias propostas por Barroso (2006, pp. 87-118). Considerando que seria um contrassenso imaginá-la(o) como uma norma jurídica permissiva ou proibitiva, restaria a possibilidade de ser uma norma jurídica ou um princípio jurídico hermenêutico que obrigasse (no sentido de orientar) uma conduta fraterna

²⁰ Na DADDH, consta do Preâmbulo (“Todos os homens [...] devem proceder fraternalmente uns para com os outros”), dos considerandos (“O cumprimento do dever de cada um é exigência do direito de todos”) e, em seus Artigos XXX e XXXV (“Toda pessoa tem o dever de auxiliar, alimentar, educar e amparar” e “está obrigada a cooperar com o Estado e com a coletividade na assistência e previdência sociais, de acordo com as suas possibilidades e com as circunstâncias”, respectivamente). Na DUDH, consta do “Artigo 1º Todos os seres humanos [...] devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.

²¹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à [...] liberdade, à igualdade [...] nos termos seguintes: [...] VI - é inviolável a liberdade de [...] crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida [...] a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; [...] VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa [...], salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”.

ou uma interpretação/aplicação em sentido fraterno, respectivamente. Não se trata, no entanto, de uma norma obrigatória, uma vez que lhe falta o caráter de coercitividade, exigibilidade ou impositividade. Trata-se, pois, de um valor moral cristão-burguês, com funções econômico-social (a estimular a caridade e a filantropia) e político-jurídica (a orientar a interpretação e aplicação do Direito).

Senão em termos gerais, ao menos um dos sentidos da fraternidade pode ser considerado um dever jurídico. É o que parece se depreender do art. 3º, I, da Constituição, segundo o qual é objetivo fundamental do Brasil e dos brasileiros “construir uma sociedade [...] solidária”.

Como propõe Silva (2006, 22),

se [os preâmbulos] contêm uma declaração de direitos políticos e sociais [...] valem como [...] princípio se no texto articulado da Constituição não houver norma que os confirme eficazmente. Se houver, a eficácia da norma será aquela ditada pelo conteúdo da norma que a contenha.

Assim sendo, quando a Constituição brasileira diz, em seu Preâmbulo, “sociedade fraterna”, estabelece um princípio implícito cujo conteúdo define em seu art. 3º, I, como “sociedade [...] solidária”.

Esse princípio vem a ser, pois, uma norma programática, uma daquelas “disposições indicadoras de fins sociais a serem alcançados [...] que] têm por objeto estabelecer determinados princípios ou fixar programas de ação para o Poder Público”, como diz Barroso (2006, p. 114).

Parece confirmar essa interpretação (de fraternidade como solidariedade) a leitura do multicitado Preâmbulo combinada aos artigos da Constituição que fundamentam expressamente os deveres-obrigações de segurança pública e de educação: no primeiro caso, quando o Preâmbulo diz “instituir um Estado [...] destinado a assegurar [...] a segurança [...] de uma sociedade fraterna” e o art. 144 dispõe que é “A segurança pública, dever do Estado [...] e responsabilidade de todos”; no segundo caso, quando o Preâmbulo menciona os “direitos sociais e individuais” e o art. 205 dispõe que é “A educação [...] dever do Estado e da família”.

Ainda mais contundente nesse sentido é a tese de repercussão geral, fixada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do *leading case* Recurso Extraordinário (RE) 566471, sob a relatoria e conforme o voto do ministro aposentado Marco Aurélio, nos seguintes termos:

O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária.

Em que pese nem a legislação, nem a jurisprudência serem expressas e contundentes como no caso da saúde (ou, mais especificamente, dos medicamentos de alto custo não constantes de lista de fornecimento do Estado), entende-se que essa tese do STF pode ser usada para uma compreensão mais ampla não apenas dos deveres-obrigação de “assistência aos desamparados [... e a] Todo brasileiro em situação de vulnerabilidade social” (art. 6º, *caput* e parágrafo único) e de assistência social “à pessoa portadora [*sic*] de deficiência e ao idoso [... e] famílias em situação de pobreza ou de extrema pobreza” (art. 203, V e VI), mas também ao dever-obrigação de amparo aos cidadãos brasileiros em geral, como se tentou demonstrar acima com a interpretação do Preâmbulo c/c art. 3º, I, e 6º, *caput*, todos da Constituição.

Desse modo, entendida a fraternidade, no sentido de solidariedade²², como fundamento implícito do dever jurídico de enfrentar a pobreza, aventa-se a hipótese de que prover o direito fundamental à vida digna é de responsabilidade solidária, da própria pessoa, de sua família, de alguma comunidade de que faça parte, da sociedade e do Estado, nessa ordem.

5. FUNÇÃO SOCIAL DA RENDA DE CIDADANIA

A pobreza é um problema que assola ou espreita toda e qualquer sociedade, em especial uma sociedade como a brasileira, marcada que é pelo desequilíbrio entre pobreza e riqueza e por tantos episódios de expropriação, exploração, dominação-opressão e abandono. A história de uma sociedade como essa serve de laboratório para se tentar compreender os fatores e as consequências da pobreza e para se tentar formular uma solução que mitigue seus efeitos e contenha suas causas.

²² Como dito na nota 19 acima, Vélez Rodríguez (2003, pp. 168 ss., 170 ss.) destaca que a solidariedade é o segundo fundamento da ética intelectual de Tocqueville, que se desdobra no princípio da benevolência de sua ética política. Para além desse sentido ético-moral e político, há vários sentidos jurídicos da solidariedade, como são os casos da responsabilidade solidária no Direito Civil (a exemplo do “Art. 264. Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda” e do “Art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes”, ambos do Código Civil), no Direito do Trabalho (a exemplo do art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho: “Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego”) e no Direito Tributário (a exemplo do “Art. 124. São solidariamente obrigadas: I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal; II - as pessoas expressamente designadas por lei. Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem” e do “Art. 125. Salvo disposição de lei em contrário, são os seguintes os efeitos da solidariedade: I - o pagamento efetuado por um dos obrigados aproveita aos demais; II - a isenção ou remissão de crédito exonera todos os obrigados, salvo se outorgada pessoalmente a um deles, subsistindo, nesse caso, a solidariedade quanto aos demais pelo saldo; III - a interrupção da prescrição, em favor ou contra um dos obrigados, favorece ou prejudica aos demais”, ambos do Código Tributário Nacional).

A ausência ou a insuficiência de renda, por suprimir ou reduzir nossa liberdade para provermos nossa própria subsistência, torna-nos dependentes ou carentes do Estado. O caso brasileiro é emblemático nesse sentido, pois aqui muitos cidadãos (e estrangeiros que para cá migram em busca de melhores condições de vida) não dispõem de meios próprios de subsistência, para o que dependem da caridade de pessoas, grupos, instituições ou do Estado. A desigualdade e a concentração de renda não são o resultado indesejável de uma evolução descontrolada, mas a consequência previsível de causas conhecidas, ou seja, os efeitos de relações de poder que se (re)configuram de um modo e se perpetuam sob certas formas de riqueza e pobreza.

Articulando-se essas ideias, entende-se que a renda de cidadania seria o instrumento jurídico hábil a reconfigurar o discurso sobre pobreza. Para tanto, deve-se reprogramar as cláusulas do contrato social e a forma jurídica da cidadania, para que possam convergir no sentido de que nenhum de nós seja conduzido ou abandonado à pobreza, que todos participemos da produção e dos resultados da riqueza. E para que isso ocorra, é necessário um esforço conjunto, garantido e fomentado pelo Estado, não simplesmente para nos dar renda, mas para nos proporcionar ter renda, e tendo-a, suprimos nossas necessidades, desenvolvermos nossos interesses, vivermos com menos desigualdade e mais dignidade.

Ainda que não haja um modelo perfeito, não se pode negar pertinência à ideia de que o Estado, de algum modo, pode garantir renda aos cidadãos, e, assim, contribuir para a diminuição ou eliminação da pobreza. No Brasil, o modelo adotado é insuficiente não por falta de reconhecimento e garantia jurídicos, mas em função de inefetividade normativa e inadequações jurídico-administrativas.

Eis a finalidade máxima que a justiça social pode se propor, para o que o Direito, exercendo sua função promocional ou social, é um meio necessário e decisivo: autonomia para satisfazer as próprias necessidades, liberdade para desenvolver os próprios interesses, emancipação do jugo do Estado e do Mercado e, por extensão, dos efeitos da pobreza.

É esse o sentido da ideia de justiça de Sen (2009), não um ideal abstrato focado em arranjos institucionais, mas uma ação social concreta focada no resultado de remover injustiças e ampliar a liberdade, sendo a garantia do bem-estar e a promoção da emancipação (o que passa pelo reconhecimento e pela valorização das capacidades de cada uma e de todas as pessoas) o caminho adequado para o desenvolvimento social (SEN, 1999; 2010).

É nesse sentido que se vem pautando o debate internacional sobre o enfrentamento da pobreza²³.

²³ A propósito, v. o Índice de Desenvolvimento Humano – IDH e o Índice de Desenvolvimento Humano Ajustado à Desigualdade – IDHAD (que classificam os países de acordo com a combinação de expectativa de vida, educação e renda), formulados por Mahbub ul Haq e utilizados pela ONU desde 1995,

Essas bases filosófica e econômica dão melhor sustentação à ideia de renda de cidadania como fator de maximização existencial de Daniel Raventos (1999) e à defesa do direito à renda básica, mínima e/ou universal que fazem Philippe Van Parijs e Yannick Vanderborght (2006; 2018) e tantos outros²⁴, que defendem que o Estado deve pagar periodicamente, a cada um e todos os cidadãos, um valor suficiente para que todos tenham condições de prover sua própria subsistência, notadamente a satisfação de necessidades como alimentação e vestuário e o desenvolvimento de interesses como educação e ocupação.

A ideia de renda básica, mínima e/ou universal teve como primeira iniciativa historicamente documentada a implantação da proposta de Juan Luis Vives, com o seu tratado “*De Subvencione Pauperum Sive de Humanis Necessitatibus*” (1526) ou “Da Subvenção dos Pobres ou Das Necessidades Humanas” (em tradução livre), para resolver o problema da pobreza urbana em Bruges, na Bélgica.

Essa ideia é positivada como direito desde as chamadas *Poor Laws*, instituídas em 1536 e 1836 e que vigoraram até 1948, quando foram revogadas pela Lei de Assistência Social do Reino Unido, para amparar “pobres impotentes”, mendigos e vagabundos, que eram recolhidos a *workhouses*, as quais mais pareciam hospícios do que fábricas²⁵ (RGU, 2007).

Uma ideia complementar foi o “banco do povo” ou “banco dos pobres”²⁶, também documentada por dois dos três célebres Tocqueville²⁷, primeiro Her-

assim como a produção teórica de Haq: “A Cortina da Pobreza: opções para o Terceiro Mundo” (1976) e “Reflections on Human Development” (1999). Prova maior disso é que, em 2019, Abhijit Banerjee, Esther Duflo e Michael Kremer compartilharam o Prêmio Nobel de Economia por seus diagnósticos e prognósticos sobre situações de pobreza, baseados em experimentos controlados e ações pontuais nas áreas da saúde pública e da educação infantil (G1, 2019).

²⁴ Fábio Luiz Lopes Cardoso, “Da Renda Mínima à Renda Básica de Cidadania” (2013); Josué Pereira da Silva, “Por que Renda Básica?” (2014); Danielli Zanini, “Renda Básica de Cidadania: o reconhecimento, a universalidade e a garantia da dignidade humana” (2014); Poliana Alves da Silva, “A Renda Básica de Cidadania como Instrumento de Erradicação da Pobreza” (2015); Guy Standing, “Basic Income: A guide for the open-minded” (2017); Annie Lowrey, “Give People Money: how a universal basic income would end poverty, revolutionize work and remake the world” (2018); Roberto Merrill; Sara Bizarro; Gonçalo Marcelo; Jorge Pinto, “Rendimento Básico Incondicional: uma defesa da liberdade” (2019).

²⁵ V. “English Poor Law History” (1927), de Sidney Webb e Beatrice Webb; “The English Poor Law, 1780-1930” (1971), de Michael E. Rose; “The Idea of Poverty: England in the Early Industrial Age” (1984), de Gertrude Himmelfarb; e “State, Society and the Poor in Nineteenth-Century England” (1999), de Alan Kidd, Alan (1999).

²⁶ Essa ideia encontra similar em Muhammad Yunus (economista, banqueiro e Nobel da Paz em 2006), conhecido como “banqueiro dos pobres”, o que, a propósito, é o título do livro no qual relata a experiência do Grameen Bank, que, desde 1983, oferece microcrédito para famílias em situação de pobreza em Bangladesh, sendo que os recursos devem ser administrados por mulheres e aplicados numa perspectiva empreendedora (YUNUS; JOLIS, 2000; 2003a; 2003b).

²⁷ O terceiro, Hippolyte, “irmão mais novo de Alexis [...] foi muito estimado pela sua honradez e pela preocupação social que o levou a distribuir boa parte de sua fortuna em inúmeras obras de beneficência”, que também foi deputado constituinte e depois senador vitalício “alinhado sempre com os grupos da centro-esquerda e da esquerda republicana, em decorrência das suas preocupações sociais” e que

vê, *maire* (prefeito) de várias cidades no interior da França, depois por Alexis, seu filho e cientista político da democracia e da pobreza. Hervé registrou sua experiência em “*Du crédit agricole*” (1838) ou “Do Crédito Agrícola” (em tradução livre), no qual conta que “imaginou uma espécie de ‘banco do povo’, que emprestasse dinheiro a juros baixos, sob penhor”, por acreditar que “a sorte dos mais pobres melhoraria, eles se tornando, como a grande maioria, pequenos proprietários rurais” e que “Não se trataria de um banco estatal, mas uma espécie de banco cooperativo integrado pelos pequenos proprietários” (VÉLEZ RODRÍGUES, 2003, pp. 164-165). Já Alexis, por acreditar que “nada há de mais seguro no mundo do que um empréstimo garantido por penhor”, propôs “reformular as caixas de poupança então existentes, de maneira que fossem instituições de crédito descentralizadas que possibilitassem a aplicação do dinheiro arrecadado pela poupança dos trabalhadores (VÉLEZ RODRÍGUES, 2003, pp. 178-179).

Já o que aqui se propõe como renda de cidadania carece de um giro teórico: para que não seja mais uma iniciativa (polêmica, contestável) de transferência de renda dos ricos ou do Estado para os pobres, a renda de cidadania pode ser vista como um instrumento não apenas para evitar a reprodução da pobreza, mas também para estimular a produção de riqueza, uma vez que, se a pobreza é um problema social e a riqueza é um produto social, a riqueza, como propriedade que é, deve ter uma função social, deve ter como função social promover a igualdade de condições para sobreviver e a liberdade de escolha para viver.

É esta função que se atribui à renda de cidadania: não se trata tão-somente de dar dinheiro aos pobres, concedendo-lhes um auxílio pecuniário; o que se pode e deve, como medida de fraternidade (leia-se solidariedade, em sentido jurídico), é fazer com que o Estado, ente legitimado a enfrentar os desafios das desigualdades sociais, em retribuição por ser um limitador das liberdades individuais, seja um indutor ou catalisador de iniciativas que, ao garantir efetivamente o mínimo necessário para uma vida digna, reconheça as potencialidades e possibilite a emancipação das capacidades dos cidadãos.

Considerando a realidade brasileira, é preciso comparar os discursos subjacentes ao PBF e à RBC. Para tanto, usa-se como chave hermenêutica a ideia de transferência de renda. No primeiro e mais bem sucedido caso (PBF), não se distribui ou transfere a renda no sentido de parte da riqueza social, apenas uma parcela irrisória da arrecadação estatal. No segundo e pouco efetivo caso (RBC), o que não está dito revela mais do que está dito, o que abre uma fresta para uma mudança discursiva.

escreveu “*Quelques idées sur les moyens de remédier à la mendicité et au vagabondage*” (1849) ou “Algumas ideias sobre maneiras de remediar a mendicância e a vadiagem” (em tradução livre) (VÉLES RODRÍGUES, 2003, p. 165).

Não se pode negar os méritos do PBF, mas há de se observar que com ele se projetou uma sombra que de certo modo invisibiliza e inviabiliza a efetivação do direito a uma RBC no Brasil. O investimento naquela política de assistência reduz as possibilidades de investimento nessa política de desenvolvimento. A concentração de esforços na primeira vem a ser uma justificativa política para a inefetividade normativa da segunda. Resultado evidente é que o direito a uma RBC não é efetivado e o benefício do PBF não é suficiente, de modo que se mantém um quadro generalizado de reprodução da pobreza (BRITTO; SOARES, 2010; BICHIR, 2016; DE SORDI, 2019).

Dizer isso, no entanto, é apenas constatar um fato, que não é, diga-se de passagem, um fortuito. Investigando-se mais a fundo as causas e consequências dessa opção, percebe-se que o Estado brasileiro negligencia o potencial desenvolvimentista da RBC e prioriza o caráter assistencialista de benefícios paliativos, auxílios emergenciais etc. como o PBF.

Para além desse diagnóstico, é necessário parar de enxergar a solução para o problema da pobreza como uma questão de transferência de renda, o que, de resto, é uma solução emergencial e transitória; é preciso ver as possibilidades da ideia e do direito de renda de cidadania como um instrumento estruturado e duradouro de distribuição da riqueza e, por consequência, destinado à interrupção do ciclo de reprodução da pobreza (SUPLICY, 2010; 2011; VANDERBORGHT; PARIJS, 2018).

Se a pobreza é um problema social, a riqueza é um patrimônio social. Assim como a pobreza não afeta apenas aos pobres, a riqueza não pertence apenas aos ricos. A produção social da riqueza é diretamente proporcional à concentração individual de riquezas individuais e inversamente proporcional à reprodução social da pobreza. A questão, pois, passa a ser como distribuir melhor a riqueza produzida, a ponto de reduzir os efeitos da pobreza reproduzida.

Ao se falar em função social da renda de cidadania, pode-se destacar que, embora “renda” não seja sinônimo perfeito de “salário”, guardam entre si relação de gênero e espécie. De fato, “salário” pode ser definido como o direito individual a uma retribuição pecuniária por atividade executada em cumprimento a um contrato de trabalho. Já “renda de cidadania” seria o direito social à participação na distribuição da riqueza. Assim sendo, todos os cidadãos temos o direito de receber do Estado uma renda de cidadania, em valor suficiente para garantirmos nossa própria subsistência ao satisfazermos nossas necessidades básicas e, assim, com autonomia, realizarmos nossos interesses e contribuirmos para o desenvolvimento social.

O que aqui se propõe é que o Estado não somente proporcione algum acesso de beneficiários e consumidores a bens e serviços oferecidos pelo Estado e pelo Mercado, mas estimule a integração dos cidadãos à sociedade; não somente proteja a propriedade e a riqueza, mas garanta a aplicação da riqueza

para gerar renda contra a pobreza; não somente pague um valor pecuniário a pessoas em situação de pobreza, mas intermedeie o esforço para superação dessa situação.

Nesse sentido, a renda de cidadania seria uma política pública²⁸ **não de assistência** (como é o caso do BPC, do PBF, do AE etc.) e focalizada (em idosos, pessoas com deficiência, em situação de vulnerabilidade social, de pobreza ou extrema pobreza, desocupados ou desempregados etc.), mas de investimento e desenvolvimento na universalidade dos cidadãos brasileiros²⁹.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BICHIR, Renata Mirandola. Novas agendas, novos desafios: reflexões sobre as relações entre transferência de renda e assistência social no Brasil. In: OLIVIERI, Cecília; MARTINELLI, Bruno (Org.). **I Colóquio de Estudos em Gestão de Políticas Públicas**. São Paulo: Escola de Artes, Ciências e Humanidades, v. I, 2016, pp. 61-68.

BRASIL. Presidência da República. **Mensagem 743**. 2021/12/29. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Msg/VEP/VEP-743.htm. Acesso em: 2023/04/17.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Organização dos Estados Americanos (OEA)**. 2016/07/11. Disponível em: <https://www.gov.br/mre/pt-br/assuntos/mecanismos-internacionais/mecanismos-de-integracao-regional/organizacao-dos-estados-americanos>. Acesso em: 2023/04/17.

²⁸ V. “Políticas Públicas no Brasil” (2007), organizado por Gilberto Hochman; Marta Arretche; Eduardo Marques; “Direito Administrativo e Políticas Públicas” (2006) e “Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas” (2013), de Maria Paula Dallari Bucci; “Regime Jurídico das Políticas Públicas” (2015), de Amauri Feres Saad; e “Políticas Públicas e Direitos Fundamentais” (2017), de Felipe de Melo Fonte.

²⁹ A renda de cidadania, no caso do Estado brasileiro, além dessas características gerais, poderia ter as seguintes características específicas, o que se apresenta a título de esboço: (1ª) que o Estado utilize o FCEP para financiar ações de enfrentamento e erradicação da pobreza em situações emergenciais (de força maior) e que crie um Fundo de Renda de Cidadania (FRC) para situações não-emergenciais (os casos fortuitos); (2ª) que o Estado preveja um valor pecuniário mensal referente a uma despesa básica de cidadania (DBC), assim entendido o valor necessário para um cidadão viver no Brasil, respeitadas as diferenças regionais e locais, se na zona urbana ou rural, no sentido de arcar com ou complementar, quando não oferecido pelo Estado, o pagamento de despesas com saúde (alimentação, consultas, exames, medicamentos, terapias etc.), moradia, vestuário, lazer, educação, ocupação profissional e deslocamentos urbanos e interurbanos; (3ª) que o Estado fixe um valor pecuniário mensal referente a uma renda básica de cidadania e suficiente para arcar com a DBC, considerando Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) acumulado no mês anterior; (4ª) que as pessoas jurídicas, assim como as pessoas físicas que tenham renda acima da DBC, possam contribuir para o FRC, com isenção parcial do Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) ou do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física (IRPF), conforme o caso; (5ª) que a pessoa física que tenha renda abaixo da DBC ou não tenha renda perceba, em complemento ou na integralidade, o valor pecuniário da RC, com isenção integral do IRPF; (6ª) que os integrantes de uma família, até o segundo grau de parentesco, por consanguinidade ou afinidade, em linha ascendente e descendente, paguem proporcionalmente o montante necessário a complementar ou integralizar a RC dos demais integrantes da família; e (7ª) que, caso a família não consiga fazê-lo, as associações, os sindicatos, as fundações e/ou as empresas complementem ou integralizem a RC de seus associados, sindicalizados ou empregados.

- BRITTO, Carlos Ayres. **O Humanismo como Categoria Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- BRITTO, Tatiana; SOARES, Fabio Veras (2010). Bolsa Família e Renda Básica de Cidadania – um passo em falso? **Texto para Discussão 75**. Centro de Estudos e Consultoria. Brasília: Senado Federal.
- CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.
- DE SORDI, Denise Nunes. **Reformas nos Programas Sociais Brasileiros: solidariedade, pobreza e controle social (1990-2014)**. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em História. Universidade Federal de Uberlândia. 2019.
- FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- FRANCO FILHO, Georzenor de Sousa. Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Enciclopédia Jurídica da PUCSP. Tomo Direitos Humanos, Edição 1, 2022/03. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/531/edicao-1/declaracao-universal-dos-direitos-humanos-de-1948>. Acesso em: 2023/04/17.
- FREITAS, Fernando José Gomes. **Renda Básica de Cidadania: desenvolvimento do conceito (1516-1986), impacto político no Brasil (1975-2016) e experiências aplicadas (1982-2016)**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado). Instituto de Economia. Universidade Federal do Rio de Janeiro. 2017.
- GUERREIRO, Mário A. L. “Da época de Tocqueville à era da globalização: A questão da persistência da miséria”. Estudos sobre os paradoxos da pobreza e da desigualdade em países em desenvolvimento. In: TOCQUEVILLE, Alexis de ([1835] 2003). **Ensaio sobre a Pobreza**. Rio de Janeiro: UniverCidade, 2003, pp. 133-160.
- G1 (2019). Trio ganha Nobel de Economia 2019 por pesquisas que ajudam combate à pobreza. **G1**, Economia, Darlan Alvarenga, 14 out. 2019.
- HERRERA FLORES, Joaquín. **La Reinención de los Derechos Humanos**. Andalucía: Editorial Atrapasueños, 2008.
- HIMMELFARB, Gertrude. **Poverty and Compassion: The Moral Imagination of the Late Victorians**. New York: Vintage Books, 1991.
- HIMMELFARB, Gertrude. Introdução. In: TOCQUEVILLE, Alexis de ([1835] 2003). **Ensaio sobre a Pobreza**. Rio de Janeiro: UniverCidade, [1992] 2003.
- HIMMELFARB, Gertrude. **The De-Moralization of Society: from Victorian Virtues to Modern Values**. New York: Vintage Books, 1994.
- ISHIKAWA, Érica Taís Ferrara (2015). **Solidariedade como Princípio Constitucional e o Humanismo Necessário**. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
- NABAIS, José Casalta. **Por uma Liberdade com Responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994a.
- NEVES, Marcelo. Entre integração e subintegração: a cidadania inexistente. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, v. 37, n. 2, Rio de Janeiro, 1994b, p. 253-276.
- OEA – Organização dos Estados Americanos. CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **A Organização dos Estados Americanos**. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/a.Introd.Port.htm#_ftnref5. Acesso em: 2023/04/17.
- PARIJS, Philippe Van; VANDERBORGHT, Yannick. **Renda Básica: uma proposta radical para uma sociedade livre e economia sã**. Rio de Janeiro: Cortez, 2018.
- PENNA, José Osvaldo de Meira. Editorial sobre os paradoxos da pobreza. Estudos sobre os paradoxos da pobreza e da desigualdade em países em desenvolvimento. In: TOCQUEVILLE, Alexis de ([1835] 2003). **Ensaio sobre a Pobreza**. Rio de Janeiro: UniverCidade, 2003, pp. 9-48.
- RAVENTOS, Daniel. **El Derecho a la Existencia**. Barcelona: Ariel, 1999.
- REIS, Helena Esser dos. Miséria, violação da democracia In: REIS, Helena Esser dos (Org.). **Democracia e Miséria**. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, pp. 97-118.
- RESENDE, Augusto César Leite de; MACHADO, Carlos Alcântara Augusto. A fraternidade como antídoto contra a aporofobia. **Sequência: estudos jurídicos e políticos**, v. 42, n. 1, 2021.
- RGU – ROBERT GORDON UNIVERSITY (2007). **An Introduction on Social Policy: British social policy**. Aberdeen: RGU.

- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia de Bolso, [1999] 2010.
- SEN, Amartya. **A Ideia de Justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, [2009] 2011.
- SEN, Amartya. Elements of a Theory of Human Rights. **Philosophy & Public Affairs**, v. 32, n. 4, 2004, pp. 315-356.
- SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. **As Pessoas em Primeiro Lugar**: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SOUZA, Jessé. **A Construção Social da Sub-cidadania**: para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003.
- SUPLICY, Eduardo Matarazzo. **Renda Básica de Cidadania**: a saída é pela porta. São Paulo: Cortez, 2010.
- SUPLICY, Eduardo Matarazzo. **Renda Básica de Cidadania**: a resposta dada pelo vento. Porto Alegre: L&PM, 2011.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. Comunicação sobre o pauperismo. Parte I. In: TOCQUEVILLE, Alexis de. **Ensaio sobre a Pobreza**. Rio de Janeiro: UniverCidade, [1835] 2003, pp. 75-90.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. Ensaio sobre o pauperismo. In: REIS, Helena Esser dos (Org.). **Democracia e Miséria**. São Paulo: Almedina Brasil, [1835] 2020, pp. 159-186.
- VANDERBORGHT, Yannick; PARIJS, Philippe Van. **Renda Básica de Cidadania**: argumentos éticos e econômicos. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.
- YUNUS, Muhammad; JOLIS, Alan. **Banker to the Poor**: The Autobiography of Muhammad Yunus. London: London Bridge, 2000.
- YUNUS, Muhammad; JOLIS, Alan. **Banker to the Poor**: The Story of the Grameen Bank. London: Aurum Press, 2003a.
- YUNUS, Muhammad; JOLIS, Alan. **Banker to the Poor**: Micro-Lending and the Battle Against World Poverty. New York: PublicAffairs, 2003b.

CAPÍTULO 6

NOTAS SOBRE CONTROLE JUDICIAL DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Jeferson Antonio Fernandes Bacelar
Marcelo Cunha Holanda

1. À GUIA DE INTRODUÇÃO

Antes de adentra-se ao tema deste artigo, se prestam as devidas homenagens ao Dr. Arnaldo Augusto Martins Meira, ilustre Professor Adjunto IV de Direito Administrativo da Universidade Federal do Pará - UFPA, além de docente fundador do Curso de Direito da Universidade da Amazônia - UNAMA. Este terceiro filho do incomparável jurista Silvio Augusto de Bastos Meira foi também advogado, conselheiro da OAB/PA e membro fundador da Academia Paraense de Letras Jurídicas - APLJ, dentre tantas outras realizações em prol da formação e da cultura jurídica do nosso Estado.

Na mesma direção de “honrar a quem merece honra” parabeniza-se o Instituto Silvio Meira - ISM, presidido pelo Dr. André Augusto Malcher Meira, filho do homenageado, que completa 10 anos de exitosa e indelével história em 2023, pela organização de mais um Digesto. Vida longa ao ISM!

Este breve artigo revisita um dos mais tradicionais desafios do direito público: a discricionariedade e a vinculação no contexto jurídico-administrativo, seja em aspectos teóricos (doutrinários) ou práticos (aplicativos). A regra é: a Administração Pública atua vinculadamente, quando a lei estabelecer uma única solução possível e esperada frente à determinada situação concreta. E atua de maneira discricionária, quando a norma oferecesse possibilidades de escolha, entre duas ou mais soluções, segundo os critérios de conveniência e oportunidade (DI PIETRO, 2006, p. 222).

Contudo, na vivência administrativa hodierna são raras as circunstâncias em que se manifesta a vinculação ou a discricionariedade puras, sendo, portanto, considerada superada a tentativa de manter um rigor classificatório excludente, a não

ser por conveniência didática. Para Bandeira de Mello (2005, p. 401): “[...] não há ato propriamente discricionário, mas apenas discricionariedade por ocasião da prática de certos atos”, pelo que complementa Figueiredo (2006, p. 232-233): “Não há competência totalmente vinculada, ou, por outra, são raríssimas as hipóteses em que a norma predefine inteiramente única conduta a ser tomada pelo administrador”.

Assim, haveria liberdade, no bojo e no contexto das normas legais (legalidade), inexistindo liberdade total, visto que o gestor público deve decidir com vistas a garantir o alcance otimizado do objetivo normativo (BANDEIRA DE MELLO, 2005:406). Logo, a discricionariedade encontra seus limites na própria legalidade, visto não poder se confundir com arbitrariedade.

Poder discricionário, portanto, seria a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público. Em outras palavras, não obstante a discricionariedade constitua prerrogativa da Administração, seu objetivo maior é o atendimento aos interesses da coletividade, até o limite da legalidade.

Nesta toada Carvalho Filho (2019, p. 111) preconiza:

Um dos fatores exigidos para a legalidade do exercício desse poder consiste na adequação da conduta escolhida pelo agente à finalidade que a lei expressa. Se a conduta eleita destoa da finalidade da norma, é ela ilegítima e deve merecer o devido controle judicial. Outro fator é o da verificação dos motivos inspiradores da conduta. Se o agente não permite o exame dos fundamentos de fato ou de direito que mobilizaram sua decisão em certas situações em que seja necessária a sua averiguação, haverá, no mínimo, a fundada suspeita de má utilização do poder discricionário e de desvio de finalidade [...]

Alerta Figueiredo (2006, p. 223) que a discricionariedade é verdadeira competência administrativa interpretativa de valores, conforme “critérios gerais de razoabilidade e proporcionalidade” que afastam “*standards*” ou ideologias do gestor público, na medida em que busca “[...] nos princípios e valores do ordenamento, qual a melhor maneira de concretizar a utilidade pública postulada pela norma”.

Impede lembrar, que a existência e a manutenção de espaços decisórios discricionários se justificam por razões que podem ser resumidas em duas: a impossibilidade do legislador regular, em um texto normativo, todas as hipóteses da vida real (lembrando que as normas jurídicas possuem como característica a abstratividade), e a necessidade de disciplinar novas temáticas concretas que vão surgindo, e que não foram previstas (não se espera que os legisladores sejam profetas).

Polêmica, portanto, não haveria em aceitar a existência ou a necessidade dos atos ou poderes discricionários, mas sim, na definição de limites, tanto do exercício, como do controle dos mesmos.

Figueiredo (2006, p. 230) afirma que a confirmação da lesividade do ato administrativo: “só poderá ser aferível, no caso concreto, mediante exame amplo do ato emanado, envolvendo também o comumente denominado de mérito”. Não estando, portanto, distante da apreciação judicial qualquer lesão a direito, cabendo ao Poder Judiciário dizer, ainda em questões de mérito, se a conduta administrativa se ateve à moldura legal ou a desbordou. Sob tal prisma mesmo quando admitida a discricionariedade princípios e regras que compõe o ordenamento jurídico podem ser invocados para o fim de aferir conformidades procedimentais.

Interessante que no passado o problema desta lide teórico-aplicativa estava no conteúdo exageradamente alargado do “mérito administrativo”, agora, diante do avanço do controle jurisdicional em face de elementos ou dimensões do mérito, as preocupações se direcionam aos limites da intervenção judicial, mesmo porque “[...] a discricionariedade do juiz não é, em si, melhor que a do administrador” (BAPTISTA, 2003:21).

Faz-se necessário aprofundar um pouco a questão do controle jurisdicional da discricionariedade, bem como o papel dos conceitos jurídicos indeterminados para ampliar ou solucionar o problema analisado.

2 CONTROLE JURISDICIONAL FRENTE À DISCRICIONARIEDADE

É sabido que o Brasil não possui jurisdição administrativa para o contencioso, como outros países têm seus Tribunais Administrativos (e.g. França), restando incumbência ao Poder Judiciário de decidir, em última instância, questões relativas ao exercício das atividades administrativas. Moreira Neto (2006:233) entende que: “O *controle judiciário*, ou *judicial*, ou ainda, *jurisdicional*, é o controle de correção por excelência nos Estados de Direito, como uma de suas características políticas essenciais”. No campo constitucional-positivo brasileiro tal princípio se ampliou por força do inciso XXXV, do art. 5º da Constituição Federal de 1988, podendo ser considerado um “[...] vetor interpretativo do controle judicial da função estatal administrativa”, parafraseando Maffini (2005), tanto vinculada como discricionária.

Medauar (2006, p. 391), destaca a importância do controle jurisdicional da administração, visto abranger: “a apreciação, efetuada pelo Poder Judiciário, sobre atos, processos e contratos administrativos, atividades ou operações materiais e mesmo a omissão ou inércia da Administração”. Neste instigante tema exsurgem outras questões desafiadoras, com destaque, no presente trabalho, para

os limites deste controle por parte do Poder Judiciário. Como explica Krell (2004, p. 25-26): “no Direito positivo brasileiro, inexistente qualquer regra acerca dos limites do controle jurisdicional da discricionariedade”, sendo, destarte, matéria não pacífica, nem na doutrina e nem da jurisprudência.

Entende-se que, bem aplicado, o controle da legalidade dos atos administrativos, inclusive discricionários, pode dar, conforme ilação realizada nos escritos de Maffini (2005) uma concreção ao sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), que, por seu turno, dá sustentáculo à tripartição funcional de poderes. Reitera-se que o dilema se estabelece quanto aos limites ao controle jurisdicional. Na verdade, o Judiciário estabelece, por intermédio do controle jurisdicional, qual o “limite em que se deve confinar a discricionariedade do administrador” (FIGUEIREDO, 2001). Mas, ao mesmo tempo deve atentar para os limites desta sua atuação limitatória ou de controle.

Faz atentar-se para os limites do controle jurisdicional, para evitar que se substitua o administrador pelo juiz. Esta preocupação está presente na maior parte da doutrina administrativista nacional. Figueiredo (2001) alerta que o Poder Judiciário não pode substituir o Poder Executivo [...] fazendo as opções de oportunidade e conveniência para o momento, opções estas, que, sem dúvida, pertencem à administração. Medauar (2006, p. 395) caminha na mesma direção ao asseverar: “Evidentemente que a ampliação do controle jurisdicional não há de levar à substituição do administrador pelo juiz, encontrando limites”.

O controle jurisdicional não seria negação da discricionariedade, ou a substituição do administrador pelo juiz, mas a afirmação e reforço, na medida em que o controle jurisdicional precisaria o conceito do instituto, garantindo segurança jurídica ao administrador (MOREIRA NETO, 1998, p. 85). Explica Gasparini (2004, p. 95-96) que: “O que não se admite em relação a ele é o exame por esse Poder da *conveniência* e da *oportunidade*, isto é, do mérito da decisão tomada pela Administração Pública, conforme vêm decidindo nossos Tribunais [...]”.

Na mesma senda, mas indo além, Di Pietro (2006, p. 228):

A rigor, pode-se dizer que, com relação ao ato discricionário, o Judiciário pode apreciar os aspectos da legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade; neste caso, pode o Judiciário invalidar o ato, porque a autoridade ultrapassou o espaço livre deixado pela lei e invadiu o campo da legalidade.

Percebe-se que a autora agrega a questão do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa a teoria do desvio de poder e dos motivos determinantes (DI PIETRO, 2006, p. 228). Preconiza da mesma forma Maffini (2005) alertando que se pode admitir a postura existente em alguns setores

mais conservadores do Poder Judiciário, de se negar a tutela jurisdicional insculpida no Artigo 5º, XXXV, Carta Magna, sob o argumento de que se trataria de “mérito administrativo”. Por certo se tem que uma vez válida a atuação discricionária não poderia o Poder Judiciário imiscuir-se na condição de administrador, para adentrar em temática de alçada exclusiva da Administração Pública.

Assim, desde a distinção entre ato vinculado e discricionário, até a impossibilidade do controle do mérito, o Direito Administrativo vem sofrendo mutações em seus pressupostos, principalmente após a promulgação da Constituição de 1988. Contudo, não se pode negar que outras mudanças ainda estão em curso. Um desses “novos propulsores” de mutações doutrinárias e jurisprudências tem como fundamento os denominados “conceitos jurídicos indeterminados” ou melhor a maneira como os tribunais têm atuado no preenchimento de seu conteúdo, o que para alguns poderia representar um comprometimento do espaço discricionário protegido da atividade jurisdicional.

Neste caminhar conceitual, o que outrora era entendido como atinente ao campo da discricionariedade administrativa, qual sejam, os conceitos jurídicos indeterminados, estão sendo retirados de sua abrangência e realocados no campo da interpretação, mitigando ainda mais a discricionariedade.

3 CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS, DISCRICIONARIEDADE E O CONTROLE JURISDICIONAL

Os conceitos jurídicos indeterminados são um elemento, relativamente, novo que foi agregado ao debate. A interpretação, a aplicação e o controle destes conceitos, tanto no âmbito da Administração, como no contexto da jurisdição estão envoltas em dilemas e polêmicas. Como em vários outros institutos, teses e até procedimentos “importados” de outras realidades jurídicas a “adaptação” não é realizada com o devido cuidado e técnica. Por exemplo, na temática apresentada o caminho tomado pelos publicistas brasileiros, que direcionam seus estudos para o desenvolvimento da teoria no contexto germânico, em alguns casos o fazem de maneira parcial, estanque e até equivocada, visto que a teoria, focada na discricionariedade, está em constante processo de evolução e mutação em sua terra natal (KRELL, 2004:31).

Figueiredo leciona que uma das formas de se distinguir os atos vinculados dos discricionários é a existência de conceitos unissignificativos ou plurissignificativos. No primeiro caso, de conceitos unissignificativos os atos seriam vinculados, e surgindo conceitos plurissignificativos a decisão seria discricionária (2006, p. 215-216). Contudo, alerta: “O conceito deverá ser interpretado para ser aplicado. Desta forma, tem-se com primeiro limite da competência discricionária a adequada interpretação (FIGUEIREDO, 2006, p. 216).

Para Dal Bosco (2008, p. 376) os conceitos jurídicos indeterminados “[...] servem para a distinção da presença ou não de discricionariedade no texto normativo. O que significa que, havendo o conceito, não há a possibilidade de aplicação de mais de uma solução correta e, portanto, pode ser controlada pelo judiciário”. Assim, havendo conceitos jurídicos indeterminados não se pode arguir discricionariedade administrativa.

Tourinho (2004, p. 322) ao diferenciar a discricionariedade dos conceitos indeterminados, explica que seu posicionamento visa reduzir o campo da discricionariedade, sendo, segundo a doutrinadora “[...] condizente com a ideia de Estado de Direito que exige que o relacionamento entre o Estado e o cidadão seja regulado por lei calculáveis, inequívocas e estáveis”. Segundo Baracho, fundada nos conceitos indeterminados a jurisprudência pode ampliar sua margem de interpretação já que: “[...]A existência de conceitos imprecisos possibilita a modulação da intensidade do controle dos atos estatais, inclusive no que se refere à apreciação da oportunidade” (BARACHO, 2000, p. 133).

Krell (2004, p. 35-36), mesmo não aceitando que os conceitos indeterminados afastam completamente a discricionariedade, procura justificar a posição majoritária da doutrina brasileira assim: “parece que, por aqui, a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados pode bem servir como instrumento para melhoria da sistematização do controle da discricionariedade administrativa e até a sua redução”. Pelo que acrescenta: “A diferenciação pode levar também a uma redução conceitual da nebulosa expressão do *mérito* do ato administrativo e sujeitar ao controle judicial uma boa parte dos casos” (KRELL, 2004, p. 36).

Não se pode negar, destarte, que a doutrina dos conceitos indeterminados, como pensada e aplicada no Brasil, resulta em um enfraquecimento da discricionariedade administrativa, e, conseqüentemente em aumento do poder jurisprudencial. Em momento histórico-jurídico, no qual exsurge e se consolida tendência de judicialização do direito e de politização da justiça, o quadro tem se apresentado como preocupante para alguns, mas acalentador para outros.

Segundo Baptista (2003, p. 29), “[...] a influência do moderno constitucionalismo sobre o direito administrativo acabou sendo maior do que em qualquer outro ramo do direito, com importantes reflexos na evolução recente dessa disciplina”. Ferreira Filho (2003, p. 139-140), no mesmo sentido, informa que a Constituição de 1988 ampliou o campo de controle judicial sobre a Administração Pública, e aduz: “Tal controle, no passado, exercia-se apenas quanto ao aspecto de legalidade, não quanto ao mérito (conveniência e oportunidade) da ação administrativa” (FERREIRA FILHO, 2003, p. 207). Especificamente quanto à questão da discricionariedade administrativa este fenômeno da constitucionalização do direito revela a possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo.

Barroso (2007-1, p. 162) esclarece:

O conhecimento convencional em matéria de controle jurisdicional do ato administrativo limitava a cognição dos juízes e tribunais aos aspectos da legalidade do ato (competência, forma e finalidade) e não do seu mérito (motivo e objeto), aí incluídas a conveniências e oportunidade de sua prática. Já não se passa mais assim. Não apenas os princípios constitucionais gerais já mencionados, mas também os específicos, como moralidade, eficiências e, sobretudo, a razoabilidade-proporcionalidade permitem o controle da discricionariedade administrativa observando-se, naturalmente, a contenção e a prudência, para que não se substitua a discricionariedade do administrador pela do juiz.

Pode-se questionar quem impediria que essa temida substituição se manifestasse? Alguns poderiam responder: o Supremo Tribunal Federal, instância derradeira do Judiciário e intérprete da Constituição. Ora, e se essa falta de contenção e de prudência, na linguagem de Barroso, se manifestasse na própria Corte Suprema? Quem controla o controlador-mor?

Para Maués e Leitão (2003, p. 7) o crescente controle emanado de órgãos judiciais sobre decisões políticas que marca os Estados Constitucionais contemporâneos denominar-se-ia de judicialização da política. A judicialização encontraria “terreno fértil” em democracias onde o funcionamento dos “poderes” Legislativo e Executivo são “falhos, insuficientes e insatisfatórios” (CASTRO, 2001, p. 2), como claramente o exemplo do Brasil. Este movimento de judicialização conduziria à politização da justiça, que significa a atribuição (usurpação?) ao Poder Judiciário de competências que violam ou agredem a separação de “poderes” do Estado, pois permitiriam à jurisdição interferir na formulação e desenvolvimento de políticas públicas (CASTRO, 200, p. 2).

Esta tendência que tem sido festejada por muitos, mormente frente ao descrédito que gozam os Poderes Executivo e Legislativo, apresenta claros riscos. Para Maués: “[...] haveria uma tendência dos conflitos políticos passarem a ser decididos por um órgão de caráter jurisdicional, que não goza da legitimidade democrática direta que as eleições conferem ao Legislativo e ao Executivo” (MAUÉS, 2001, p. 70).

Binenbojm, em análise retrospectiva das grandes mudanças do direito administrativo ocorridas nos últimos anos, informa que, dentre os paradigmas clássicos do Direito Administrativo que se encontram em xeque, destaca-se a intangibilidade do mérito administrativo, pelo que, na substituição deste paradigma exsurge um novo, compatível “com os marcos constitucionais do Estado democrático de direito”. Para este mesmo autor, no contexto deste novo paradigma do direito administrativo, a discricionariedade abandona o âmbito da livre escolha do administrador, “[...] para se convolar em um resíduo de legitimidade, a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos

pela Constituição e pela lei com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa” (BINENBOJM, 2007, p. 27).

Contudo, alerta, que na busca de superar as arbitrariedades e as imunidades do Poder Executivo, não se pode/deve aderir ao que denomina “*judicialização* administrativa”, que substituiria a discricionariedade do administrador pela discricionariedade do juiz. Atitude que, feriria, sem dúvida, tanto o princípio da separação dos poderes, como a democracia. (BINENBOJM, 2007:37).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entende-se inafastável reter, para compreensão da discricionariedade administrativa, do ponto de vista contemporâneo, que a dicotomia entre ato vinculado e ato discricionário deverá ser afastada, pois atualmente tal discricionariedade sobre a incidência direta dos princípios constitucionais, transmutando sua aplicação, e conforme Binenbojm (2007:28) “[...] supera-se a dicotomia com a adoção de um sistema de graus de vinculação à juridicidade”

Retorna-se a outros momentos do trabalho quando se questionou: quem/o que estabeleceria os limites do controle jurisdicional da discricionariedade? Ou seja, quem estabeleceria o limite do controle limitatório que o Poder Judiciário exerce sobre a atuação administrativa? Quem impediria que se chegasse à “judicialização” administrativa? Ou quem poderia exercer o tal controle limitatório a própria discricionariedade exercida no Poder Judiciário em suas funções atípicas?

Como se demonstrou, a resposta simplista direcionadora à atuação do Supremo Tribunal Federal, não seria suficiente, pois este órgão de cúpula do Judiciário brasileiro parece atuar como fomentador do processo de “judicialização”.

Avanços no que concerne ao controle dos atos administrativos são esperados e necessários, mas com as devidas cautelas. Um maior controle deveria advir da sociedade, por meio dos instrumentos de democracia participativa, e não simplesmente pela ampliação da expressão de um Poder estatal sobre outro.

Se esses cuidados não forem tomados, superados os últimos resquícios da arbitrariedade do Poder Executivo, como alguns interpretam a discricionariedade administrativa, poder-se-ia adentrar à temida ditadura do Judiciário. Indubitavelmente, a pior de todas.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. “Relatividade” da competência discricionária. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 5, janeiro/fevereiro/março, 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 10 de maio de 2008;

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antoni. *Curso de direito administrativo*. 19.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005;

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007;

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003;

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral dos conceitos indeterminados. In: **Cidadania e justiça**. Ano 4. n. 8. 1. semestre de 2000. p. 121- 133;

BARROSO, Luís Roberto Barroso. Editorial. In: **Revista de direito do estado**. n. 8(outubro/dezembro de 2007) Rio de Janeiro: Renovar, 2006;

BARROSO, Luís Roberto Barroso. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: **Revista de direito constitucional e internacional**. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 2007. Ano 15, n. 58, jan.-mar./2007. p. 129-173;

BINENBOJM, Gustavo. Retrospectiva 2006: direito administrativo. In: **Revista de direito do estado**. n. 5 (janeiro/março de 2007) Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 25-54;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de mandato de segurança n. 24699-9. Relator: Eros Grau, 30 de novembro de 2004. Diário de Justiça 01.jul.2005;

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 33. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019;

CASTRO, Marcos Faro de. O Supremo Tribunal Federal e judicialização da política. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09.htm> Acessado em 01 de maio de 2008. (2001);

DAL BOSCO, Maria Goretti. **Discricionariedade em políticas públicas**. Curitiba: Juruá, 2008;

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2006;

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003;

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Controle jurisdicional da administração pública. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 2, maio, 2001. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 10 de maio de 2008;

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. 8.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006;

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 9.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004;

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6.ed. rev.e amp. São Paulo: Malheiros, 2005;

KRELL, Andréas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos federais: um estudo comparativo**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004;

MAFFINI, Rafael da Cás. O direito administrativo nos quinze anos da Constituição Federal. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 10 de maio de 2008;

MAUÉS, Antonio G. Moreira; LEITÃO, Anelice F. Belém. Dimensões da judicialização da política no Brasil: as ADIns dos partidos políticos. In: SCAFF, Fernando Facury.(Org.) **Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 3-39;

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2006;

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. Rio de Janeiro: Forense, 1998;

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. Rio de Janeiro: Forense, 2006;

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007;

SCHIRATO, Vitor Rhein. Limitações à possibilidade de anulação dos atos administrativos. In: **Revista de direito do estado**. n. 8(outubro/dezembro de 2007) Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 195-219;

TOURINHO, Rita. A discricionariedade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados. In: **Revista de direito administrativo**, v.1.(Jul./Set. 2004) Rio de Janeiro: renovar, 2004:317-326.

CAPÍTULO 7

OS IMPACTOS PENAIS DA LEI 14.133/2021: O VALOR DO BEM JURÍDICO ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA O DIREITO PENAL

Edson Alves dos Santos Furtado da Silva
Alexandra Fonseca Rodrigues

INTRODUÇÃO

A nova lei de licitações 14.133/2021, em seu artigo 178, estabelece os novos tipos penais que passam imediatamente a integrar o Título XI da Parte Especial do Código Penal, acrescentando aos Crimes contra a Administração Pública o Capítulo II-B: Dos Crimes em Licitações e Contratos Administrativos. Ademais, o artigo 193, inciso I, da novel legislação, determina a revogação dos crimes previstos nos artigos 89 a 108 da Lei 8.666/1993 na data da publicação desse novo diploma e a manutenção da parte não penal da norma anterior pelo prazo de dois anos, contados da publicação da nova lei.

O objetivo geral deste estudo é compreender os impactos penais da Lei 14.133/2021 e qual o valor que esta atribui ao bem jurídico administração pública diante do Direito Penal. A presente pesquisa se justifica pela necessidade de se conhecer as alterações promovidas pela nova lei de licitações, a qual causará significativas transformações no Direito Administrativo. Assim, no âmbito social, o presente trabalho pretende contribuir para a compreensão de tais mudanças que impactam a população brasileira, a qual é a real beneficiária dos bens e serviços adquiridos pela Administração e, portanto, deve estar orientada a participar da fiscalização dos procedimentos licitatórios. Ademais, no âmbito acadêmico, a inovação no ordenamento jurídico reclama uma análise aprofundada por parte da ciência a fim de possibilitar a cognição dos impactos trazidos pelo novo regramento, bem como dos possíveis entraves na aplicação dessa nova legislação.

Quanto aos aspectos metodológicos, este estudo utilizou-se do método hipotético-dedutivo, adotando o procedimento monográfico e estabelecendo

um trabalho de natureza básica, de abordagem qualitativa e cunho exploratório. No que diz respeito ao procedimento, adotou-se a pesquisa bibliográfica, tendo em vista a imprescindibilidade da busca de bases teóricas a fim de facilitar o entendimento da nova legislação em estudo, mas também considerando a necessidade de observar como os aplicadores do Direito têm se posicionado acerca desse novo tema.

Visando proporcionar um entendimento gradual sobre o tema em análise, após este capítulo preambular, passou-se a tratar do conceito e dos princípios gerais de licitação, abordando a evolução histórica destes pontos na legislação correlata, bem como introduzindo o debate a respeito das implicações penais da Lei 14.133/2021. Em seguida, apresentou-se as inovações criminais trazidas pela NLLC. Por fim, adentra-se em uma interessante discussão em relação ao valor dos bens jurídicos, em especial, da vida; sendo tal discussão encabeçada pelas ideias do Professor Doutor, docente da Universidade de Berlim, Gerhard Seher, acerca da teoria do bem jurídico.

2. NOVA LEI DE LICITAÇÕES E SEUS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS

O atendimento às necessidades da população é uma das premissas da Administração Pública. Indubitavelmente, para cumprir tal finalidade, é imprescindível que o Poder Público adquira bens ou serviços e tais aquisições devem ser precedidas de procedimento licitatório, conforme mandamento do artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal. A licitação é um procedimento administrativo destinado a escolher, dentro de um universo de participantes que concorrem em condições isonômicas, aquele que ofereceu proposta mais vantajosa para a Administração, de acordo com critérios objetivos de julgamento previamente estipulados em instrumento convocatório (ROCHA, 2016). Todo o processo licitatório deve obrigatoriamente respeitar os princípios expressos do caput do artigo 37, da Constituição Federal, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Outrossim, também devem ser obedecidos os demais princípios estabelecidos pelo legislador infra-constitucional nas normas atinentes à licitações públicas.

Tal regramento é fundamental para a tutela da moralidade e do patrimônio público; nesse sentido, a imposição de sanções visa não somente punir agentes infratores, mas também coibir tais condutas. Entretanto, não é rara a ocorrência de casos de corrupção e escândalos envolvendo agentes públicos e empresários que desviam a finalidade do interesse público, visando ao enriquecimento ilícito, enquanto afetam negativamente a vida das pessoas em decorrência de obras mal executadas, produtos comprados com péssima

qualidade e esvaziamento dos cofres públicos, comprometendo a continuidade da prestação dos serviços públicos. As disfunções ocasionadas em razão de privilégios e vantagens ilícitas de qualquer natureza são desvaloradas pelo ordenamento jurídico e, assim, sancionadas tanto pelo Direito Administrativo, como pelo Direito Penal (CASTRO; PRADO, 2017).

A Lei 8.666/93 já havia inovado quanto aos princípios regentes das licitações, estabelecendo em seu artigo 3º, além daqueles já expressos na Constituição Federal, a igualdade, a probidade administrativa, a vinculação ao instrumento convocatório, o julgamento objetivo e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. A NLLC aumentou expressivamente esse rol, acrescentando em seu artigo 5º, como princípios explícitos, v.g, o planejamento, a transparência, a segregação de funções, a segurança jurídica, a razoabilidade, a celeridade, a competitividade e a economicidade.

Para mais, dentre as inovações, esse regramento modifica o Código Penal, acrescentando-lhe tipos penais que estabelecem sanções a condutas ilícitas de agentes públicos e privados relacionadas a licitações em todas as esferas do setor público, inclusive em empresas estatais e sociedades de economia mista. A anterior lei de licitações descrevia crimes e estipulava penas bem mais brandas que os atuais tipos penais incorporados ao Código Penal pela nova legislação. Essa codificação dos crimes busca supostamente intensificar a vigilância da sociedade sobre a utilização das verbas públicas, facilitando a identificação de ilícitos, bem como o julgamento dos casos pela Justiça.

Por outro lado, há quem critique o regime punitivo implementado pela NLLC. Nesse sentido, D'Aquino (2021) comenta que inflar o Direito Penal com questões que poderiam ser mantidas nas esferas cível e administrativa aumentará a insegurança jurídica aos empresários e investidores. Segundo o autor, a descrição dos crimes traz termos vagos que dependerão de interpretação judicial. Além disso, alega que o eventual processo penal não eximirá a ação civil pública por ato de improbidade, nem a multa, além das consequências oriundas da própria existência do processo, as quais geralmente importam em certidões negativas, restrições a linhas de crédito e proibição de contratar com a administração pública.

No mesmo sentido, Justen Filho (2021) observa que a Lei 14.133/2021 poderia ter adotado a chamada “criminalidade econômica”, priorizando as penas de caráter pecuniário ou as restritivas de direito em detrimento das penas privativas de liberdade. O autor explica que o agravamento das sanções está ligado ao enfoque tradicional de que a severidade das penas é suficiente para diminuir a criminalidade, mas ressalta que esse entendimento não necessariamente é correto. Outrossim, explica que a opção legislativa por essa penalização mais rigorosa é uma resposta ao clamor da sociedade, a qual consideraria absurda a possibilidade de o infrator livrar-se da cadeia pagando apenas monetariamente pelo crime cometido.

Todavia, a Lei 14.133/21, assim como a legislação que a precedia, obedece a um mandado implícito de criminalização, visto que, conforme explica Araújo (2012), a Constituição Federal, ao eleger o procedimento licitatório como instrumento valioso e indispensável para dar concretude aos objetivos da Administração, reconheceu, ainda que não expressamente, a insuficiência dos demais ramos do Direito para garantir sua adoção e regularidade, reclamando do Direito Penal a intervenção para as finalidades perseguidas e bens jurídicos eleitos pela ordem constitucional.

3. INOVAÇÕES PENAIS TRAZIDAS PELA LEI 14.133/2021

A Lei 14.133/2021, nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, promoveu a imediata revogação dos crimes previstos nos artigos 89 a 108 da Lei 8.666/93. A novel legislação introduziu doze artigos ao Código Penal (CP) – artigos 337-E a 337-P, dispondo-os topograficamente no Título XI da Parte Especial do códex, que trata dos “Crimes contra a Administração Pública”, acrescentando-lhe o Capítulo II-B, intitulado “Dos crimes em licitações e contratos administrativos”. Assim, na nova lei não há previsões específicas quanto a crimes licitatórios, os quais deixam de ser disciplinados por legislação extravagante e passam a ser codificados.

Embora o legislador tenha estabelecido, no artigo 1º, parágrafo 1º, da Lei 14.133/21, que esta não se aplica às empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, o artigo 185 do mesmo instrumento legal determina expressamente que as disposições atinentes aos delitos inseridos pela nova norma incidam nas licitações e contratações por elas realizadas sob o regime específico da lei 13.303/2016. Assim, os novos tipos penais serão aplicáveis, por exemplo, a condutas praticadas na Petrobrás, nos Correios ou no Banco do Brasil.

A nova legislação inseriu onze novos delitos ao Código Penal e mais um último artigo que trata da pena de multa cominada a estes crimes. A lei 8.666/93 estabelecia, em seu artigo 99, §1º, o limite de 5% do valor do contrato para a fixação da pena de multa. O artigo 337-P, inserido no Código Penal pela Lei 14.133/21, retirou o teto, mantendo apenas o piso de 2% do valor do contrato e prevendo expressamente a adoção dos critérios de dias-multa do CP para fixação dessa pena.

Ademais, com a revogação do artigo 83 da Lei 8.666, que trata da perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo no contexto dos crimes em comento, tais efeitos da condenação passam a ser regidos pelo artigo 92, inciso I, do Código Penal. Outrossim, deixa de haver o procedimento específico para o julgamento desses delitos, o qual era previsto pela anterior lei de licitações entre seus artigos 100 a 108.

Além disso, a partir da codificação dos delitos licitatórios, sobre estas infrações passa a incidir as regras previstas no artigo 33, §4o, do CP. Assim, por estarem dentre os crimes praticados contra a Administração Pública, a progressão de regime do cumprimento da pena ficará condicionada à reparação do dano causado ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.

Dentre os tipos penais inseridos ao Código pela Lei 14.133, apenas o tipificado pelo artigo 337-O consiste em um novo crime, visto que os demais já eram previstos na Lei 8.666/93. Entretanto, as condutas que já eram criminalizadas pela anterior norma de licitações sofreram significativas alterações.

No que tange ao preceito primário, observa-se que o novo regramento operou continuidade normativo-típica da maioria dos dispositivos incriminadores, ou seja, o conteúdo típico apenas migrou para outro tipo penal. Por outro lado, quanto ao preceito secundário (sancionador), a novel legislação promoveu grandes modificações por meio da alteração/majoração das penas. O maior rigorismo das penas afetará o prazo prescricional dos tipos penais, bem como o rito processual a ser adotado. Ademais, a maior severidade das sanções poderá impedir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, visto que, conforme determina o artigo 44, inciso I, do Código Penal, tal permuta só é possível para os crimes dolosos com pena não superior a 4 anos ou para qualquer pena no caso dos culposos.

4. À APLICAÇÃO DA LEI PENAL A PARTIR DA LEI 14.133/2021 SOB A LUZ DA TEORIA DO VALOR DO BEM JURÍDICO

Após delimitados os pontos pertinentes referentes aos procedimentos introduzidos e modificações realizadas pela nova lei de licitação; bem como, ressaltando-se que, em sua quase totalidade, as penalidades foram aumentadas e os delitos punidos com mais severidade, é cabível questionar qual o valor que nós, enquanto sociedade e também o Estado, atribuímos ao bem jurídico administração pública. Para tanto, entende-se que a exposição mais elucidativa sobre o tema é realizada pelo Jurista Gerhard Seher em sua publicação acerca da legitimação das normas penais baseada no conceito de bem jurídico.

Segundo o citado autor, o conceito de bem jurídico compreende todo o interesse, recurso ou valor que é reconhecido legitimamente como merecedor de proteção penal a partir de uma discussão baseada em princípios (SEHER, 2000, p.92). Sendo assim, o autor apresenta quatro princípios que devem atuar como espécies de filtros para a devida legitimação do bem jurídico; os quais serão expostos a seguir; buscando-se, ao mesmo tempo, tecer um comparativo de como estes poderiam ser úteis na averiguação da proporcionalidade que

deve existir entre a tutela da administração pública e a garantia dos direitos fundamentais do acusado.

O Primeiro deles é o Princípio do Dano, segundo o qual a norma penal que proteja determinado bem jurídico deve ser legitimada quando servir para evitar danos a terceiros pessoas. Sob esta ótica, nota-se que as normas penais que tutelam criminalmente a administração pública visam impedir a ocorrência de danos não apenas ao erário ou ao patrimônio público; mas também e, talvez principalmente, à ordem social estabelecida pelo ente estatal.

Com a evolução social, o paradigma liberal se mostrou insuficiente para assegurar a dignidade humana. Os excessos do capitalismo e o individualismo exacerbado do constitucionalismo liberal acabaram por desnaturar a ideia de liberdade e acentuar a exploração do homem pelo homem. Assim, consolidou-se o entendimento de que para a efetivação dos direitos individuais era necessário garantir condições mínimas de existência para cada ser humano; o que levou ao surgimento do Estado do Bem-Estar social e com ele a previsão constitucional de novos direitos que demandam uma prestação estatal positiva para garantir condições mínimas aos indivíduos.

Neste contexto do novo Estado-social, cresce o intervencionismo estatal em prol das partes mais fracas das relações sociais. Ocorre uma invasão das normas públicas no Direito Privado, ampliando-se as hipóteses de limitação da autonomia da vontade das partes em prol dos interesses da coletividade. Não basta mais o reconhecimento meramente formal das liberdades humanas, sendo necessário assegurar materialmente o desfrute de tais liberdades (SARMENTO, 2004). Na seara criminal não é diferente, a partir do momento em que a lei deixou de possuir caráter meramente individual e passou a ser vista sob a ótica social, exigiu-se também uma análise mais social do crime. Assim se explica o fato de a administração pública ter se tornado bem jurídico alvo de relevante proteção penal.

O segundo princípio seria o da ofensividade, muito similar ao princípio anterior, prevendo que uma norma penal deve ser criada para punir determinada conduta se esta tiver o poder de ofender ou perturbar terceiros pessoas. Seher (2000, p.83) oferece a noção do que poderia ser tido como ofensa ou perturbação:

“Sobre la noción de ofensa, o de perturbación, baste de momento com mencionar que es un receptáculo para englobar distintas formas de acción. Así, pueden ser perturbados los sentidos (a través del mal olor o del ruido), el sistema nervioso vegetativo (asco), la sensibilidad moral (por ejemplo sentimientos religiosos o Morales) o la llamada <<paz interior>> (generando miedo o por médio de humillación)”.

Sendo assim, pode-se considerar a moralidade administrativa, princípio insculpido na Constituição Federal, como bem relevante para a criação de

uma norma penalizadora, posto que, pelo princípio da ofensividade, realmente podem atingir a sensibilidade moral não apenas dos indivíduos diretamente ligados ao Estado mas de todos os cidadãos que, de maneira democrática, a ele se submetem. Contudo, neste momento surge a necessidade de ponderar valores entre bens e até mesmo de proposição de uma hierarquia que a Constituição sugere não existir. Será mesmo que não existe ordem de prevalência entre direitos fundamentais? Ou a liberdade vale mais que a moralidade pública? Atos contrários aos preceitos da legislação licitatória deveriam ser punidos com a retirada da liberdade do apenado?!

O terceiro filtro para a legitimação do bem jurídico seria a aplicação de formas de legislação paternalista que, em síntese, correspondem àquelas criadoras de normas jurídicas para penalizar atos lesivos do indivíduo contra ele mesmo. Segundo o autor supramencionado, o termo paternalismo é visto com reservas perante a doutrina mundial, pois significaria aplicar uma pena a um indivíduo por um dano auto afluído, o que contradiz os ideais de qualquer sociedade que respeite a dignidade da pessoa humana e a liberdade individual (SEHER, 2000, p.85).

Contudo, faz-se a ressalva de que este tipo de norma busca garantir o bem estar de seus afetados – no caso em apreço, a coletividade – mas, ao mesmo tempo, visa garantir que seja respeitada a vontade deste. Sendo assim, normas paternalistas respeitam a vontade dos imputáveis, mas delimitam a voluntariedade da decisão de inimputáveis e menores de idade. Seria este, exatamente, o princípio que clarifica o porque de se penalizar crimes licitatórios tendo em vista que são os próprios indivíduos passíveis de cometer os delitos que escolheram submeter-se à tutela estatal para serem por este protegido de eventuais lesões e danos a seus direitos coletivos.

Poder-se-ia, entanto, contar com a teoria das normas paternalistas para servir de base ou fundamento para a despenalização destes delitos; assim como se realizou com o crime de uso de drogas ilícitas. Aplicando penalidades diversas da prisão será possível restringir o choque entre moralidade pública e liberdade individual. O desafio, contudo, está na essência do princípio, ou seja, buscar cumprir a vontade daquele que será afetado coletivamente com a conduta, mas ao mesmo tempo, respeitar seus direitos individuais.

Como quarto filtro, por fim, apresenta-se o moralismo, caracterizado pela utilização de valores morais na tentativa de contrariar a legitimidade de uma norma penal. Nos ensinamentos de Seher (2000, p.87), o debate atual envolvendo o moralismo traz a lume que o Direito penal, atualmente, estaria incorporando delitos sem vítimas e protegendo valores que só através de uma argumentação muito forçada podem conduzir a um referente individual como portador de um bem jurídico.

Assim, o moralismo, enquanto princípio que visa estabelecer a proteção de uma ordem moral, não se limita a uma relação entre autor e vítima, uma

vez que visualiza os efeitos desta sobre toda a sociedade. Neste diapasão, tem-se um princípio que, por sua vez, pode sustentar os argumentos daqueles que defendem a despenalização ou mesmo descriminalização dos atos contra a lei licitatória.

Entretanto, o que se verificou com as alterações realizadas pela Lei 14.133/21 foi a valorização da moralização o que se deu, certamente, não apenas por razões legais mas, principalmente políticas. No fim das contas são realmente os interesses da política criminal que determinam a valoração dos bens jurídicos e os reflexos penais sobre eles o que, muitas vezes, gera celeumas práticas que dificultam a correta aplicação das previsões legais. Destarte, observa-se que os aplicadores do Direito terão o desafio de ponderar com muita cautela o valor dos bens jurídicos a serem protegidos: proteger a administração pública no que compete à lisura dos procedimentos licitatórios mas sem ferir as liberdades e garantias individuais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo observou os impactos penais decorrentes da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, buscou-se analisar as consequências jurídicas das modificações realizadas no conteúdo dos tipos penais, bem como para os possíveis óbices à aplicação e efetividade do novo ordenamento. Constatou-se que, para além das significativas inovações no âmbito administrativo, a NLLC promoveu expressivas modificações no Direito Criminal, visto que revogou os delitos previstos na Lei 8.666/99 e determinou a tipificação dos crimes licitatórios em capítulo específico do Código Penal.

Observou-se que o recente regimento buscou aumentar os mecanismos de repressão aos crimes licitatórios, mantendo a proteção aos bens jurídicos já tutelados pela legislação anterior, mas, além disso, intensificando a punição aos atos atentatórios à lisura dos certames promovidos pela Administração Pública. Percebeu-se que a exacerbação das sanções é uma resposta ao rogo da sociedade, que é a principal beneficiária e deve ser a maior fiscal das licitações. Essa mudança gera diversos reflexos, dentre os quais a limitação da possibilidade de aplicação de medidas despenalizadoras, o aumento do prazo prescricional, a modificação do regime inicial de cumprimento de pena e a autorização para interceptação telefônica.

Desta feita, verificou-se que os principais motivos que levaram não apenas à tipificação de delitos contra a administração pública mas também das alterações no sentido de recrudescimento dos crimes licitatórios; se deram em razão do teor ainda paternalista e moralista de uma legislação estatal fortemente pautada em raízes contratualistas e até mesmo utilitarista. Na qual muitas vezes se considera viável correr o risco de infringir direitos e garantias individuais em prol do coletivo.

Asseverou-se, por fim, que somente a partir do confronto da lei com a realidade fática é que será possível mensurar a efetividade e aceitabilidade do novo ordenamento. Posto isso, resta clara a importância do tema deste estudo, tendo em vista a busca pela compreensão das alterações promovidas no Direito Penal pela NLLC, a qual é indispensável à manutenção da ordem e da moralidade administrativas. O entendimento das normas pela sociedade é imprescindível para que os cidadãos estejam municiados pelo conhecimento necessário para fiscalizar e exigir o que lhes é devido. Outrossim, a inovação no ordenamento jurídico reclama o fomento das pesquisas a fim de aprofundar o conhecimento, debater os pontos controversos, promover a integração das normas e facilitar a correta aplicação das regras.

REFERENCIAS

CASTRO, Bruna Azevedo; PRADO, Luiz Regis. Delito licitatório e bem jurídico penal: algumas observações. **Revista dos Tribunais**, v.957. 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_bibliotec_a/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.957.10.PDF. Acesso em: 24 outubro. 2022.

D'AQUINO, Dante. Nova lei de licitações: novos crimes, novas penas, velhos problemas. **Vernalha Pereira**. Abr. 2021. Disponível em <https://vernalhapereira.com.br/nova-lei-de-licitacoes-novos-crimes-novas-penas-velhos-problemas/>. Acesso em: 24 outubro. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Crimes na Licitação**. São Paulo: Contracorrente, 2016.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2004.

SEHER, Gerhard. **La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico**. In: HEFENDEHL, Roland. (ed.). *La teoría del bien jurídico*.

CAPÍTULO 8

A NATUREZA JURÍDICA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE LONGO PRAZO

Douglas Estevam

I. INTRODUÇÃO

Concessão pública é a transferência da gestão de um serviço público à iniciativa privada¹. Contudo, apesar do estudo exaustivo do negócio jurídico feito nos bancos das faculdades de Direito, isso não é suficiente para garantir que haja recursos materiais bastantes para a manutenção dos serviços ao longo de dezenas de anos, conforme previsão em contrato administrativo.

Assim como direitos não nascem em árvores², prestar serviços públicos demanda custos, e a sustentabilidade econômico-financeira de uma concessão é essencial para que os usuários tenham um serviço contínuo, seguro, barato e eficiente por tanto tempo. Todavia, o Direito não é capaz de oferecer uma resposta a essa questão a partir de suas próprias premissas, visto que o método para responder a ela está circunscrito a outras ciências.

Epistemologicamente, qualquer ciência é um recorte da experiência da realidade. Do mesmo modo que uma videochamada pela *internet* com um parente querido é apenas uma parcela da experiência de estar presencialmente com aquela pessoa, as ciências também se limitam a um escopo bem definido de como investigar a vastidão de tudo aquilo que existe na realidade. Essa análise é apropriada, pois, à natureza racional do homem, que conhece gradativamente a partir dos efeitos até chegar às causas, ou vice-versa.

¹ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**: concessões, parcerias, permissões e autorizações. 2.^a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 23.

² GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos do direito**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. pp. 345-347.

II. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

É possível classificar as ciências, a partir de seus princípios, do seguinte modo: (i) se suas premissas forem universais e imutáveis, a ciência é chamada teórica/especulativa; mas (ii) se suas premissas forem contingentes e variáveis, então as ciências são ditas práticas. Na primeira classificação, encontram-se a Física, a Biologia, a Astronomia, a Geologia etc. Já na segunda classificação, estão o Direito, a História, a Economia, a Sociologia, a Política etc.

Caracteriza o ato propriamente humano a cognição que voluntariamente realiza ou não um ato frustrável. A frustrabilidade é um aspecto de máxima importância. Ora, o que também caracteriza o ato ético é a frustrabilidade. Se observarmos os fatos físico-químicos neles não encontramos frustrabilidade espontânea nos mesmos. Não vemos o hidrogênio ora proceder deste modo, ora daquele, quando as condições circunstanciais são as mesmas. Não há frustrabilidade nos fatos da Físico-química. Mas, os há nos fatos éticos, como o demonstramos na “Ética Fundamental”. A frustrabilidade permite-nos até construir uma divisão das ciências: aquelas em que há frustrabilidade, o que é próprio das ciências culturais, pois estas, tendo como objeto material os atos humanos, incluem-na; e as ciências da infrustrabilidade, que são as naturais, como a Físico-química, a Biologia, a Fisiologia, etc. Há frustrabilidade onde o homem se realiza como homem, porque pode ele, pela sua vontade, impedir a atualização de possibilidade.³

Enquanto as ciências teóricas envolvem a demonstração de coisas cujos princípios são invariáveis e cujos processos deles derivam por necessidade, as ciências práticas deliberam sobre atos que podem se modificar a depender do tempo e do lugar. Ao seu lado também — não custa mencionar — se encontra a técnica, como são chamadas aquelas ciências cuja finalidade é criar produtos alheios ao homem: Engenharia, Arquitetura, Medicina, Artes, Tecnologia da Informação e Comunicação etc. Isto é, a técnica não é focada em observar fenômenos naturais nem em conhecer a realidade dos fatos humanos, mas tão somente em produzir algo útil ou prazeroso.

Assim, tanto o Direito quanto a Economia são ciências práticas, porquanto versam materialmente sobre atos humanos. Todavia, isso ainda não é suficiente para se estabelecer uma relação entre ambas, já que isso seria o mesmo que bater uma fotografia de cada um dos cantos de um quarto e depois tentar comparar as respectivas imagens: não há comparação possível se não houver identidade entre os objetos representados. No mesmo sentido, as ciências catalogam a experiência da realidade conforme as propriedades que lhes são mais convenientes, segundo seu método próprio de conhecimento.

³ SANTOS, Mário Ferreira dos. **Filosofia e História da Cultura** – vol. I. São Paulo: Editora Logos, 1962. p. 154. Disponível em: <<https://doceru.com/doc/n5ee11e>>. Acesso em 2 nov. 2022.

Mesmo assim, com o intuito de encontrar algum fio condutor para a resolução desse problema, talvez seja oportuna a indagação a respeito do estatuto epistemológico de ambas as ciências (Direito e Economia), a fim de identificar: (i) o que investigam, (ii) para quê investigam, e (iii) como investigam. Começando pela ciência jurídica, é sabido que suas considerações têm a ver com as relações humanas, que é seu objeto material. O Direito cuida, primordialmente, da interação humana em sociedade — objeto de estudo dos juristas. Assim, o fim último da ciência jurídica é, indubitavelmente, o bem comum, seu objeto formal-terminativo, visto que o propósito de estudo de qualquer jurista é a ordem social, *i.e.* a perfeita relação entre as pessoas e a comunidade. Por último, esse exame é feito por meio da atribuição dos bens devidos a alguém em determinada comunidade política, adjudicando então alguma coisa a seu titular: este é seu objeto formal-motivo, que o diferencia de qualquer outra ciência técnica, teórica ou prática. Em resumo, portanto, **determina-se o direito por meio de critérios de justiça, tendo em vista a ordem social.**

Por outro lado, tem a Economia, por objeto material, a produção e a alocação de bens escassos. Ou seja, é próprio dessa ciência debruçar-se sobre a criação e a transação das coisas; mas para qual fim? Para a satisfação das necessidades humanas, que é seu objeto formal-terminativo: o bom uso dos bens pelos homens. No entanto, a realidade é conhecida pela ciência econômica por meio da **alocação de maior proveito com o menor esforço possível**, pois este é seu objeto formal-motivo. Em outras palavras, a Economia cuida da transação eficiente dos bens (aquisição a baixo custo e alienação por valor maior), para que o homem deles faça bom uso. O filósofo Mário Ferreira dos Santos chegava a se referir à ciência econômica como a “consecução com o menor esforço possível de bens aptos a satisfazer plenamente, e cada vez mais, as necessidades humanas”⁴.

TABELA 1

	Direito	Economia
Objeto material	relações humanas	alocação de bens
Objeto formal-terminativo	bem comum	bom uso dos bens
Objeto formal-motivo	justa distribuição dos bens	administração eficiente dos bens

Tríplice objeto do Direito e da Economia

⁴ *Idem.* p. 153.

Mesmo assim, para fins comparativos, saber tais informações é como estar diante de uma cidade sem planejamento urbano cujos prédios possuem alturas aleatórias sem um gabarito limitando o número de pavimentos: seu horizonte é uma montanha-russa de arranha-céus, casas e edifícios residenciais desordenadamente dispostos um ao lado do outro. Contudo, ao realizar um levantamento topográfico planimétrico daquele município, torna-se mais fácil comparar os imóveis, visto que a supressão da altura resultará um plano apenas com as respectivas áreas de edificação. No mesmo sentido, se houver a possibilidade de triangular a relação entre o Direito e a Economia, tomando por base algum denominador comum, então será possível estabelecer uma ordem entre ambas as ciências.

Em perspectiva, o modo mais prático de se fazer isso é levando em consideração os objetos formal-terminativos de cada uma delas, isto é, seu fim último. Nesse sentido, a Economia existe porque os bens são úteis a uma vida plena, assim como só há Direito porque a vida em comunidade é fundamental para o desenvolvimento humano, cujo fim remoto de ambas é inevitavelmente o objeto formal-terminativo daquela ciência sob cujo domínio elas estão (a Ética). Portanto, se ambas as ciências são essencialmente práticas, então, todas elas estão necessariamente ordenadas à máxima perfeição moral, que é a felicidade humana.

Ora, tendo-se estabelecido um ponto de fuga para a oposição formal entre o Direito e a Economia, torna-se viável escalar uma hierarquia entre ambas, relevando o fim último a que todas elas remotamente se destinam. Isso implica que a ciência jurídica possui mais dignidade que a ciência econômica, pois tratar das relações humanas é mais importante do que versar sobre a produção e a troca de bens escassos, sendo o bem comum muito mais valioso que a mera satisfação das necessidades materiais do homem.

Na história humana, qualquer regime político sempre constituiu leis que organizassem a atividade econômica, manifestando a prevalência do Direito sobre a Economia. Somente a perda da consciência moral é capaz de inverter essa relação, criando regimes plutocráticos cuja política é dominada pelo poder econômico.

Na verdade, a partir de uma escala de valores que leve em consideração a dignidade da pessoa humana, a Economia está necessariamente ordenada ao Direito. Nesse sentido, a Economia é um instrumento — muitíssimo relevante — do Direito para a ordem social, dando-lhe as premissas materiais para a boa disposição dos bens na coletividade. Por outro prisma, como a distribuição mais eficiente dos bens em uma comunidade política nem sempre é o modo mais justo de dar a cada um aquilo que lhe é devido, então os ditames da razão corrigem essa alocação indevida por meio da lei, endireitando a posição jurídica dos sujeitos de direito à proporção de seus méritos.

III. A JUSTIÇA APLICADA EM CONTRATOS

Do ponto de vista dos parceiros privados que manifestam interesse em participar de uma licitação, a concessão pública é considerada um projeto de investimento. Isso porque o contratado terá a obrigação de despendar aportes expressivos no início da operação, e seu retorno financeiro só virá paulatinamente ao longo de muitos anos. Ou seja, o adjudicado desembolsará uma soma vultosa no limiar da execução contratual para, só em um futuro distante, receber integralmente sua recompensa.

Detendo-se apenas nessa questão, é possível perceber que um contrato desses não pode ser entendido pelo prisma sinalagmático da justiça corretiva, cujo montante gasto pelo devedor deva ser igualmente restabelecido a seu patrimônio na solução do negócio. Assim o seria se a Economia fosse uma ciência teórica, capaz de calcular exatamente todas as variáveis do contrato que desigualem a posição das partes. Acontece que, para muitos anos de concessão, é impossível antever necessariamente a demanda efetiva do serviço, os custos com insumos, a carga tributária, a inadimplência dos usuários, a variação do preço da mão de obra, a inflação, a inovação tecnológica, as greves, as alterações regulatórias etc.

Em contratos de curto prazo, é relativamente simples estabilizar as posições jurídicas e firmar o vínculo jurídico com uma perspectiva razoável de execução contratual (e seus custos inerentes), contando com soluções jurídicas de praxe para os casos extremos em que a expectativa inicial seja drasticamente desvirtuada por fatos alheios à vontade das partes. Mas, em contratos de longo prazo, as premissas econômicas de sua execução variam tanto, que a justiça das partes só pode ser alcançada por meio de uma proporção.

No V Livro da “*Ética a Nicômaco*”⁵, Aristóteles ensinava que a justiça particular pode se dar de dois modos. Em um deles, há uma proporção aritmética em relação à prestação das partes, visto que aquilo que se dá é igual àquilo que se toma, deixando todos em pé de igualdade. Se se considerar que cada uma das linhas da figura abaixo corresponde à medida da prestação de “a”, “b” e “c” (*i.e.* fulano, beltrano e sicrano), então a justiça é obtida por meio da igualdade: $a + 2 = b + 1 = c$.

⁵ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2014. pp. 177-215. 1129a1-1138b1.

FIGURA 1



Justiça corretiva

Isso é o que um magistrado realiza na dosimetria da pena de um acusado, retribuindo-lhe o mal que tenha causado. Já numa permuta com torna, o vendedor recebe um imóvel de menor valor que o da venda e, em acréscimo, recebe uma parcela em pecúnia do comprador para complementar o valor devido. Por sua vez, num contrato de comodato, o comodatário restitui o mesmo bem que recebera anteriormente.

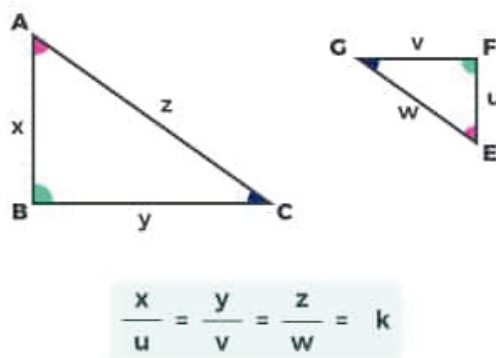
No entanto, há casos cuja mediania não pode ser determinada apenas com uma simples operação de adição ou subtração. Nos contratos de concessão, por exemplo, é impossível manter, estaticamente⁶, a estimativa contábil do fluxo de caixa — tudo aquilo que o parceiro privado supostamente desembolsará e tudo aquilo que eventualmente há de receber. Pelo contrário, a justiça entre as partes só pode ser estabelecida por uma proporção geométrica ($a/c = b/d$), cujas premissas variem em função de uma constante.

IV. A JUSTIÇA DISTRIBUTIVA

A despeito das alterações quantitativas que possam advir ao longo de uma concessão pública, há uma razão que iguala as partes. Assim como a área de triângulos semelhantes pode variar infinitamente, um contrato administrativo pode ser revisado de acordo com seu equilíbrio econômico-financeiro, à medida que riscos imprevistos perturbem a rentabilidade de um projeto concessionário.

⁶ MOREIRA, Egon Bockmann; GUZELA, Rafaella Peçanha. Contratos administrativos de longo prazo, equilíbrio econômico-financeiro e Taxa Interna de Retorno (TIR). In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 341. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4290910/mod_resource/content/1/moreira%2C%20egon%20bockmann%3B%20guzela%2C%20rafaella%20pe%C3%A7anha%20-%20contratos%20administrativos%20de%20longo%20praz.pdf>. Acesso em 6 nov. 2022.

FIGURA 9



Onde k é a razão de proporcionalidade (a constante).

Constante de proporcionalidade⁷

Quando um imposto é cobrado de acordo com a renda do cidadão, há uma razão de proporcionalidade que leva em conta um justo critério de capacidade contributiva. Quando uma política social estipula uma quantidade de pessoas por unidade habitacional para a distribuição de renda, então as famílias são atendidas à medida de suas necessidades. Do mesmo modo, a única maneira de parametrizar as inúmeras variáveis que possam desarranjar a perspectiva de retorno financeiro de um concessionário — ao longo de tantos anos — é adotar uma constante que mantenha a rentabilidade do projeto.

Sem esse mecanismo de justiça distributiva nos contratos de concessão, os proponentes participariam do processo licitatório apenas por filantropia, já que o valor de seu capital poderia ser destruído por quaisquer riscos na operação do serviço público. Mas, os poupadores de capital, a revés, esperam que seu dinheiro traga mais retorno no projeto concessionário do que se estivesse seguramente guardado em uma instituição financeira.

Assim, nos contratos de longo prazo, a composição do preço — elemento essencial do negócio jurídico — não possui natureza estática como em contratos ordinariamente estabelecidos⁸, cujo equilíbrio econômico é alcançado pela adição

⁷ REDAÇÃO BEDUKA. **Entenda semelhança de triângulos, seus casos, regras e veja exemplos**. 12 ago. 2020. Disponível em: <<https://beduka.com/blog/materias/matematica/semelhanca-de-triangulos/>>. Acesso em 6 nov. 2022.

⁸ Sem nenhuma pretensão filosófica muito profunda, “estático” quer dizer que os riscos a curto prazo são previsíveis e suportáveis por qualquer homem médio, como se fosse possível tirar um retrato antes, durante e após a execução contratual, representando aritmeticamente a posição de igualdade entre as partes. Entretanto, a longo prazo, as variáveis são tantas, que todos esses riscos só podem ser articulados

ou subtração de valores. Pelo contrário, a natureza dos contratos de concessão é dinâmica, e seu equilíbrio só pode ser obtido por meio de uma determinada taxa de rentabilidade que assegure a justa remuneração pelos investimentos realizados.

Ao se falar da gestão de serviços públicos, é importante se ter em mente que a instalação da infraestrutura — muitas vezes em tão curto prazo — requer investimentos astronômicos que, dificilmente, poderiam ser custeados pelo erário público. Nesse sentido, o parceiro privado adianta essas despesas, satisfazendo imediatamente as necessidades da população, e é remunerado ao longo de muitos anos por meio de módicas receitas tarifárias⁹.

Entretanto, o decurso do tempo torna essa operação financeira ainda mais complexa. A título de exemplo, imagine que alguém lhe peça emprestado R\$100,00 para a aquisição de um bem: já que essa pessoa não poderá pagar tão logo em breve, mas só daqui a um ano, é então acordado que o custo pela indisponibilidade do capital (isto é, os cem reais, o objeto do mútuo) será recompensado por uma taxa de juros de 10%. Isso implica que, daqui a um ano, o mutuante receberá R\$110,00 de volta.

Ou seja, o valor do dinheiro — independentemente da inflação — varia no tempo. Isso significa que cem reais hoje não são iguais a cem reais daqui a um ano, quem dirá daqui a dezenas anos! Nesse sentido, como não é possível comparar quantidades monetárias em períodos de tempo distintos, é necessário assumir alguma taxa de juros que possa converter todo o montante distribuído ao longo do tempo em uma unidade de medida uniforme.

Voltando ao exemplo do contrato de mútuo acima mencionado, R\$161,05 daqui a cinco anos, a uma taxa de juros compostos de 10% ao ano, equivaleriam a cem reais hoje (a valor presente), assim como R\$75,13 há três anos renderiam exatamente cem reais hoje. A única maneira, portanto, de comparar valores monetários em instantes diferentes do tempo é descontando sua quantidade por uma determinada taxa de juros que iguale temporalmente essas cifras.

Na avaliação de projeto concessionários, há muitas técnicas de avaliação econômico-financeira, dentre elas — a mais conhecida — o método da taxa interna de retorno (TIR). A partir da projeção do fluxo de caixa (a estimativa do valor contábil de cada balanço anual), é possível descobrir a taxa de desconto que iguale o valor dos investimentos ao valor de todas as receitas a serem auferidas ao longo da operação.

A título de exemplo, se um investimento hipotético, que requer o dispêndio inicial de R\$1.000,00, prometer pagar R\$200,00 ao longo de dez anos, então, qual será a taxa de juros que iguale — a valor presente — o fluxo de caixa de todo

por meio de uma constante de proporcionalidade, do mesmo modo que as inumeráveis cenas de um filme são encadeadas por seu enredo.

⁹ *De grão em grão, a galinha enche o papo.*

esses pagamentos ao gasto inicialmente realizado? Com o auxílio de uma calculadora financeira, a resposta será uma taxa de juros de 15,10% ao ano. O resultado dessa operação, financeiramente, é chamado de taxa interna de retorno (TIR).

Nesse sentido, o projeto concessionário, a partir da estimativa de seu fluxo de caixa, possui uma determinada taxa de desconto que mantém a identidade — a valor presente — entre os investimentos iniciais e as receitas futuras, de modo que não haja criação nem destruição de valor do capital aportado no projeto, mas apenas e tão somente sua conservação. Portanto, se a TIR for negativa, o investimento é inviável e depreciará o capital despendido mas, ao contrário, se a TIR for maior que zero, o projeto então será capaz de criar valor por meio da prestação dos serviços públicos.

V. CONCLUSÃO

Por conta de suas peculiaridades econômico-financeiras, os contratos administrativos de longo prazo não podem ser equiparados aos contratos que são ordinariamente estabelecidos no mundo jurídico. A razão dessa distinção está na impossibilidade de aplicação da justiça comutativa a relações jurídicas cujas variáveis sejam sobremodo variáveis.

À vista dessa situação, esta pesquisa concluiu que o critério de justiça em contratos de concessão é distributivo, cuja razão de proporcionalidade é a taxa de desconto que seja capaz de igualar os investimentos realizados às receitas auferidas ao longo de toda a gestão do serviço público, sendo esta a regra básica de remuneração do parceiro privado.

Quanto às partes da justiça distributiva, de um lado está a Administração Pública que estabelece a taxa interna de retorno do projeto concessionário e, de outro, está a pessoa jurídica de direito privado que auferir os recursos por meio da prestação dos serviços públicos. Nesse sentido, a estimativa do fluxo de caixa de uma concessão pode ser avaliada por meio de uma rentabilidade pré-estabelecida (que é uma taxa de juros).

Desse modo, a solução para o problema da natureza dos contratos de concessão, à luz de seu equilíbrio econômico-financeiro, está no famigerado Livro V da “Ética a Nicômaco” de Aristóteles, que oferece um conceito claro para a compreensão dessa questão de direito administrativo, que ainda hoje é objeto de discussão entre os juristas¹⁰.

¹⁰ LOUREIRO, Gustavo Kaercher; NÓBREGA, Marcos. **Equilíbrio econômico-financeiro de concessões à luz de um exame de caso**: incompletude contratual, não ergodicidade e incerteza estratégica. [s.d.] Disponível em: <https://www.academia.edu/44439244/EQUIL%C3%84BRIO_ECON%C3%94MICO_FINANCEIRO_DE_CONCESS%C3%94ES_%C3%80_LUZ_DE_UM_EXAME_DE_CASO_INCOMPLETUDE_CONTRATUAL_N%C3%83O_ERGODICIDADE_E_INCERTEZA_ES-TRAT%C3%89GICA>. Acesso em 22 abr. 2023.

CAPÍTULO 9

POLÍTICAS PÚBLICAS E ATIVISMO JUDICIAL: REFLEXÕES SOBRE A RELAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Carla Noura Teixeira
Fernando Gustavo Knoerr
Mauro Augusto Ferreira da Fonseca Junior
Viviane Coêlho de Séllos Knoerr

1. INTRODUÇÃO

Nos tempos atuais da fenomenologia do campo jurídico brasileiro tem-se o ativismo judicial como um fator e objeto constante de estudo, dado a sua grande influência e utilização pela função Judiciária do Estado, o qual torna seu estudo quase que obrigatório pelos pesquisadores do Direito.

Ressalvada a sua origem ou adequação ao sistema jurídico brasileiro, o ativismo judicial se tornou uma prática corriqueira nos mais diversos ramos do Direito, invadindo não somente as funções típicas de julgar, mas também as de legislar e executar as demais funções do Estado. Para o bem ou para o mal o seu uso tem ultrapassado fronteiras seja do Direito Público ou do Direito Privado.

De todo modo, tem surgido diversas teorias ou interpretações da possibilidade ou não de haver o ativismo judicial dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Independentemente da dissensão, verifica-se a utilização de maneira constante pelos Tribunais, determinando, portanto, que realmente se deva considerar é: como ele está sendo utilizado? E quais limites devem ser traçados a essa intervenção, face ao princípio mor da Constituição Federal de 1988, qual seja a separação de funções?

Nesse sentido, a Administração Pública acaba por sofrer, também, certo nível de intervenção. Tal intervenção ocorre nas Políticas Públicas.

A problemática em si, encontra-se no modelo adotado de ativismo que interfere nas políticas públicas, em outras palavras, a Administração Pública

tem, por meio das políticas públicas, a possibilidade de atuar concretamente na sociedade, é por elas que a Administração tem a discricionariedade em sua função, escolhendo as prioridades e podendo efetivar os Direitos Sociais seja por ações imediatas ou programáticas.

Quando há intervenção neste campo de atuação, a Administração Pública tem a sua função típica restrita ou ainda engessada pelo Judiciário, uma vez que este, passa a administrar as políticas públicas, implantando o que entende como necessária sem ter o domínio técnico da administração, decidindo apenas com base no olhar jurídico e de efetivação de Direitos, o que por vezes gera desvios na atuação dos Poderes Republicanos e tensões na atuação da Administração Pública.

As consequências de tal atuação são abrangentes. Do ponto de vista pragmático, talvez o primeiro grande impacto seja no orçamento do Estado, visto que na falta de um domínio técnico de orçamento estatal, o Judiciário acaba pode decidir sem saber da viabilidade ou mecanismo do Estado para prover a política pública em si, ao que pese, efetivar Direitos Sociais é um custo elevado.

Em outro lado, o dogmático, há uma ingerência da função Judiciária na Administração Pública em sua função típica, qual seja a intervenção direta do ato administrativo, uma vez que as Políticas Públicas são concretizadas por meio de atos da Função Administrativa, interferir no ato em si é interferir na discricionariedade, não somente no controle de legalidade mas sim na escolha que o Administrador tem em realizar determinada Política Pública, em outras palavras o mérito administrativo do ato.

Ainda do ponto de vista dogmático, há de se considerar a falta de legitimidade da Função Judiciária para decidir e implantar políticas públicas, os interesses da população são autorizados na medida em que ela escolhe seus administradores, que por sua vez, passam a ter legitimidade para decidir e implantar as políticas, pois em tese pela população estariam autorizados.

Em outro viés, é possível verificar a defesa de tal intervenção, sob o argumento principal que o Judiciário acaba por ser o único mecanismo de controle e de real efetivação dos Direitos Sociais, não só do ponto de vista do controle da legalidade do ato, mas por se tratar de Direito Social e por consequência Direito Fundamental, as políticas públicas estão no domínio de agir da função judicial.

De todo modo, seja qual argumento se queira utilizar, observa-se que o ativismo judicial nas políticas públicas deve ser enfrentando, talvez não para justificá-lo ou para proibi-lo - como dito acima não importar tanto discutir a sua possibilidade sendo que ele já ocorre de maneira frequente -, mas sim para tentar estabelecer o limite adequado da sua atuação.

2. O QUE É POLÍTICA PÚBLICA? UM CONCEITO COMPLEXO

Conceituar Políticas Públicas não é, nem de longe, uma tarefa simples. Não por falta de material ou arcabouço dogmático para se procurar ou perquirir um conceito. O problema reside ao fato de que as Políticas Públicas são um mecanismo complexo, a qual a Administração Pública tem para agir e efetivar Direitos Sociais e assim engloba vários fatores programáticos antes de ser colocado em prática, sob o risco de tal política ser não efetiva diante da realidade social.

A fim de iniciar essa discussão volta-se as afirmações trazidas por Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 1):

As políticas públicas constituem temática oriunda da Ciência Política e da Ciência da Administração Pública. Seu campo de interesse – as relações entre a política a ação do Poder Público – tem sido tratado até hoje, na Ciência do Direito, no âmbito da Teoria do Estado, do direito constitucional, do direito administrativo ou do direito financeiro. Na verdade, o fenômeno do direito, especialmente o direito público, inteiramente permeado pelos valores e pela dinâmica da política. Daí ser compreensível, num primeiro momento, certa resistência ao que parece, à primeira vista, um modismo. Não obstante, definir as políticas públicas como campo de estudo jurídico é um movimento que faz parte de uma abertura do direito para a interdisciplinariedade. Alguns institutos e categorias jurídicas tradicionais, hoje despidos do seu sentido legitimador original, buscam outro sentido ou força restabelecendo contato com outras forma de conhecimento, dais quais vinham se apartando desde a caminhada positivista que se iniciou no século XIX.

O que se pode compreender é que as políticas públicas se materializam da simbiose da política com a efetiva ação do poder público, podendo ser um ramo do Direito Constitucional, teoria do Estado e Direito Administrativo, desse modo há a interdependência entre as políticas públicas e o Direito em si.

Todavia, o problema se origina que essa visão pressiona de forma concreta a questão de *em qual lugar normativo* as políticas públicas se enquadrariam no Direito positivo, visto que a pirâmide de Kelsen materializa o conteúdo normativo positivo e as políticas públicas, em primeira análise não teriam lugar. Dando assim, a primeira dificuldade concreta de conceituar Políticas Públicas, onde dogmaticamente ela estaria encaixada.

A materialização de Kelsen, pela Teoria Pura do Direito, não invalida outros sistemas básicos jurídicos, sistemas esses quem acomodam perfeitamente as Políticas Públicas com força normativa, o que só é possível devido ao seu caráter complexo e a sua interdisciplinaridade, haja vista a possibilidade de adquirir força positiva dos ramos do Direito em que se utilizar.

Ressalta-se que, talvez, o primeiro problema real do conceito dogmático âmbito das Políticas Públicas e seu encaixe no sistema jurídico seja o afastamento

do Direito Público com a realidade social dinâmica, de modo que não há um diálogo entre tais institutos, isto porque as novas organizações entre Estado, administração e sociedade não se encontram em sintonia, deixando a margem qualquer ideal de Política Pública e de Direitos sociais, o que de fato acontece visto que políticas públicas voltadas para assegurar os direitos sociais estão cada vez mais escassas e perdidas no meio de tantos atos administrativos desconectados com o realidade social.

Nesse sentido, volta-se ao início do tópico, o qual afirmou-se a necessidade das Políticas Públicas estarem alinhadas com a efetivação de Direitos Sociais, Direitos esses que representem os anseios sociais. Quando as Políticas Públicas não representam ou efetivam Direitos Sociais tem-se a grande chance de serem destinadas a fracassarem e gerar danos orçamentários imensos a Administração Pública, fato que, então, impõe certo nível de planejamento ao realizar Políticas Públicas. Ainda acerca da efetivação de Direitos Sociais por meios das Políticas Públicas, os Direitos Sociais funcionam como obrigações assumidas pelo Estado, sendo um método coercitivo para que este saia da inércia e promova a efetivação de tais Direitos.

As Políticas Públicas se apresentam como forma de concretizar os direitos humanos, sociais e individuais, visto que é por elas que o Estado terá a oportunidade de efetivá-las. Os Direitos Sociais, por sua vez, vem com o intuito de assegurar o pleno gozo dos Direitos individuais, os quais foram reforçados e ampliados pelos Direitos de Terceira Dimensão/Geração (Direitos Sociais), o que está bem delineado quando tais Direitos são usados para medir a posição do país no cenário mundial, sendo a participação do Estado indispensável nessa política.

Obviamente que no panorama de aplicação dos Direitos Sociais tem-se a necessidade de um Estado Intervencionista, sendo o modelo teórico para Direitos Sociais em maior ou menor grau de intervenção. (Maria Paula Dallari Bucci, 2006). É interessante notar o avanço do constitucionalismo na medida dos avanços dos Direitos Sociais, sendo a mais significativa a criação do Tribunal Constitucional Alemão de 1950, a fim de privilegiar os aspectos dos conflitos sociais e não somente dos particulares, criando uma força normativa da Constituição - não deixando apenas no plano abstrato.

No entanto, ocorre uma dificuldade na apreensão jurídica dos Direitos Sociais, porque sociedades com menor tradição de liberdades são mais atrasadas do ponto de vista do Direitos Sociais, implicando em uma tarefa constitucional maior desses Estados em dar efetividade aos Direitos Sociais, uma vez que as liberdades individuais vêm com o pleito de liberdade sociais invertendo a lógica dos direitos de primeira e terceira geração/dimensão.

O que se pretende representar, nesse momento, é a impossibilidade da dissociação das Políticas Públicas com os Direitos Sociais, observa-se que os

Direitos Sociais estão inseridos no conceito maior de Políticas Públicas e sem eles as Políticas podem vir a ser tornar vazias; ao fim, elas são uma forma de dar concretude a tais Direitos na forma do Estado e da Administração Pública.

Assim, nesse primeiro momento, resta que não há como colocar um conceito fechado para Políticas Públicas nem enquadrá-la em uma ramo do Direito Positivo, há uma impossibilidade de um conceito jurídico formal de políticas públicas, seja do ponto de vista normativo ou positivo, visto a abrangência e pluralidade de fatores que são difíceis de resumir em um conceito jurídico, além de tais fatores serem estranhos aos estudiosos do Direito.

Nesse viés, Maria Paula Dallari Bucci afirma que os elementos estranhos ao Direito das Políticas Públicas e trazê-los ao campo do Direito como forma de compreender tais políticas como um instrumento natural da ciência jurídica, diante da impossibilidade latente de um conceito fechado sobre o tema (2006, p. 25):

A existência de uma conceituação jurídico-formal aplicável ao trabalho com políticas públicas - e é disso que trata o presente trabalho se justificaria do ponto de vista da funcionalidade do direito, isto é, das condições de atuação dos vários agentes, públicos e privados, envolvidos na concretização dos direitos sociais e, mais que isso, em toda gama de intervenções do Estado sobre o âmbito privado. Embora estejamos raciocinando há algum tempo sobre a hipótese de um conceito de políticas públicas em direito, é plausível considerar que não haja um conceito jurídico de políticas públicas. Há apenas um conceito de que se servem os juristas (e os não juristas) como guia para o entendimento das políticas públicas e o trabalho nesse campo. Não há propriamente um conceito jurídico, uma vez que as categorias que estruturam o conceito são próprias ou da política ou da administração pública. Entretanto, se não há um conceito jurídico, deve haver, com certeza, uma metodologia jurídica. As tarefas dessa são descrever, compreender e analisar as políticas públicas, de modo a conceber as formas e processos jurídicos correspondentes.

Ainda sobre essa conceituação, observa-se que em uma ideia especial de Política Pública, ela acaba por recair no domínio puro da administração pública, do qual o Poder Judiciário não poderia ingerir (ativismo judicial), sendo o seu conceito, em um primeiro momento ligado a discricionariedade administrativa.

Na busca pelo conceito de Políticas Públicas, Felipe de Melo Fonte (2015), acaba por evidenciar outra peculiaridade. O autor volta ao texto Constitucional de 1988, encontra a miscelânea ocorrida na Constituição de 1988, a produção legislativa no âmbito das políticas públicas acabam por formar sistemas legais com vasta amplitude nos campos normativos, estabelecendo princípios, diretrizes e objetivos sem concretiza-los de forma efetiva. Logo, o que se tem é uma confusão legislativa o que não auxilia a fomentação de um conceito para políticas públicas.

De concreto e claro, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, observa-se a ADPF 45/DF o que se torna, um marco das Políticas Públicas quando o Ministro Celso de Mello, observa a necessidade da ação judicial para analisar a omissão administrativa, na garantia dos Direitos Fundamentais, desconstruindo a tese de reserva do possível - conformando assim o primeiro grande ato de ativismo judicial nas Políticas Públicas.

Tal marco, auxilia a compreensão do nível de intervenção que o STF está disposto a enfrentar ao dialogar com as políticas públicas, abordando questões como a discricionariedade da administração, bem como suas elaborações de programas para a sua efetividade.

Nesse panorama, a jurisprudência do STF relacionou critérios para que as políticas públicas sejam objeto de judicialização: primeiro deve versar sobre Direitos Fundamentais; efetiva omissão da política pública em si, e o argumento de orçamento não devem servir como justificativa para tal omissão. *A priori* as políticas públicas tendem a assegurar Direitos Fundamentais da primeira e terceira geração, mas ao pesquisar tal campo nos tribunais inferiores percebe-se que nos entendimentos de políticas públicas acabam por abranger todas as dimensões de Direitos Fundamentais.

Para tanto, a intervenção judicial em tais políticas se dará no campo dos Direitos Fundamentais no intuito de constranger a administração pública a realizar tais prestações. Assim sendo, Felipe de Melo Fontes afirma que quanto a definição de políticas públicas para os juristas, funcionam como meios para efetivar Direitos assistencialistas pelo Estado (2015, p. 48):

De modo geral, os estudiosos do direito tratam as políticas públicas como meios para a efetivação de direitos de cunho prestacional pelo Estado (objetivos sociais em sentido lato)⁵², sem embargo de sua importância para a efetivação de direitos não fundamentais. Esta assertiva vale inclusive para a doutrina estrangeira. Este é um ponto consensual entre os estudiosos do assunto que deve ser sublinhado, pois implica reconhecer nos direitos sociais e nos demais direitos fundamentais o objetivo final de algumas das políticas públicas executadas pelo Estado (certamente não de todas, frise-se, como será explicado adiante). Sendo possível atestar empiricamente a existência de meios idôneos e inidôneos para alcançar os resultados exigidos pela Constituição, é também aceitável, ao menos em tese, a construção de parâmetros de controle sobre esses meios, que sirvam no mínimo para afastar a utilização dos absolutamente ineptos.

Assim, pode surgir um novo conceito de Política Pública que são ações e programas que vem dar efetividade ao ordenamento jurídico dos quais necessitam de uma ação administrativa mais concreta. Sob esse conceito insurge, então, a primeira justificativa (possibilidade) do Poder Judiciário intervir nas Políticas Públicas, na medida que as Políticas funcionam como

ação de efetividade da Administração Pública, a sua omissão ou carência não prestação da ação exige um controle judicial para a garantia de Direitos Fundamentais representados pelos Direitos Sociais. Ressalta-se, apenas, que a partir do conceito adotado para Políticas Públicas, possa ser que venha a se justificar a chamada intervenção do Judiciário.

É interessante notar que o autor Felipe de Melo Fontes, ao colocar um conceito menos abstrato e mais concreto de Políticas Públicas, atenta ao fato de que elas são compostas por alguns elementos, sem os quais sua efetivação tende ao fracasso. Nesse ponto, há de se afirmar o caráter cíclico das políticas públicas, tendo em vista que elas não se colocam como solução a curto prazo. Novamente, Felipe de Melo Fontes, coloca esse procedimento de políticas públicas em quatro fase: a definição de agenda pública; formulação e escolha de agendas públicas; implementação da agenda pública; avaliação dos diversos órgãos administrativos competentes (2015, p. 57):

A ideia de que as políticas públicas englobam leis, diversos atos administrativos e fatos tendentes à realização de determinada finalidade imediatamente remete à noção de procedimento. Daí por que em sede doutrinária há o reconhecimento das etapas que dão ensejo à formação e execução das políticas públicas. Ademais, as políticas públicas são cíclicas porque dificilmente as questões que demandaram a sua concretização são solucionadas em curto prazo. Vale dizer que este corte pode não corresponder a momentos verdadeiramente estanques entre si, mas deve ser compreendido como uma tentativa de facilitar o estudo do tema, de modo que a organização proposta está sujeita a eventuais correções e críticas futuras. São identificadas, basicamente, quatro fases, que compreendem: (i) a definição da agenda pública; (ii) a formulação e escolha das políticas públicas; (iii) sua implementação pelo órgão competente; e (iv) avaliação pelos diversos mecanismos previstos na Constituição e nas leis.

No que diz respeito a definição de agenda pública, ela se defronta com a dificuldade jurídica de dizer o que deve ser demanda na agenda pública, visto que tal definição cabe aos membros do executivo e legislativo, eleitos, colocar o que é mais importante e efetivo para as demandas sociais.

De todo modo, a definição de agenda pública apresenta questões jurídicas interessantes. A primeira se relaciona com a abrangência dos grupos que tomam as decisões sobre políticas públicas, visto que na existência de um grupo minoritário as políticas ali voltadas não terão um caráter de desenvolvimento social por exemplo, mas em um sistema mais diversificado pode vir a acontecer políticas mais plurais e uni presente.

Em um segundo momento, tem-se a diferença entre agenda sistêmica e agenda formal. Enquanto a primeira há a pretensão de incluir políticas públicas na agenda institucional, a agenda formal acaba por criar tensões sociais

e políticas, na medida em que inclui tais políticas. Do ponto de vista jurídico, essa diferenciação se torna importante, pois o texto Constitucional tem o poder de minimizar conflitos de agendas e condicionar as suas inclusões. Todavia, cabe destacar que uma chamada agenda constitucional, não pode ingerir na tomada de decisão e de regulamentação da vida em sociedade, sob pena de estar sendo antidemocrática, ela funciona como uma regulamentação das discussões em cima das políticas públicas sem impor o seu conteúdo legal ou normativo.

A formulação e escolha de políticas públicas torna-se assim um tema mais corriqueiro a ciência jurídica. Nesse tocante, a formulação se dará efetivamente com base no princípio da legalidade do qual seus objetivos e diretrizes deverão estar de acordo com o ordenamento jurídico. Noção, essa, comum a toda a atividade administrativa.

O legislador deve, no uso da sua discricionariedade, atribuir as metas e o conteúdo da política pública a ser implementada, ficando restrito apenas do ponto de vista Constitucional. Logo, sua formulação ficaria adstrita a adequação ao ordenamento jurídico (princípio da legalidade) e os gastos previstos na lei orçamentaria.

Ainda nesse segundo fator, verifica-se a diferença entre a formulação de Políticas Públicas e a sua escolha. A primeira consiste em uma etapa prévia que envolve os atores sociais e os agentes políticos para a propositura de soluções aos problemas estatais, o que exige um maior grau de conhecimento administrativo por parte do legislador.

Em um segundo momento, de escolha, tem-se o método de escolha racional entre os agentes, privilegiando o máximo e eficiente da atuação da política e o método de custo benéfico da política, visto que o gasto orçamentário também se mostra relevante para essa escolha.

Seja qual for o modelo de tomada de decisão da política pública, ela surge com um ideal de que seus atores tomam como um acordo de vontade do qual se voltam todos os esforços para fazer o seu acontecimento, de forma viável e pragmática.

Apresentada e escolhida a política pública em si, passa-se a sua implementação, neste momento a administração pública passa, por meios de atos administrativos, a tomar medidas concretas a fim da concretização da política em si, sendo que a inobservância dos tratados firmados pela política pública pode vir a gerar responsabilidade a administração, latente ao controle judicial.

Ao avançar na análise, ou até mesmo, na busca do conceito complexo de Políticas Públicas, ressalta-se a difícil relação entre, a implementação das Políticas, orçamento e planejamento. O que se quer dizer com isso é que há uma efetiva relação entre os três, de modo que para se alcançar uma Política Pública concreta tem-se que se verificar tais fatores.

Para tanto, Gilberto Bercovici trabalha a diferença clara entre plano e planejamento para programar uma determinada Política Pública: (2006, p. 145):

O planejamento coordena, racionaliza e dá uma unidade de fins à atuação do Estado, diferenciando-se de uma intervenção conjuntural ou casuística. O plano é a expressão da política geral do Estado. É mais do que um programa, é um ato de direção política, pois determina a vontade estatal por meio de um conjunto de medidas coordenadas, não podendo limitar-se à mera enumeração de reivindicações. E por ser expressão desta vontade estatal, o plano deve estar de acordo com a ideologia constitucional adotada. O planejamento está, assim, sempre comprometido axiologicamente, tanto pela ideologia constitucional como pela busca da transformação do status quo econômico e social. Quando os interesses dominantes estão ligados à manutenção deste status quo, o planejamento e o desenvolvimento são esvaziados. Desta forma, não existe planejamento “neutro”, pois se trata de uma escolha entre várias possibilidades, escolha guiada por valores políticos e ideológicos, consagrados, no caso brasileiro, no texto constitucional. Desta forma, o planejamento, ainda, deve ser compreendido dentro do contexto de legitimação do Estado pela capacidade de realizar objetivos predeterminados (como os fixados pelo art. 3º da Constituição de 1988). O fundamento da idéia de planejamento é a perseguição de fins que alterem a situação econômica e social vívida naquele momento. É uma atuação do Estado voltada essencialmente para o futuro. O planejamento, embora tenha conteúdo técnico, é um processo político, especialmente nas sociedades que buscam a transformação das estruturas econômicas e sociais. Por meio do planejamento, é possível demonstrar a conexão entre estrutura política e estrutura econômica, que são interligadas. O planejamento visa a transformação ou consolidação de determinada estrutura econômico-social, portanto, de determinada estrutura política processo de planejamento começa e termina no âmbito das relações políticas, ainda mais em um regime federativo, como o brasileiro, em que o planejamento pressupõe um processo de negociação e decisão políticas entre os vários membros da Federação e setores sociais.

Em outras palavras, o planejamento compreende a coordenação e racionalização para alcançar um determinado fim almejado pelo Governo, o plano é genérico e funciona como uma diretriz de direção política, manifestado através da vontade do Governo, logo estaria ligada a uma ideologia constitucional por ele adotada.

Assim, o planejamento seria a junção da ideologia, firmada pelo plano, com o desejo de alteração da realidade econômica social do Estado, não existindo um planejamento totalmente neutro, uma vez que, para a sua escolha haverá ideias políticas e objetivos específicos pelo modelo de Estado que se almeja.

O objetivo final do planejamento acaba por ser o de alcançar um determinado fim que de fato altere a realidade social de maneira concreta, a fim de alterar a realidade futura ou prospectiva do Estado em questão.

Ainda sobre planejamento, cumpre lembrar que o planejamento visa a transformação ou consolidação de uma estrutura social econômica de modelo estatal. Tal procedimento de escolha ou desenvolvimento de planejamento se inicia em âmbito federativo em decisões políticas de vários entes da federação.

O interessante é para ocorrer uma concretização dos planos, faz-se necessário que os órgãos responsáveis da Administração Pública estejam integrados, sendo necessário não somente impor a esses órgãos que façam a integração, mas estruturá-los para que possam desempenhar tais obrigações, obrigações estas, fundamentais para o desenvolvimento social (contemplando todos os fatores já citados a cima).

Por fim, há de se comentar a importância do orçamento no conceito de Políticas Públicas.

Nesse fator, em específico, não se busca análises mais profundas por motivos puramente epistemológico do presente ensaio. Cumpre apenas afirmar que para ocorrer qualquer plano, planejamento de uma determinada Política Pública, se faz necessário um orçamento previamente definido, isto porque a realização de tais Políticas demanda recursos, a sua implementação de qualquer natureza tem um custo elevado, de modo que a não separação prévia de orçamento tende a não ocorrer uma implementação concreta da Política em si.

A determinação de um orçamento está inclusa no processo do plano da Política, sendo ele um fator inerente a qualquer Política e de qualquer natureza, sendo imperioso o mínimo necessário para a sua correta implementação.

Desse modo, ao trazer a perspectiva desses três autores, se quis demonstrar a complexidade de fomentação do conceito de Política Pública, seja do ponto de vista dogmático ou pragmático. Todavia o que se pode extrair a de tal observação é que Políticas Públicas são um conjunto de ações programáticas realizadas pela Administração Pública com o objetivo de implementar Direitos Fundamentais, por meio dos Direitos Sociais, das quais não existem sem uma coordenação de orçamento, planejamento e da discricionariedade do Administrador ao fazer a escolha do Direito Sociais a ser efetivado, ao conjugar esses fatores pode-se alcançar uma Política Pública efetiva, daí a caracterização, *ab initio*, de um conceito complexo.

3. ATIVISMO JUDICIAL: A INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No início do presente trabalho, fora colocado a problemática atual do Judiciário brasileiro com a sua interferência nos mais diversos ramos do Direito. Na maioria das oportunidades a justificativa de tal intervenção passa pela argumentação pública da busca pela efetividade de Direitos Fundamentais que formam positivados no texto Constitucional e não são garantidos pelas outras

funções do Estado, logo na omissão o Judiciário atuaria de maneira mais contundente, exercendo uma função atípica.

É possível, enumerar alguns motivos para o crescente uso do ativismo judicial, desde motivos hermenêuticos, da concepção sistema jurídico brasileiro ou até mesmo de legitimidade da função judiciária para atuar. Entretanto, respeitando o corte epistemológico de intervenção na Administração Pública, serão levantados apenas pontos que condicionam a sua intervenção na Administração.

Para tanto, a de ser recorrer aos estudos de Roberto Omar Berizonce (2010). Nele é possível traçar um panorama sobre o fenômeno do ativismo judicial e como ele vem interferindo na Administração Pública. Entende-se que a crescente ocorrência de fenômenos e conflitos paralelos, novos a realidade jurídica, tem aumentado o ativismo jurídico, e, portanto, revelado o caminho para a participação do Governo através da incidência das Políticas Públicas.

Há de se aliar, nesse contexto, a missão dos juízes em um contexto de crescente fragilidade normativa (Roberto Omar Berizonce, 2010), vez que na omissão normativa, como dito acima, é que cresce o intervencionismo dos juízes face as demandas que lhe são apresentadas.

É possível elencar 6 fatores genéricos que vem reforçar esse entendimento, quais sejam: i) Aumento do Conhecimento e busca por Direitos Subjetivos, logo aumenta-se a judicialização de demandas; ii) A inflação legislativa tem por consequência que os juízes adquiram funções atípicas de pacificar conflitos, legislar e administrar; iii) Análise administrativa; iv) Criação de mecanismo de controle coletivo como pressuposto para efetivação de justiça de bens difusos e coletivos; v) Exigência pela resolução de demandas de forma mais rápida, tem por consequência lesões ao reconhecimento de garantias específicas; vi) O fenômeno da globalização das leis fez com que outros ordenamentos incluíssem mecanismos estranhos ao seu sistema jurídico; (Roberto Omar Berizonce, 2010).

No primeiro momento fica claro que quanto mais o Estado positiva Direitos Sociais, abre-se a oportunidade de pleiteá-los por meio dos chamados Direitos Subjetivos, e logo, o meio adequado para tanto é o Judiciário, do qual observa que há previsão legislativa para tanto e assim aplica, não somente como ordem mandamental de fazer, mas impondo a Administração Pública qual o meio e a forma a qual deve ser aplicada para melhor fazer a implementação do Direito Social.

Passando a inflação legislativa, este parece ser um grave problema do Sistema Jurídico, isto porque o inchaço de leis ou mandamentos legais tende a criar mais mecanismos de atuação para o Judiciário, tendo em vista que qualquer possível violação recairia no Judiciário ampliando, assim, a sua capacidade em atuar na Administração em si.

A análise administrativa, talvez a mais interessante do ponto de vista da intervenção administrativa, se resume ao fato de que o Judiciário estará sujeito a rever os atos da Administração Pública, não somente quando eivados de legalidade, mas discutir o mérito administrativo, o que fere a separação das funções em si.

Um quarto ponto, a grande criação de mecanismos de controle coletivos, mais especificamente as ações coletivas, também permite que o Judiciário ganhe em intervenção, na medida em que amplia a gama de discussão para os Direitos Sociais, quais, também são Direitos Fundamentais.

A maior busca por efetivação de Direitos cria maiores demandas judiciais, maiores demandas judiciais, geram acúmulos de ações, que por sua vez sobrelotam os juízes, e aumentam o tempo de processamento das ações. Os portadores de Direitos Subjetivos criam uma expectativa por uma resolução mais célere de suas demandas e pressionam por rapidez no processamento, para dar essa resposta tende o Judiciário a suprimir determinado Direito face a essa resposta e assim ampliar o seu grau de intervenção.

Por fim, a globalização e internacionalização dos Direitos, tende a mostrar ordenamentos que funcionam de forma distintas mas que são eficazes face a problemáticas vividas, entretanto nem todos os meios utilizados nesses sistemas internacionais condizem no sistema em que se querem implantá-los, é então que o Judiciário se utiliza desses mecanismos internacionais em sistemas incompatíveis apenas para dar uma resposta jurisdicional, o que amplia a sua intervenção e por consequência o ativismo judicial.

Essa perspectiva, ocorre diante do fenômeno da judicialização de conflitos. Nele a ocorrência de mudanças e interesses sociais, sejam em culturas ou em valores sociais, tendem a tornar as relações familiar, social mais complexas, sendo que essas complexidades tendem a exigir material legal para a sua resolução, o que nem sempre acompanha tal evolução, havendo o conflito real, a judicialização dessas demandas se tornam necessárias, mas exigem maior complexidade para solução e efetivação da justiça.

É então que surge a “desconstitucionalização”, pois os órgãos públicos não conseguem cumprir os mandamentos da lei fundamental, o que ocasiona as decisões dos juízes proferidas em casos individuais funcionem como mandamentos ou pronunciamento em políticas públicas (Roberto Omar Berizonce, 2010).

Em outras palavras, a omissão dos outros poderes, tendem a cair no Poder Judiciário, para resolver de maneira emergencial e imediata, obrigando o Poder Judiciário a utilizar de outras funções a fazerem o seu papel, podendo citar o chamado “Poder de substituição”, pois dada a omissão dos poderes políticos, o Poder Judiciário, por meio de seus membros, tem a oportunidade de participar das políticas públicas. (Roberto Omar Berizonce, 2010).

Com essa nova característica do Poder Judiciário, a sociedade passou a esperar mais responsabilidade dos juízes. A ascensão do estado do bem-estar social, colocou em foco o reconhecimento de novos Direitos Sociais e grupos sociais, antes esquecidos, sendo que o Judiciário passou a ter o equilíbrio nas funções públicas, bem como nas crescentes participações sociais. Logo as decisões ampliam-se seu espectro, passando a assegurar o bem-estar desses novos grupos sociais, sendo a atividade jurisdicional de total interesse dessas classes.

O que se quis reforçar, nesse tópico em especial, é a ocorrência em grande escala do ativismo judicial e a sua interferência na Administração Pública. Nesse sentido, pode-se dizer que todos os juízes são “ativistas”: a política é uma característica inerente à missão jurisdicional, que é feita por meio da sentença. O próprio ato político ao mesmo tempo em que é ditado em nome do Estado; contém uma decisão que escolhe entre várias alternativas, que a estabelece como um ato; e, implica uma programação de comportamento social. Naturalmente, política não significa partidarismo e setorização; além disso, o Judiciário composto de todos os juízes é também um poder político, pelo menos como um órgão do Estado e pelas funções que lhe são atribuídas.

4. ATIVISMO JUDICIAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Observado os principais motivos que tem levado o crescente aumento do chamado Ativismo Judicial, cabe agora verificar como ele ocorre dentro das Políticas Públicas. Como apresentado no conceito, as Políticas Públicas são meios pelo qual a Administração tem para efetivar Direitos Sociais, Direitos Sociais estes que são também Direitos Fundamentais, e, portanto, passíveis de serem analisados pelo Judiciário.

Ocorre que os controles de constitucionalidade e de convencionalidade dos atos dos demais poderes do Estado, se sustentam na interpretação criativa dos preceitos constitucionais que pressupõe um pronunciamento declaratório de confronto das normas legais e regulamentares com as normas constitucionais e nos tratados e convenções que tem como objeto, a supremacia da Constituição. (Roberto Omar Berizonce, 2010).

A interpretação constitucional, o juiz parte de um fundamento racional, o qual sustenta e reconhece certos pressupostos materiais e metodológicos que limitam o âmbito da discricionariedade e excluem o voluntarismo e subjetivismo, que poderiam levar à arbitrariedade.

É então que surge o consequencialismo como pressuposto do pronunciamento judicial que consiste na verificação dos resultados a que a exegese se dirige, o caso concreto, por vezes vinculado à análise econômica do direito. E, a motivação persuasiva que é condição essencial de sua validade e que se encontra nos princípios democráticos e republicanos.

Quanto mais se desdobra o ativismo judicial, deve o juiz buscar sempre uma valiosa interpretação das normas e seus objetivos, não renunciando ao valor ético do justo.

É por isso que deve-se considerar que o objeto das políticas públicas, não cabe ao Parlamento, e sim a eleição dos meios adequados, com respeito ao princípio da supremacia da Constituição e à natureza jurídica e vinculatividade das disposições de direitos sociais.

É claro onde o problema reside, qual seja, a legitimidade do juiz do controle judicial de constitucionalidade da decisão da maioria parlamentar, diante do caráter contra majoritário do Poder Judicial, cujo controle se exerce não em nome da vontade da maioria prevalecente, e sim contra ela.

No que se refere ao Parlamento, Roberto Omar Berizonce (2010), cita teorias de legitimidade do Poder Judicial de controle das decisões parlamentares: a textualista (Scalia), que sujeita a legitimidade da jurisdição na literalidade das normas constitucionais; procedimentalista, (Habermas, Hart, Ely, Fazzalari), para a qual a natureza aberta dos preceitos constitucionais, admite várias matizes, a legitimidade da jurisdição, pelo seu papel de reforço do processo democrático de elaboração da lei para corrigir eventual desvio no processo de representação popular; substancialista (Dworkin, Tribe), que encontram na legitimidade, o conteúdo substancial de direitos fundamentais, onde o fim da jurisdição é a concretude dos valores contidos na Constituição (mandamentos de tutela), que impõem ao juiz o dever de suprir toda a omissão e a insuficiência de proteção devida pelo Legislador. Deixando assim bem claros os possíveis limites de intervenção.

No que diz respeito às Políticas Públicas em si, pode-se dizer que os três vértices que temos analisado - o fenômeno da judicialização, o ativismo dos juízes e seu envolvimento nas políticas públicas se confundem nos conflitos denominados de interesse público ou estratégico que são aqueles que vinculam os direitos coletivos em geral, e especialmente as questões institucionais.

Os direitos coletivos gozam de instrumentos processuais proteção coletiva, habeas corpus coletivo, mas também é verdade que intermediário de ações individuais, dada a natureza expansiva do *res judicata* que recai em 4 características típicas de conflitos de interesses públicos, quais sejam: (1) ordem e instrução da causa, caracterizada por ativismo processual e extensão dos poderes do juiz em especial em ditar demandas emergenciais; (2) os diálogos como métodos: a busca de soluções consensuais para a controvérsia e, por outro, reservar essa função árbitro entre os interesses em conflito; (3) a decisão judicial não está esgotada em um crivo que resolve o conflito com o passado, mas é comumente projetada para o futuro e muitas vezes tende a influenciar políticas do setor envolvido; (4) o “diálogo”, após a sentença, sobrevive e se aprofunda para facilitar a cumprimento ou a execução da decisão, enquanto o tribunal escalonou o seu pronunciamentos com esse objetivo. (Roberto Omar Berizonce, 2010).

O que se pode, em um primeiro momento concluir é os desafios postos ao crescimento do ativismo judicial e a intervenção nas políticas pública nas últimas décadas e especialmente após a reforma constitucional de 1994, assente a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com a substancialização dos direitos e a ascensão de suas garantias, constituíram solo propício ao desenvolvimento do ativismo judicial entre os operadores jurídicos (juízes e os advogados). Impulsionados pelas associações de base social, devendo a jurisdição responder criativamente e ao mesmo tempo, com a expansão dos direitos substantivos, aperfeiçoar as regulações processuais orgânicas, abrindo novos e promissores canais de tutela de direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais em uma instituição democrática e republicana, salvaguardando o ativismo judicial e evitando um “governo de juízes”, a partir de um diálogo interinstitucional.

Em uma outra perspectiva, ressalta-se ao fato (análise) processual do ativismo judicial nas Políticas Públicas.

No que concerne esse aspecto, deve-se lembrar da ADPF 45 do qual colocou alguns requisitos para ocorrer a intervenção no âmbito das Políticas Públicas. Nesse sentido, a posição do STF, manifestada por um de seus mais sensíveis Ministros, é a de que são necessários alguns requisitos, para que o Judiciário intervenha no controle de políticas públicas, até como imperativo ético-jurídico: o limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido ao cidadão; a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Examinem-se esses requisitos, que traçam o pressuposto e os limites e para a intervenção do Judiciário nas políticas públicas.

Nesse ponto, os direitos cuja observância constitui objetivo fundamental do Estado (art. 3º da CF), e cuja implementação exige a formulação de políticas públicas, apresentam um núcleo central, ou núcleo duro, que assegure o mínimo existencial necessário a garantir a dignidade humana.

O mínimo existencial é considerado um direito às condições mínimas de existência humana digna que exige prestações positivas por parte do Estado: A dignidade humana e as condições materiais de existência não podem retroceder aquém de um mínimo.

O mínimo existencial como condições básicas para a existência e corresponde à parte do princípio da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer eficácia jurídica e simétrica, podendo ser exigida judicialmente em caso de inobservância.

Costuma-se incluir no mínimo existencial, entre outros, o direito à educação fundamental, o direito à saúde básica, o saneamento básico, a concessão de assistência social, a tutela do ambiente, o acesso à justiça.

O mínimo existencial corresponde, assim, à imediata judicialização dos direitos, independentemente da existência de lei ou de atuação administrativa, constituindo, mais do que um limite, um verdadeiro pressuposto para a eficácia imediata e direta dos princípios e regras constitucionais, incluindo as normas programáticas, que deveriam ser implementadas por lei. (Ada Pellegrini Grinover, 2013).

Desta feita, a intervenção judicial nas políticas públicas só poderá ocorrer em situações em que ficar demonstrada a não razoabilidade do ato discricionário praticado pelo Poder Público, devendo o juiz pautar sua análise em atenção ao princípio da proporcionalidade.

Por outro lado, a reserva do possível estará ligada ao Estado. A implementação de uma política pública depende, em primeiro lugar, de disponibilidade da chamada reserva do possível. É a justificativa mais usual da Administração para a omissão reside exatamente no argumento de que inexistem verbas para implementá-la.

Observe-se, em primeiro lugar, que não será suficiente a alegação, pelo Poder Público, de falta de recursos. Esta deverá ser provada, pela própria Administração, vigorando nesse campo quer a regra da inversão do ônus da prova aplicável por analogia, quer a regra da distribuição dinâmica do ônus da prova, que flexibiliza o antigo art. 333, CPC, para atribuir a carga da prova a parte que estiver mais próxima dos fatos e tiver mais facilidade de prová-los. (Ada Pellegrini Grinover, 2013).

O Judiciário, em face da insuficiência de recursos e de falta de previsão orçamentária, devidamente comprovadas, determinará ao Poder Público que faça constar da próxima proposta orçamentária a verba necessária à implementação da política pública. Com a lei orçamentária não é vinculante, permitindo transposição de verbas, o Judiciário também determinará, em caso de descumprimento do orçamento, a obrigação de fazer consistente na implementação de determinada Política Pública (ponto esse discutido no primeiro tópico do trabalho).

Desse modo, frequentemente a “reserva do possível” pode levar o Judiciário a condenação da Administração a duas obrigações de fazer a inclusão no orçamento da verba necessária ao adimplemento da obrigação e à obrigação de aplicar a verba para o adimplemento da obrigação.

O juiz deve ser responsável pelo controle do cumprimento de sua sentença e poderá, para tanto, servir-se do poder de sub-rogação em pessoas que possam cuidar do cumprimento das obrigações que determinou. Trata-se então da reserva do possível sob o prisma orçamentário financeiro. No entanto, também será impossível ao administrador implementar uma nova política pública sem observância do prazo necessário para o devido planejamento. O juiz deverá estar atento também a essa necessidade, para garantir e acompanhar a exequibilidade de suas decisões.

Nessa visão do papel do juiz, o processo deverá obedecer a um novo modelo, com cognição ampliada, que permita ao magistrado dialogar com o administrador para obter todas as informações necessárias a uma sentença justa e equilibrada, que inclua o exame do orçamento e a compreensão do planejamento necessário à implementação da nova política pública.

A sociedade deverá ser ouvida em audiências públicas, admitindo-se a intervenção de *amicus curiae*. Caberá também ao juiz atentar para outras despesas que possam comprometer o mesmo orçamento, o que poderá ser feito pela reunião de processos em primeira ou segunda instância (Ada Pellegrini Grinover, 2013). Por esse panorama, o ativismo judicial nas Políticas Públicas, se daria exclusivamente por meio do processo, o qual permite tal intervenção.

O Poder Judiciário pode exercer o controle das políticas públicas é para aferir sua compatibilização com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. O controle não fere o princípio da separação dos Poderes, entendido como vedação de interferência recíproca no exercício das funções do Estado. Dentro de limites, o Judiciário pode intervir nas políticas públicas entendidas como programas e ações do Poder Público pretendendo atingir os objetivos fundamentais do Estado quer para implementá-las, quer para corrigi-las quando equivocadas.

Há um pressuposto e limites postos à intervenção do Judiciário em políticas públicas. O pressuposto, que autoriza a imediata judicialização é do direito, mesmo na ausência de lei ou de atuação administrativa, e a restrição à garantia do mínimo existencial. Constituem limites à intervenção: a razoabilidade da pretensão individual e social deduzida em face do Poder Público e a não razoabilidade da escolha da lei ou do agente público; a reserva do possível, entendida tanto em sentido orçamentário financeiro como em tempo necessário para o planejamento da nova política pública.

O juiz deverá utilizar um novo processo, com cognição mais profunda e ampliada e contraditório estimulado, colhendo informações da Administração para poder chegar a uma decisão mais justa, equilibrada e exequível. A estrita observância do pressuposto e dos limites acima indicados, assim como o correto entendimento do que sejam políticas públicas, são necessários e suficientes para coibir os excessos do Poder Judiciário.

Todas as espécies de ações na jurisdição constitucional e na jurisdição ordinária ações coletivas, individuais com efeitos coletivos, ou meramente individuais são idôneas a provocar o controle e a eventual intervenção do Judiciário nas políticas públicas.

Maior cuidado deverá ser tomado na observância do pressuposto e dos limites em relação às ações estritamente individuais, cujo acolhimento diminuirá a verba destinada à política pública geral, embora elas possam ter efeito positivo, incluindo sobre a ampliação da Política Pública.

O maior obstáculo a esse posicionamento reside no fato de que não há justificativa da intervenção adentrar no mérito do ato administrativo, em uma completa inversão a separação de funções do Estado, sendo o Judiciário um verdadeiro Poder de Substituição face aos outros elementos constitutivos do Estado; uma vez que ao adentrar no mérito administrativo o Judiciário faz escolhas do Administrador, inclusive escolhas morais, do que é ou não adequado para a sociedade, as chamadas escolhas de prioridades. Ademais, faz tais escolhas sem o devido conhecimento técnico orçamentário, intervindo apenas do ponto de vista de efetivação, daí a importância em determinar um limite a tal intervenção.

Por fim, exige que a justificação das decisões do Poder Judiciário em casos individuais seja sempre fundamentada em proposições universais que o juiz esteja disposto a adotar para identificar e decidir os casos semelhantes, independentemente do grau de generalidade ou de especificidade das premissas. (Guilherme Vale Brum, 2014).

Por mais específica que seja a situação, se ela tornar a ocorrer, o magistrado, em princípio, deverá dar à lide a mesma solução. A escolha entre proposições universalizadas, quando mais de uma for candidata a incidir no caso, será feita com base nos critérios de justificação de segunda ordem, os quais, justamente porque universalizáveis, são legitimados pela isonomia formal.

5. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

Como se pôde observar durante o presente artigo, com o propósito de delinear questões que envolvem intervenção e ativismo judicial nas Políticas Públicas, primeiro foi necessário entender o conceito de Políticas Públicas, a complexidade de preenchimento substancial, de modo a avançar na temática dos motivos que levam o Judiciário a ter uma postura ativista perante as Políticas Públicas.

A partir do conceito aqui proposto foi possível observar que não há Políticas Públicas sem orçamento, planejamento e discricionariedade, sendo todos estes fatores vindos de quem tem o domínio técnico para fazê-lo, qual seja a Administração Pública. De outro modo, atinentes à forma que a Administração Pública utiliza de seu poder para exercer atos administrativos com a finalidade de atender as necessidades públicas.

A partir do momento em que o Judiciário passa a interferir nas políticas públicas por meio do ativismo, tem-se um agente novo decidindo sobre atos omissivos ou comissivos da Administração Pública, mas que não tem – há que se reconhecer – o domínio técnico para tanto, qual seja, o orçamento, planejamento e discricionariedade administrativa.

Nesse sentido, endente-se que o limite para a atuação Judiciária é muito tênue, sendo os juízes muito tentados a ultrapassar qualquer que seja o limite determinado. O controle judicial dos Atos Administrativos permanece como

garantia de Direito Fundamental ao lado n.o poder geral *ad cautela* de verificação da moralidade da prática administrativa; contudo, a as atribuições destacadas no concerto constitucional aos Poderes Republicanos deve ser observado, bem como a discricionariedade da Administração Pública em casos motivados pelo orçamento e planejamento

As limitações institucionais do processo adjudicatório, decorrentes das elevadas restrições à participação, geralmente fazem dos demais processos melhores alternativas institucionais. Mas nem sempre. Nas situações em que a distribuição é invertida (de homogêneo para heterogêneo), por exemplo, o processo adjudicatório tem significativas vantagens em relação aos demais processos.

A independência do Judiciário, que costuma caracterizar o início e o fim das análises institucionais a respeito dos juízes, tem um preço elevado. Com o objetivo de promover independência e imparcialidade, bem como de mitigar males de um Judiciário sem compromisso com o povo, uma série de regras, procedimentos e práticas aumentam tanto os custos de participação no processo judicante que muitas questões sociais importantes, embora tratadas de forma ruim em outros lugares, não serão judicializadas. As mesmas regras e procedimentos diminuem a capacidade técnica dos juízes em relação aos funcionários das agências especializadas e restringem o acesso dos tribunais a informações importantes. O Judiciário, formal e hierarquizado, tem dificuldade em se expandir e as tensões resultantes da incapacidade de ampliar a oferta de serviços judiciais produz mecanismos de racionamento bastante problemáticos em termos de comparativos com outras instituições.

Traçados esses argumentos, sejam dogmáticos processuais ou pragmáticos, a separação de Funções dos Poderes bem como a Teoria dos Atos Administrativos, devem ser preservados e a análise de implementação e efetividade de Políticas Públicas, autorizando a intervenção judicial na preservação de Direitos Fundamentais não devem prescindir das demais formas de controle da Administração Pública.

REFERÊNCIAS

- BERCOVICI, GILBERTO. *Planejamento E Políticas Públicas: Por Uma Nova Compreensão Do Papel Do Estado*. São Paulo, Saraiva, 2006.
- BERIZONCE, Roberto Omar. *Activismo Judicial y Participation em La Construcción de las Políticas Públicas*. Bogotá Colômbia. Librería Ediciones Del Profesional Ltda. 2010.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Conceito de Política Pública em Direito*. São Paulo, Saraiva, 2006.
- BRUM, Guilherme Vale. *O Problema dos Limites da Interpretação na Judicialização de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2014.
- FONTES, Felipe de Melo. *Teoria das Políticas Públicas*. (in. Políticas Públicas e Direitos Fundamentais) São Paulo, Saraiva, 2015.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Controle Jurisdicional das Políticas Públicas*. São Paulo. Forense, 2013.

CAPÍTULO 10

A ESPETACULARIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E A PANDEMIA DO COVID 19

*Yasmin Sales Silva Cardoso
Arianne Brito Cal Athias*

A PANDEMIA DO COVID 19

O final do ano de 2019 e o início do ano de 2020, foram marcados pelo surgimento de um vírus, denominado *Sars - cov- 2*, onde o mundo rapidamente sofreu enormes mudanças, tanto no âmbito social quanto no econômico. E pouco tempo depois, com o alarmante número de infectados no mundo inteiro, se entendeu que na verdade se tratava de uma pandemia: a pandemia do Covid 19.

Nesse contexto global, foi estabelecida pelo governo federal brasileiro a Lei nº 13.979/20, que traçou as normas gerais de combate ao caos social que começava a se instalar a partir daquele momento.

A referida Lei estabelece logo em seu primeiro artigo os seus objetivos, e em seu segundo artigo trouxe as definições legais de isolamento social e quarentena. Bem como, em seu terceiro artigo estabeleceu as competências dos atos que deverão ser praticados nas esferas de cada um dos entes federativos, como podemos visualizar a seguir: Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas: I - isolamento; II - quarentena; V - exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver; VI - restrição excepcional e temporária (Lei nº 13.979/20).

Diante do estabelecido, fica claro, que o gestor local, seja ele estadual ou municipal, possui a competência legal tanto para definir quanto para executar, os atos que entender como necessários para controlar a propagação da pandemia e consequentemente o número de mortes. Contudo, verifica-se, que esse

é um dos principais problemas com relação a gestão pública nesse contexto pandêmico.

Posteriormente, essa Lei foi alterada pela Lei nº 14.035/20 de agosto de 2020, e ainda o houve o estabelecimento do Decreto nº 6/2020, que instituiu o estado de calamidade pública de 20 de março de 2020 até 31 de dezembro do mesmo ano.

No que pese, o estabelecimento dessas medidas pelo governo, um fato foi se tornando bastante preocupante durante o contexto que se estabeleceu no Brasil, que foi a possibilidade da administração pública fazer contratações diretas, com empresas que possivelmente seriam consideradas inabilitadas em um outro contexto. Bem como, a possibilidade de dispensa de licitações, havendo muitas vezes desvio de verba pública.

Nesse sentido, diante desses novos preceitos normativos estabelecidos, vale a seguinte observação: “ (...) não se deve confundir a necessidade de observância de preceitos normativos para a atuação estatal brasileira com a necessidade de regramentos excessivos. O que se requer não é quantidade e, sim, qualidade. Mas, não é o que ocorre!” (CARVALHO; VIANA; FERREIRA, 2020, p.37)

Verifica-se, que a Lei nº 13.979/20, que posteriormente foi alterada pela Lei nº 14.035/20, dispõe sobre a dispensa de licitação para aquisição ou contratação de bens, serviços, que perdurará enquanto continuar o estado de emergência imposto pela pandemia. E a medida provisória nº 961/2020 estabeleceu uma adequação nos limites de dispensa das licitações durante o período pandêmico.

Entretanto, como já mencionado, apesar dessas medidas objetivarem menor rigor legal para se tentar encontrar e tomar medidas necessárias, para controle de algo ainda desconhecido que é o vírus do *Sars Cov 2*, mais conhecido como Covid 19, em contramão proporcionou vários problemas e até mesmo prejuízos para a administração pública. Nesse sentido: “ Inovar legislativamente como uma medida de sanar “vícios burocráticos” da Lei de Licitações e Contratos, a fim de albergar a atuação da Administração Pública em um momento de crise, não nos parece uma medida acertada, pois não possibilita que o projeto seja bem elaborado e discutido de maneira contumaz, observando assim todos os seus efeitos de curto, médio e longo prazo” (CARVALHO; VIANA; FERREIRA, 2020, p.40).

Frisa-se, que em âmbito global ninguém estava preparado para as consequências sem precedentes enfrentadas durante uma pandemia, sejam elas as decorrentes do número estrondoso de mortes e consequente colapso na saúde, ou até mesmo os diversos problemas econômicos, como o alto índice de desemprego e infração.

Desta forma, tentou-se tomar medidas que pudessem tonar o contexto menos catastrófico, se é, que isso é realmente possível. Nesse sentido, destaca-se que: “A atual situação de pandemia pelo COVID-19, não obstante se reconheça sua emergência, não é motivo suficiente para ultrapassar as disposições legislativas, impondo um regime de contratação direta específica, sem estudos

e análises precisas sobre a contratação; ao mesmo tempo em que tal cenário traz em si efeitos imprecisos sobre aplicação das normas e os efeitos dela decorrentes.” (CARVALHO; VIANA; FERREIRA, 2020,p.50).

Portanto, destaca-se que apesar do contexto de calamidade pública imposto pela pandemia do Covid 19 e, as consequentes mudanças e medidas que se mostraram necessárias para contenção da mesma, deve-se ter um maior respeito pelos princípios estabelecidos no ordenamento jurídico brasileiro, como o princípio da legalidade e do interesse público, fazendo com que a administração não se desvincule dos seus preceitos e objetivos bases para que as consequências sociais não sejam ainda piores, no cenário pós pandemia.

O CONFLITUOSO CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO

Nos últimos anos, o denominado interesse público, é algo que permeia várias justificativas políticas e jurídicas. Várias decisões são tomadas com o pretexto objetivo de procurar atender esse interesse, que seria um interesse da maioria das pessoas, ou um interesse coletivo.

Contudo, o que se percebe na maioria das vezes é que nem sempre isso de fato ocorre. Da mesma forma, esse conceito se mostra bastante vago e indeterminado, bem como, outro ponto chama atenção no atual contexto pandêmico que o mundo enfrenta: as razões que são de interesse público são consideradas um justo motivo para que ocorra rescisão unilateral de contratos administrativos.

Outrossim, entende-se, que conceituar conceitos jurídicos indeterminados, como é o caso de interesse público é algo delicado que demanda uma análise mais apurada no caso concreto, portanto: “Pode-se inferir que dois aspectos importantes atinentes aos conceitos jurídicos indeterminados são: sua ideia mutável e intimamente ligada com os valores sociais de cada época e consagrados em cada ordenamento jurídico e o fato de poder ser interpretado de acordo com esses valores e ordenamentos jurídicos. A análise do conceito de interesse público, portanto, é extremamente delicada” (GABARDO; REZENDE ,2017,p.278)

A partir disso, depreende-se que apesar de interesse público ser considerado como um conceito jurídico indeterminado, isso não significa que pode ser usado de qualquer forma ou em qualquer situação, pois ele possui uma função de existir: atender a vontade de uma determinada coletividade.

Nesse sentido, temos que: “é possível averiguar que o interesse público é um significante dotado de significado dentro do Direito, e não é um vazio que possibilite a imputação de qualquer razão que se faça conveniente a quem quer que seja, incluso aí o administrador” (GABARDO; REZENDE, 2017, p.309).

Outrossim, outro ponto que merece destaque é a atual “crise” que a noção de interesse público vem passando, que pode ser dividida em endógena e exógena, que nas palavras de Marques Neto (2002, p. 145-146), pode ser

entendida como: “Enquanto a crise endógena pode ser vista como uma crise de aplicação do conceito de interesse público, que evolui para uma crise de justificação, a crise exógena coloca-se inicialmente como uma crise de justificação (os fenômenos econômicos, sociais e políticos hodiernos desafiam a legitimidade do monopólio do poder político para dizer e efetivar o interesse geral), levando a uma crise operacional do conceito ”

Essa aferição sobre essas duas crises que o conceito de interesse público vem enfrentando nos últimos tempos, também proporciona a reflexão do fato de que atualmente se torna de certa forma inviável, a noção de interesse público como algo universal, que seja absoluto no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, destaca-se que: “Não se pode mais entender por interesse público algo tão genérico a ponto de se resumir ou pela negativa como interesses não privados ou a partir dos abstratos interesses definidos por um Estado plenipotenciário e distante dos reais interesses existentes no cada vez mais complexo corpo social. Ao nosso ver, deve-se hoje enfocar o interesse público como um elo de mediação de interesses privados dotados de legitimidade (MARQUES NETO, 2002, p.149)”

Desta forma, é importante atualmente que a administração pública possa adotar medidas que conversem com os diferentes interesses sociais, e não seja mais a única responsável por determinar o que seria de interesse público ou não. Sendo assim: “Temos posto que a Administração não é mais tutora exclusiva do interesse público, cuja supremacia sobre seu anverso (os interesses privados) conferia-lhe prerrogativas exorbitantes exercidas de forma autoritária” (MARQUES NETO, 2002, p.157).

A partir disso, denota-se que, infelizmente esse aspecto ficou bastante evidenciado com a atual pandemia do Covid 19, onde com a justificativa de controlar a pandemia e, conseqüentemente atender ao interesse público, vários administradores dos mais diversos entes federativos, tomaram medidas que na verdade atendiam muito mais interesses que não coincidiam com a vontade da população, ou que, não alcançaram a finalidade pretendida.

Um dos principais exemplos disso, foi a compra de respiradores por parte de vários estados brasileiros, para os hospitais de campanha de enfrentamento da pandemia. Que de forma bem visível, não se obteve a quantidade necessária para atender ao real número de pessoas que precisavam, o que certamente ocasionou a morte de milhares de cidadãos brasileiros.

A ESPETACULARIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO NA PANDEMIA DO COVID 19

O Direito Administrativo do espetáculo seria aquele muito mais vinculado a produção de uma realidade imaginária, que não atende de forma concreta aos anseios sociais, onde se está mais preocupado em que a sociedade acredite

em resultados que muitas vezes não existem, do que de fato garantir o interesse público, e consequentemente a efetivação de diversos direitos fundamentais.

A sociedade que vivencia esse Direito Administrativo do espetáculo, não se preocupa muito com dados concretos ou a efetiva implementação de políticas públicas, mas sim, com o imaginário, o fantasioso, propagado por gestores públicos que os encham de promessas e muitas vezes mentiras.

Nesse sentido, vale a seguinte reflexão: “ Não se trata de uma concepção paranóica, no sentido da existência de um grande projeto de manipulação global. A sociedade de espetáculo não é um instrumento de conquista e manutenção do poder por parte de um grupo de pessoas. Ao contrário, o espetáculo desenvolveu autonomamente e sem qualquer controle centralizado” (JUSTEN FILHO, 2009, p.3)

Bem como, de acordo com Guy Debord, que foi o expoente dessa noção de espetáculo no Direito, e de sociedade do espetáculo: “Enquanto parte da sociedade, o espetáculo concentra todo o olhar e toda a consciência. Por ser algo separado, ele é o foco do olhar iludido e da falsa consciência; a unificação que realiza não é outra coisa senão a linguagem oficial da separação generalizada” (DEBORD, 1992, p. 14).

Ressalta-se, que para os indivíduos que vivem nesse tipo de sociedade, o seu apoio ou participação nesse tipo de espetáculo não ocorre de forma obrigatória, muito pelo contrário, eles se sentem atraídos e coniventes com todo o enredo do espetáculo, não possuindo muitas vezes o senso crítico de diferenciar o que é real do que é imaginário, ou mais especificamente situando no contexto globalizado que vivemos, o que seria ou não *fake News*.

Desta forma: “ Todos os seres humanos participam voluntariamente desse espetáculo, exercitando uma espécie de papel numa representação coletiva. A indústria de entretenimento é apenas uma manifestação dessa concepção de espetáculo” (JUSTEN FILHO ,2009, p.3).

Especificamente sobre esse contexto globalizado, podemos destacar o número crescente de propagação de *Fake News*, como um forte aliado para a continuação e fortalecimento dessa sociedade do espetáculo. Sobre essa ligação, destaca-se que: “São inúmeros os escândalos proporcionados por publicações no facebook que se transformaram em virais e que, em um exame a posteriori, foram consideradas farsas. Desde montagens envolvendo políticos, com informações falsas até ditados ou citações que não são dos autores que aparecem nas fotos “(GOLDBERG, 2014, p.25)

Bem como: “Os conteúdos textuais públicos pelos facebook, dando conta dos assuntos mais diversos (de autoajuda á denúncias jornalísticas) mostram exatamente esse alargamento e em alguns casos o desaparecimento da fronteira entre uma realidade e uma aparência forçada (e forjada)” (GOLDBERG ,2014p.41).

Esse cenário, ficou ainda mais evidenciado no contexto social imposto pela pandemia do Covid 19, visto que, muitas pessoas desobedecem as medidas de contenção do vírus como uso de máscara e distanciamento social, ou até mesmo apoiam governantes que discursam de forma contrária ao recomendado pela OMS (Organização Mundial da Saúde), por acreditarem em falas e informações falaciosas.

A dicotomia entre o número assustador de mortes em todo mundo, com o também assustador número de festas e aglomerações clandestinas, nos mostra que muitas pessoas se sentem atraídas pela fantasia propagada do Covid 19 ser uma “gripezinha”, ou se sentem “desacreditadas” da realidade imposta pelo mesmo. Isso nos mostra, que o triste cenário imposto por essa pandemia é um grande espetáculo de desinformações “fantasiadas” de medidas de contenção.

A partir desse cenário, temos que: “O Estado não atua sobre o mundo real, mas produz ações na dimensão imaginária. Para isso, o Estado passa a se valer intensamente dos meios de comunicação, transmitindo ao mundo circundante informações puramente imaginárias” (JUSTEN FILHO, 2009, p.4).

Portanto, verifica-se que nesse contexto social, o melhor governo vai ser aquele que consegue realizar a mais intensa e adequada satisfação dos valores sociais fundamentais. Não havendo a necessidade de observação dos princípios e regras jurídicas, pois o mais importante é a capacidade de ocupar os espaços na imaginação da plateia, afinal a grande e maior virtude é produzir a imagem de um bom governante (JUSTEN FILHO, 2009, p.5).

A partir disso, temos que devido o Direito Administrativo ser um ramo do direito público, e consequentemente necessitar atender ao interesse público, ele se torna peça fundamental de funcionamento desse espetáculo, se tornando portanto: um Direito Administrado do espetáculo.

Nesse sentido, a atividade administrativa de espetáculo consiste na demonstração pública de grande entusiasmo governativo, assim os administradores públicos produzem de forma permanente informação à plateia relativas às ações imaginárias que produzem (JUSTEN FILHO, 2009, p.6).

Sobre o papel desse Direito Administrativo do espetáculo, destaca-se que: “O Direito Administrativo do espetáculo é um instrumento essencial para o Estado do espetáculo, eis que as ações imaginárias do governante envolvem a utilização de conceitos e expressões técnico científicas, que são recepcionadas pela plateia com um misto de desconhecimento e espanto. Ou seja, a afirmação formal de um “Estado de Direito” exige um instrumento jurídico para implementar a atividade de espetáculo” (JUSTEN FILHO, 2009, p.6).

Destaca-se, que para esse Direito Administrativo do espetáculo, não interessa que as pessoas realmente conheçam as reais escolhas e intenções dos governantes, muito pelo contrário, quanto maior for a “distorção” da realidade

é melhor. Nesse contexto, quanto menor for o interesse da população por ir atrás de informações com base científica é melhor.

Sob esse enfoque, o Direito Administrativo de espetáculo necessita gerar à população ou a sua plateia, uma imagem de controle, controle sobre a administração pública, mesmo que na realidade isso não ocorra, e nem tenha-se a pretensão que venha realmente a ocorrer.

Importante salientar, que para mudar esse preocupante cenário, o Direito Administrativo não pode perder de vista que quem deve ter protagonismo é o ser humano, é a busca pela efetivação de direitos e garantias fundamentais. A partir disso, o interesse individual dos ocupantes de cargo público devem ficar sem segundo plano.

Contudo, outro aspecto que deve ser levado em consideração é a justificativa de se agir em nome do interesse público, visto que como já foi mencionado, a conceituação de interesse público é algo muito vago, subjetivo, o que muitas vezes proporciona um desvio de finalidade por parte da administração pública.

Sobre essa dicotomia entre justificativas com base no interesse público e bem comum, e interesses puramente individuais, destaca-se que: “A capacidade humana para produzir o espetáculo é extraordinária e se manifesta em todos os fenômenos sociais. Essa capacidade compreende a racionalização de interesses individuais puramente egoísticos, revestindo-os com a feição de generosidade e desprendimento. Ouvimos, a todo instante, que algo se impõe como necessário para o Bem Público “(JUSTEN FILHO, 2009, p. 14).

Portanto, ressalta-se que é necessário avaliar no caso concreto, se as medidas tomadas pelo Estado são realmente para contribuir pelo prevalecimento do interesse público, e em que situações é aceitável a utilização dessas justificativas. Afinal, será que é moralmente justificável ir contra a efetivação de direitos fundamentais em nome desse dito interesse?

Fica claro, que para existir realmente o controle da pandemia do Covid 19 é necessário que todos contribuam, afinal diferente de um espetáculo, milhares de pessoas estão de fato perdendo a vida diariamente. Portanto, o Estado e consequentemente os gestores públicos, não podem esquecer do seu papel essencial nesse momento: atender as demandas sociais e contribuir para efetivação do direito fundamental à vida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer desse artigo, analisamos as principais normas adotadas pelo governo federal em combate a pandemia do Covid 19, como a Lei nº 13.979/20, que posteriormente foi alterada pela Lei nº 14.035/20, e o Decreto nº 6/2020. E posteriormente, foi analisado o conflituoso conceito de interesse

público e como ele é importante para a real compreensão de espetacularização do Direito Administrativo.

A partir desses tópicos, analisamos o que seria o Direito Administrativo do espetáculo e sociedade do espetáculo, e como atualmente a gestão pública está cada vez mais voltada em passar uma imagem de boa gestão, do que de fato proporcionar mudanças sociais.

Ficou claro, que essa sociedade do espetáculo acaba muitas vezes, sendo influenciada pelas mídias sociais, como a internet, e não se preocupa em analisar a fundo a gestão pública e, se as informações repassadas são ou não *fake News*, ou se não passam de promessas e mentiras propagadas pelo gestor público.

Denota-se, que existe uma estreita relação entre o conceito de interesse público com esse Direito Administrativo do espetáculo, visto que, muitas medidas que são adotadas no âmbito da administração pública, objetivam atender o que seria esse interesse público ou bem coletivo.

Contudo, esse conceito de interesse público não pode ser generalizado, não pode ser utilizado de qualquer forma ou em qualquer situação, nem todos os atos administrativos devem ser justificados de forma tão genérica, como vem ocorrendo. Afinal, isso ocasiona até mesmo uma insegurança jurídica.

Vale a reflexão se realmente em nome do interesse público deve-se deixar de lado a efetivação de direitos fundamentais, ou se tudo pode ser de fato justificado com base na ideia do que seria considerado como bem comum.

A partir dessa análise, temos que durante a pandemia do Covid 19, vem ocorrendo ainda mais essa espetacularização do Direito Administrativo, onde os gestores públicos estão mais preocupados em passar a imagem de controle da situação, do que em tomar medidas que realmente ajudem na contenção da mesma.

Portanto, para que realmente possa ocorrer um verdadeiro controle sobre as diversas consequências provadas pela pandemia não só no Brasil, mas em todo mundo, é fundamental que a população observe com mais rigor as ações que vem sendo tomadas pelos gestores públicos, e se torne cada vez mais participativa e, consciente de seu papel na sociedade, deixando de ser mera “telespectadora”.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Planalto. **Exposição de Motivos nº 00144/2020 ME**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-961-20.pdf. Acesso em: 20 dez.2020 BRASIL.

Planalto. **Emenda Constitucional nº 106/2020**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc106.htm. Acesso em: 20 dez.2020.

BRASIL. Senado Federal. **Sumário Executivo de Medida Provisória**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/sumarios-de-proposicoes/mpv926>. Acesso em: 21 dez. 2020.

CARVALHO, Dóris Evany Abreu; VIANA, Iasna Chaves; FERREIRA, Rebeca Gadelha. **As Contratações Públicas Diretas e os Impactos à Administração Pública: Sars Cov 2 e as consequentes inovações legislativas federais no ordenamento jurídico brasileiro nas linhas do pensamento complexo.** Direito - Brasil. 2. Direito ambiental - Brasil. 3. Ensino jurídico - Brasil. Disponível em: <https://www.uni7.edu.br/wp-content/uploads/2020/11/BELCHIOR-VIANA-org-Direito-complexidade-e-meio-ambiente-2020.pdf#page=34>. Acesso em: 05 jan.2021.

DEBORD, Guy. **Sociedade do espetáculo.** 3. ed., 1992. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobe-book/socespetaculo.pdf>. Acesso em: 15 dez 2020.

GABARDO, Emerson; REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro. **Revista Brasileira de Estudos Políticos** | Belo Horizonte | n. 115 | pp. 267-318 | jul./dez. 2017

GOLDBERG, Leonardo Andre Elwing. **Redes sociais "virtuais": O facebook na sociedade do espetáculo.** Dissertação apresentada à Universidade Mackenzie, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Educação, Arte e História da Cultura.SãoPaulo.2014.Disponívelem:<http://tede.mackenzie.br/jspui/bitstream/tede/1906/1/Leonardo%20Andre%20Elwing%20Goldberg.pdf>. Acesso em: 11 jan 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito administrativo de espetáculo.** Fórum Administrativo - Direito Público -FA, Belo Horizonte , ano 9, n.100, jun. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=57927>. Acesso em 02 jan.2021

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos.** São Paulo: Malheiros, 2002, p.144- 170.

CAPÍTULO 11

DISPENSA E INEXIGIBILIDADE NA NOVA LEI DE LICITAÇÃO

Ricardo Bezerra

A LEI 14.133 DE 1º DE ABRIL DE 2021 traz avanços e proporciona dúvidas quanto à sua aplicabilidade que só serão plenamente avaliadas com o uso pela Administração Pública das novas regras, já que tivemos a *vacatio legis* por 02 (dois) anos e poucos gestores públicos ousaram em aplicar a nova lei, principalmente, e alguns com a justificativa, da regulamentação que alguns artigos exigiam. Toda mudança ocasiona incertezas e apenas o tempo poderá responder aos anseios de Gestores Públicos, Artistas e Produtores Culturais quando tratamos de dispensa e inexigibilidade.

Os princípios que regem a administração pública (Legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, entre outros) nortearão as relações contratuais entre a Administração Pública e as Pessoas Físicas ou Jurídicas. Tudo, porém, irá surgir do documento de formalização da demanda mediante o planejamento do órgão, especificando as necessidades, passando a substituir diretamente o tão conhecido Termo de Referência, como peça inicial. O que faz chamar a atenção do referido documento é sua formatação e, principalmente, o planejamento anual que proporcionou o seu surgimento.

Outra novidade é quanto aos Agentes Públicos, onde se estabelece a *promoção da gestão por competência* pela autoridade máxima ou por quem seja designado pela organização, trazendo, assim, a responsabilidade ao Agente Público específico e identificado, impedindo suposições e impunidades. Tanto que estabelece um limite definido de parentesco para os Agentes Públicos envolvidos no procedimento licitatório e contratual, ou seja, todo Agente Público que tenha qualquer vínculo com o ato do processo licitatório ou de contrato (CPL, PREGOEIRO, JURÍDICO e CONTROLE INTERNO, entre outros) não poderá ter entre os licitantes *cônjuge ou companheiro de licitantes ou contratados habituais da Administração nem tenham com eles vínculo de parentesco, colateral*

ou por afinidade, até o terceiro grau, ou de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil. Esta vedação também se estende ao dirigente do Órgão e passa a ser requisito obrigatório do Edital, de forma *expressa*. Ressalta-se que esta vedação não se lê restritivo a Edital, mas para qualquer procedimento licitatório ou contratual, já que a Lei é de **LICITAÇÃO E CONTRATOS**.

O Agente Público passa, portanto, a *responder por contratação indevida ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro, solidariamente com o contratado pelo dano ao erário cabendo outras sanções*. Desta forma o Artista será tão responsável quanto o Agente Público pelos danos ao erário. Observando-se, ainda, que a contratação do Artista não se limita mais apenas ao pagamento do seu cachê, sendo obrigatório para a Administração Pública a *Divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) para eficácia e no prazo fixado o Cachê dos artistas, dos músicos ou da banda, do Transporte, da Hospedagem, da Infraestrutura, da Logística do evento e das demais despesas específicas*. Esta disposição legal irá proporcionar um maior rigor no controle dos gastos públicos já que todos os elementos precisam ser especificados.

Para fomentação artística o CONCURSO que é a *modalidade de licitação para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, cujo critério de julgamento será o de melhor técnica ou conteúdo artístico, e para concessão de prêmio ou remuneração ao vencedor* continua sendo uma política pública que garante isonomia e permite a valorização do artista. Lamentável foi que EXCLUIU O PRAZO MÍNIMO DE 45 DIAS DE ANTECEDÊNCIA DO EDITAL para sua divulgação, trazendo INCERTEZAS E INSEGURANÇA JURÍDICA. A *promoção da gestão por competência* pela autoridade máxima deverá aplicar a RAZOABILIDADE DE 30 DIAS AO MÍNIMO DE DIVULGAÇÃO, garantindo, assim, que as regras e condições mínimas previstas em Edital sejam de *qualificação exigida dos participantes; diretrizes e formas de apresentação do trabalho* (SURGE AQUI A QUESTÃO DO PRAZO DE DIVULGAÇÃO – CADA ÓRGÃO VAI INSERIR O PRAZO QUE LHE FOR CONVENIENTE causando a INSEGURANÇA JURÍDICA); e *condições de realização e o prêmio ou remuneração a ser concedida ao vencedor*.

O PREGÃO que é *modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto* tornou-se a modalidade obrigatória que já era prevista na Lei 12.462/2011 e terá como rito a ser aplicado as fases do processo de Licitação, ou seja, preparatória, divulgação, apresentação, julgamento, habilitação, recurso, homologação. E de forma inovadora será adotado *quando o objeto possuir padrões de desempenho e qualidade que possa ser objetivamente definido pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado*. Contudo, o *pregão não se aplica às contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e de obras e serviços de engenharia, ...*”. Porém, NÃO HÁ VEDAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE ARTISTAS por via do PREGÃO.

Outro procedimento inovador é o **DIÁLOGO COMPETITIVO** que é a *modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos* e que também poderá ser aplicado para contratação de artistas, não sendo, portanto, adequado por expor a imagem do artista e, possivelmente, ocasionar danos ao seu valor artístico (cachê).

A grande novidade e que era de forma Jurisprudencial aplicado pela Lei 8.666/93 na interpretação do art. 25, caput, é o **CREDENCIAMENTO** que é o *processo administrativo de chamamento público em que a Administração Pública convoca interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, se credenciem no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados*. ESTE VEM SER O PROCEDIMENTO DE POLÍTICA PÚBLICA QUE PODE TORNAR QUALQUER ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM VITRINE NA CONTRATAÇÃO DE ARTISTAS. Será um *Procedimento auxiliar* das Licitações e contratações que foi acolhido com base no art. 29 da Lei 12.462/2011 – Regime Diferenciado de Contratações Públicas – “RDC”. Assim, o *Credenciamento como procedimento auxiliar terá que obedecer a critérios claros e objetivos definidos em regulamento*.

O credenciamento poderá ser usado para Contratações que seja *paralela e não excludente: caso em que é viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas*; para seleção a critério de terceiros: caso em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação. Tendo como regra que *divulgar e manter à disposição do público, em sítio eletrônico oficial, edital de chamamento de interessados, de modo a permitir o cadastramento permanente de novos interessados*; adotando *critérios objetivos de distribuição da demanda* onde o **SORTEIO** é a forma mais **DEMOCRÁTICA E ISONÔMICA**. As regras deverão, também, *definir o valor da contratação; a cotação de mercado vigente no momento da contratação; veda o cometimento a terceiros do objeto contratado sem autorização expressa da Administração*; e, por último, permite *a denúncia por qualquer das partes nos prazos fixados no edital*.

O mundo eletrônico e digital extermina o uso do papel quanto aos Diários Oficiais impressos e em sua forma digital, valorizando e obrigando que a **PUBLICIDADE DOS ATOS** e **ATOS DIGITAIS** ocorram pelo *sítio eletrônico oficial: sítio da internet, certificado digitalmente por autoridade certificadora, no qual o ente federativo divulga de forma centralizada as informações e os serviços de governo digital dos seus órgãos e entidades*. Portanto, a *publicidade do edital* de licitação será realizada mediante divulgação e manutenção do inteiro teor do ato convocatório e de seus anexos no **Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP)**. Apenas, será *facultada a divulgação adicional e a manutenção do inteiro teor do edital e de seus anexos*

em sítio eletrônico oficial do ente federativo do órgão ou entidade responsável pela licitação ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, admitida, ainda, a divulgação direta a interessados devidamente cadastrados para esse fim.

No processo de contratação direta o *ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato* deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial. A AUTORIZAÇÃO E EXTRATO DO CONTRATO SÃO DOIS ATOS DISTINTOS E TERÃO QUE SER PUBLICADOS POR SEREM REALIZADOS EM PERÍODO TEMPORAL DIVERSO.

Os ATOS DIGITAIS terão que ser *preferencialmente digitais*, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico. Além de ser um tema novo ele ainda envolve a LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados que passa a ser um item a mais na *promoção da gestão por competência* considerando que a contratação de Artistas envolve, principalmente, DADOS SENSÍVEIS e os Agentes Públicos precisam ter zelo e cautela sobre os atos digitais.

Os Agentes Públicos, principalmente o dirigente máximo do órgão, terá que fortalecer seu PLANEJAMENTO na contratação de Artistas porque *a partir de documentos de formalização de demandas*, os órgãos responsáveis pelo planejamento de cada ente federativo poderão, na forma de regulamento, elaborar plano de contratações anual, com o objetivo de racionalizar as contratações dos órgãos e entidades sob sua competência, garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias.

A Lei veda qualquer outra forma de contratação, já que alguns Agentes Públicos ainda faziam contratos verbais, impondo que *os contratos e seus aditamentos terão forma escrita* e serão juntados ao processo que tiver dado origem à contratação, *divulgados e mantidos à disposição do público em sítio eletrônico oficial*. Ademais, *a divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) é condição indispensável para a eficácia do contrato e de seus aditamentos* e deverá ocorrer nos seguintes prazos, contados da data de sua assinatura: 10 (dez) dias úteis, no caso de contratação direta. Voltado, portanto, este estudo para CONTRATAÇÃO DE ARTISTAS a Lei estabelece que *a divulgação quando referente à contratação de profissional do setor artístico por inexigibilidade, deverá identificar os custos do cachê do artista, dos músicos ou da banda, quando houver, do transporte, da hospedagem, da infraestrutura, da logística do evento e das demais despesas específicas.*

Quando tratou a Lei de DOCUMENTOS E REGULARIDADE FISCAL para *prestação de serviços*, seja o *contratado pessoa física ou jurídica, signatária de contrato com a Administração não poderão disputar licitação ou participar da execução de contrato*, direta ou indiretamente que se encontre, *ao tempo da licitação, impossibilitada de participar da licitação em decorrência de sanção que lhe foi imposta*; como, também, *nos 5 (cinco) anos anteriores à divulgação do edital, tenha sido condenada judicialmente, com trânsito em julgado, por*

exploração de trabalho infantil, por submissão de trabalhadores a condições análogas às de escravo ou por contratação de adolescentes nos casos vedados pela legislação trabalhista.

Na contratação de artistas ocorre a fase da Habilitação que neste caso ESTE DISPOSITIVO TEM QUE SER ANALISADO COM O INCISO V DO ART. 72 - COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS DE HABILITAÇÃO - E COM O ART. 68 - RELAÇÃO DOCUMENTAL, destacando a inovação pelo Art. 72 da referida Lei.

A fase preparatória é outro aspecto inovador que visa a *seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, considerado todo o ciclo de vida do objeto* e que sendo imposta a forma escrita para formação dos contratos fica a Administração Pública, mediante contratação com a Pessoa Jurídica, representante do Artista, a *verificar a regularidade fiscal do contratado, consultar o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep), emitir as certidões negativas de inidoneidade, de impedimento e de débitos trabalhistas e juntá-las ao respectivo processo antes de formalizar ou prorrogar o prazo de vigência do contrato.* Chamamos aqui a atenção de que FORMALIZAR O CONTRATO NÃO PODE SER CONFUNDIDO COM A HABILITAÇÃO DO CONTRATADO.

Na contratação de artista terá que haver a JUSTIFICATIVA DO PREÇO que é o *valor previamente estimado da contratação e que deverá ser compatível com os valores praticados pelo mercado, considerados os preços constantes de bancos de dados públicos e as quantidades a serem contratadas, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto.* O Artista terá portanto que estimar o valor do seu cachê na forma que a Lei estabelece para as contratações de prestação de serviços e que quando *nas contratações diretas por inexigibilidade ou por dispensa, não for possível estimar o valor do objeto na forma estabelecida, o contratado deverá comprovar previamente que os preços estão em conformidade com os praticados em contratações semelhantes de objetos de mesma natureza, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração, ou por outro meio idôneo.* Assim, a grande novidade é a fixação do lapso temporal para validade das notas fiscais e a VEDAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DO ÓRGÃO CONTRATANTE, podendo usar como MEIO IDÔNEO A NOTA CONTRATUAL, CONTRATO PARTICULAR, RECIBOS, CTPS, ENTRE OUTROS.

Ainda nos aspectos inovadores o PROCESSO DE CONTRATAÇÃO direta e que compreenda a inexigibilidade e dispensa de licitação deverá, não esgotando assim o rol de exigência documental podendo ser diligenciado para documentação complementar, ser instruído com *documento de formalização de demanda e termo de referência; estimativa de despesa; parecer jurídico; previsão de recursos*

orçamentários; preenchimento dos requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária (para contratação de ARTISTA PROFISSIONAL é necessário a REGULARIDADE FISCAL, DECLARAÇÃO DE NÃO VINCULAÇÃO COM A FAZENDA PÚBLICA E A NOTORIEDADE); *razão da escolha do contratado; justificativa de preço; autorização da autoridade competente.*

A INEXIGIBILIDADE, portanto, é aplicável *quando inviável a competição, em especial nos casos de contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.*

Poderá ser *empresário exclusivo a pessoa física ou jurídica que possua contrato, declaração, carta ou outro documento que ateste a exclusividade permanente e contínua de representação, no País ou em Estado específico, do profissional do setor artístico, afastada a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade por meio de empresário com representação restrita a evento ou local específico.*

A VACATIO LEGIS permitiu que a Administração Pública escolhesse para licitar ou contatar pela Lei 8.666/93 ou pela Lei 14.133/21 desde que expresse no Edital qual a Lei será efetivamente aplicada, não podendo aplicação combinada até o transcurso dos 02 (dois) anos da VACATIO LEGIS; verificando-se que o prazo para *vacatio legis* é apenas até 01 de abril de 2023. Porém, não se justifica a não aplicação imediata da nova legislação aos novos procedimentos, independente do seu prazo estipulado, visto que o mecanismo administrativo é lento e suscita de bons servidores para seu andamento, exceto que o Gestor Público acostumado com as facilidades de fraudes da antiga Lei não tenha disposição e coragem de enfrentar os novos desafios para a *promoção da gestão por competência* que norteia a Lei 14.133/21.

Na contratação artística o grande problema a ser enfrentado pela Gestão Pública está no artigo que segue:

Art. 94 - Divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) para eficácia e no prazo fixado (NOVO).

§ 2º - Cachê dos artistas, dos músicos ou da banda

- Transporte
- Hospedagem
- Infraestrutura
- Logística do evento
- Demais despesas específicas

O grande desafio está na aplicação dos princípios que regem a administração pública quanto a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, sem o favorecimento e transparência; sendo imperioso o PLANEJAMENTO E SUA DIVULGAÇÃO NA FORMA DISPOSTA NA LEI.

CAPÍTULO 12

ASPECTOS POSITIVOS DO COMBATE À PANDEMIA DE COVID-19

Júlio Antonio Lopes

“A arte de viver consiste em tirar o maior bem do maior mal”.

Machado de Assis

A Academia Brasileira de Direito (ABD), sob a presidência do doutor André Augusto Malcher Meira, promoveu em 2022, na cidade de Belém, do Pará, o seu I Congresso, cujo tema foi “O direito pós-pandemia”, onde os conferencistas cuidaram, sob as mais variadas nuances, da COVID-19.

O vírus, em 2023, com suas mutações, continua aí, embora menos letal. A lembrança, entretanto, das vidas ceifadas, do luto em nossos corações, da nossa segregação compulsória, da quebra de empresas, do desemprego e da economia mundial ladeira abaixo, sem falar dos graves danos psicológicos que acometeram boa parte da população, permanecem.

Como se tudo isso não bastasse, ainda avultou a politização da pandemia, coisa deplorável e de extremos, confirmando a máxima cunhada em certa ocasião por Henri Béraud, segundo o qual há homens capazes, mas o pior é que há homens também capazes de tudo... E eu ousou complementar: capazes de tudo para fazer prevalecer os seus mais particulares e indignos interesses em detrimento, até, dos interesses da nação.

Tudo, por aqui e durante a pandemia, virou motivo de contenda. Os homens que fazem política, com honrosas exceções, apequenaram-se. Os políticos perderam a capacidade de resolver as questões políticas pelas vias políticas... Perdem na arena que lhes é própria, apelam a todo momento e por tudo, ao Judiciário, o qual, assim provocado, vê-se obrigado a decidir e se hipertrofia, acabando, no mais das vezes, por invadir a competência dos demais poderes.

Eu fico pensando aqui com os meus botões se a atual safra política brasileira pontificasse na época da Assembleia Nacional Constituinte, que nos

legou a Carta de 88, aqueles gigantes, cujo maior representante vivo é o seu Relator, o amazonense Bernardo Cabral, patrono da Academia de Ciências e Letras Jurídicas do Amazonas (ACLJA). Será que teríamos uma Constituição promulgada pelo Parlamento? Ou seria o Supremo Tribunal Federal (STF), que acionado pelos pigmeus morais de hoje, que acabaria por outorgar, talvez por força de uma decisão monocrática, *ad referendum* do Plenário, a Lei Maior do país?

Acredito que, mesmo nos momentos ruins, de grande tristeza e obstáculos, não podemos, se estamos vivos, deixar de buscar a luz, ainda que tênue e aparentemente inalcançável, no final do túnel, aquela que sinaliza a mensagem redentora da esperança, pois como ensinava o mestre Machado de Assis “*a arte de viver consiste em tirar o maior bem do maior mal*”.

Dito isso, gostaria de destacar o que foi feito de útil, de positivo, enfim, de toda essa tragédia, haja vista que, para fomentar o caos, para nos assombrar sempre existiu gente demais. As tragédias também nos ensinam. Ensinam, a bem da verdade, àqueles que têm olhos para ver e ouvidos para ouvir, e discernimento e braços para, com base nas lições absorvidas, processadas e transformadas num novo fazer, construir um futuro melhor.

A pandemia de COVID-19, sem dúvida nenhuma, **antecipou a virada tecnológica**, permitindo que muitas atividades que, anteriormente, só eram feitas de forma presencial, fossem realizadas à distância ou tivessem esse uso amplificado, de que são exemplos as consultas médicas, os shows, as palestras, as aulas, as audiências e sessões de julgamentos nos tribunais, tudo desenvolvido com extrema eficácia.

Sabemos que o sistema de saúde pública no Brasil é muito ruim, o que ficou, todavia, mais evidente e catastrófico com a pandemia. Não se pode tolerar, daqui por diante, governos que não a tenham na ordem de absoluta prioridade. A pandemia revelou, ainda, uma classe especial de servidores públicos, **os profissionais da saúde**, verdadeiros heróis, que foram para a linha de frente, mostrando coragem e devoção ao ofício, muito ao custo de suas próprias vidas, trabalhando, de regra, em meio a condições precárias. Um exemplo a ser eternamente reverenciado. É de se por em relevo, ainda, **a vacinação** que, em números, foi rápida e abrangente, mais do que em muitos outros países.

A reclusão das pessoas e a paralisação de muitos serviços acabou por resultar, por vias transversas, em **benefícios ao meio ambiente**. A natureza teve um descanso. Ar mais puro, águas mais limpas... E nos fez despertar para o risco fatal que estamos correndo, até de extinção da espécie, se continuarmos no ritmo anterior à pandemia. Não custa lembrar que o coronavírus teve origem no mercado insalubre e promíscuo de Whuan, na China. A propósito, lembro de uma advertência feita por um querido amigo, o médico e também ex-presidente do Instituto Geográfico e Histórico do Amazonas (IGHA), professor Antonio José Souto Loureiro, segundo o qual uma epidemia é, em síntese, a

forma pela qual a natureza se defende das agressões que sofre...É um truísmo dizer que precisamos cuidar do meio ambiente. Doenças como a Covid 19 encontram terreno fértil, com perdão do trocadilho, em espaços degradados. Se não cuidarmos da natureza, a nossa “casa comum”, o caminho será este mesmo, o do perecimento, quando pode ser o do aprendizado, decorrente de nossas perdas, de nosso luto, de nossas tentativas, de nossos erros e, também, de nossos acertos.

Tirante as discussões ideológicas, podemos – e é justo lembrar – das **medidas emergenciais** encaminhadas pelo Governo Federal e aprovadas pela Câmara dos Deputados e do Senado, **das leis que proporcionaram o auxílio emergencial** de R\$ 600,00 para os trabalhadores informais, desempregados, microempreendedores individuais (MEIS), famílias de baixa renda e trabalhadores intermitentes que estivessem inativos; e **aquelas outras medidas**, como as que garantiram uma linha de financiamento de R\$ 40 bilhões, com juros reduzidos, para pequenas e médias empresas, com o objetivo de custear a folha de pagamento e garantir os empregos; a que reduziu a zero as alíquotas de importação para produtos de uso médico-hospitalar; o atendimento do INSS por canais remotos; ações, enfim, destinadas a garantir, dentro daquelas desesperadoras circunstâncias, a manutenção do empregos etc.

O maior tesouro dos tempos duros que vivemos, de muito materialismo e egoísmo, foi o surgimento, diria melhor, **o avivamento, durante a pandemia, da solidariedade**. Manaus, por exemplo, que foi a primeira cidade do país a ter o seu sistema de saúde colapsado, foi alvo, no entanto, da solidariedade de muita gente. Os estados do Ceará, da Paraíba, do Maranhão, de Goiás, de Pernambuco, do Piauí, do Rio Grande do Norte e do Distrito Federal, quando a nossa cidade não dispunha de leitos, receberam de braços abertos o nosso povo, os nossos pacientes. Pessoas físicas e jurídicas, assim como artistas (Whinderson Nunes, Gustavo Lima, Tirulipa e outros) mandaram a tempo e modo devidos, balas de oxigênio para Manaus. Todos, os entes federados, os cidadãos e empresas, em nosso momento de maior necessidade e angústia, demonstraram tanto responsabilidade social, quanto a mais tocante fraternidade.

Não se pode, de igual sorte, deixar de fazer o devido registro do **papel fundamental e de proa desempenhado pelas Forças Armadas** no verdadeiro esforço de guerra contra a doença. Elas ajudaram com a logística no transporte de pacientes, de insumos médicos, de cilindros de oxigênio gasoso e líquido, de respiradores, na aplicação de vacina, inclusive nas áreas mais remotas do país, assistindo também as populações indígenas e levando aos necessitados, em geral, mais de dois milhões de kits de alimentação. Elas atuaram, ainda, na capacitação de quase 20 mil pessoas para fazer a descontaminação de locais públicos e desinfetaram hospitais, estações de trem, pontos turísticos etc. Além

disso, os efetivos da Marinha, Exército e Aeronáutica fizeram mais de 42 mil doações de sangue e montaram em tempo recorde os hospitais de campanha.

Diz a sabedoria popular que a *única certeza da vida é a morte*. O doutor Euler Ribeiro, meu confrade de Academia Amazonense de Letras (AAL) e um dos gerontólogos mais conceituados do mundo, sempre destaca em suas palestras a lei biológica segundo a qual “*a gente começa a morrer quando nasce*”. E isso faz todo o sentido, posto que é a partir deste momento que o nosso corpo começa a se desgastar e, com o tempo, a envelhecer, até perder por completo as suas funções.

Em que pese o conhecimento dessa verdade, em condições normais, preferimos não pensar na morte. Vivemos como se fossemos eternos, como se nossos pais, irmãos, namoradas (os), cônjuges, amigos, companheiros de trabalho, enfim, fossem estar por aí, ao alcance de um encontro presencial ou de um contato virtual, o que por vezes nos faz adiar essa interação porque, pensamos, sempre haverá tempo. O relógio da vida, no fundo sabemos, marca uma contagem regressiva. É inexorável.

Aí, quando chega a nossa vez de perder alguém que amamos, é como se cravassem uma faca no fundo de nosso peito e levassem para longe uma parte de nossos corações. Fica, para sempre, uma lacuna, a saudade, que no dizer do poeta é a vitória do amor sobre o tempo e sobre a distância.

Na situação excepcional que experimentamos com a pandemia de COVID-19, em especial no estado do Amazonas e na cidade de Manaus, cujos cidadãos sofreram com a falta de oxigênio e, depois, com a chegada das vacinas, com a impiedade dos fura-fila, bem como com as covas coletivas, é mais difícil aceitar que a morte de tanta gente seja consequência única, exclusiva e natural da praga que assolou o planeta inteiro. Há responsabilidades e, também, há lições que se devem absorver.

Um óbito, até porque não há mais jeito, precisamos assimilar; a injustiça, contudo, nunca poderá prosperar. Ao longo desse calvário, que iniciou em 2020, passou por 2021 e finalmente amainou em 2022, já choramos muito. Nossos corações estão despedaçados, mas ainda estamos por aqui. E, se Deus nos concedeu essa benção, essa prorrogação, é porque existe um propósito, uma missão a cumprir, que consiste, resta-nos essa esperança – Aristóteles dizia *que a esperança é o sonho do homem acordado* – de fazer mais e melhor, a fim de que possamos reconstruir, desses escombros sentimentais que nos restaram e desse vale de lágrimas que vivemos, como obreiros dedicados e fiéis, um novo mundo, melhor, mais solidário, mais fraterno, mais solidário e menos egoísta.

É preciso cultivar a esperança, mas uma esperança ativa e reativa, que necessita ter início com a reflexão, que resulte num plano; num meio, com a execução, que seja eficiente; e com um fim, que seja o alcance de seus objetivos, que importará num novo fazer social.

O desafio da pandemia de COVID-19 nos mostrou que nem tudo está perdido, porém. A conclusão a que chegamos é a de que, tirante as discussões políticas fanatizadas, a grande verdade é que o estado brasileiro, mesmo numa situação de catástrofe mundial, respondeu de modo satisfatório e muito melhor do que outras nações.

Para finalizar, gostaria de compartilhar com os leitores em geral e, no particular, com os confrades e confreriras do Instituto Sílvio Meira, que neste 2023 completa 10 anos de profícua e luminosa existência, como se fora um modesto presente, o poema que fiz durante os dias duros por que passamos. Ele se chama “Superação”:

Às vezes,
quando eu penso em desistir,
eu olho para o céu
e vejo
que Alguém
está ali,
dizendo-me:
- Prossiga!
Eu estarei ao seu lado
onde você estiver
e aonde você quiser ir...
Não importa a distância,
o tamanho do desvio,
os vãos,
os obstáculos,
as curvas do caminho,
não importa o calor,
não importa o frio,
acredite,
eu estarei ao seu lado,
qualquer que seja o jogo
jogado,
qualquer que seja o desafio...

Aí, então,
revigorado,
ouvindo essa
Voz
tão clara
e tão sublime,
eu reúno as forças
que julgava findas,
vejo o mundo
com outros olhos,
vejo nas pessoas
almas lindas,
luzes que a noite
não suprime
e chego à conclusão
de que muito,
ainda,
há por fazer
e, por isso,
desistir
não é uma opção.

- Seguir em frente!
Ouço o invisível...
Seguir em frente
Sem hesitações
ou recuos,
com fé, coragem e determinação,
porém com agradecimento
por ter nascido,
por ter amado
e ter sobrevivido
em meio a tantas tragédias,
por ter ficado
e, não, ter ido,
enquanto muitos
não tiveram a mesma sorte,
foram engolfados
pela escuridão,
pelas desventuras

ou pela solidão
e, também, foram tocados
pelo beijo frio,
dolorido
e inelutável
da morte...

Tomo posse,
então,
dessa nova chance,
ergo num braço a bandeira
da esperança,
n'outro a espada da resistência,
mas no coração
levo, inexpugnável,
a certeza da paz,
de um futuro melhor
que todos
juntos
iremos construir.
Aí, então,
revigorado,
ouvindo essa Voz
tão clara
e tão sublime,
eu reúno as forças
que julgava findas,
vejo o mundo
com outros olhos,
vejo nas pessoas
almas lindas,
luzes que a noite
não suprime
e chego à conclusão
de que muito,
ainda,
há por fazer,
e, por isso,
desistir
não é uma opção.

CAPÍTULO 13

REFLEXÕES SOBRE AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E A PROBLEMÁTICA DA CORRUPÇÃO NO BRASIL

Jéssica da Silva Miranda

Sabe-se que, no Brasil, a corrupção vem se mostrando no decorrer das épocas como um termo bastante conhecido pela sociedade devido a recorrentes escândalos. Sendo assim, é possível dizer que se trata de um problema complexo e sistêmico no país e, por tal motivo, é necessário refletir mais sobre a situação em questão. O presente artigo visa refletir sobre a questão da corrupção na atualidade brasileira relacionada às contratações públicas, que são, por sua vez, realizadas pelo Estado e ocorrem através de licitação, um procedimento administrativo formal onde a Administração Pública impõe determinadas condições em ato próprio e convoca empresas que possuem interesse em apresentar propostas com ofertas de bens e serviços.

Diante da promulgação da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – NLLC, nº 14.133, ocorrida em 1º de abril de 2021, foi apresentada a atual regulamentação de contratações e contratos públicos no Brasil mediante procedimentos com o propósito de adquirir bens e serviços de interesse coletivo. A referida Lei possui, conforme a medida provisória - MP 1.167, de 31 de março de 2023, até 29 de dezembro de 2023 para que seja implementada. Nesse sentido, diante de tal novidade, torna-se cada vez mais necessário discutir acerca da integridade das compras públicas (BOECHAT, 2022), que comumente vem sendo comprometida por conta da corrupção.

Nessa perspectiva, entende-se que o Estado, através dos órgãos públicos, precisa adquirir bens e contratar serviços que assegurem seu devido funcionamento. Para tanto, conforme descrito no manual “Integridade nas Contratações Públicas” do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF, as contratações públicas necessitam atender a um conjunto de princípios, tais como o princípio da isonomia (onde os interessados na licitação devem ser tratados com igualdade, algo fundamental para assegurar

a competitividade em procedimentos licitatórios), o princípio da vinculação ao edital (por meio do qual a Administração Pública e os licitantes devem observar objetivamente as normas do Edital, especialmente o objeto da contratação e todas suas especificações), o princípio da moralidade (versando que os agentes públicos envolvidos no procedimento licitatório precisam atuar de boa-fé, com honestidade e integridade, sem omissão de dados e informações ou recebimento e solicitação de quaisquer vantagens) e o princípio da competitividade (através do qual a Administração Pública promove o incentivo à participação do maior número possível de interessados na licitação, fazendo com que a escolha feita seja legítima e mais vantajosa ao interesse público, tendo como base todos os critérios dispostos no Edital) (TJDFT, 2020).

Boechat (2022) salienta que o processo de contratação pública é essencial para que se possa entender de que modo parte do dinheiro público é aplicado. Logo, vê-se que uma parte bastante significativa do uso do orçamento público acaba se materializando na aquisição de bens, serviços e obras mediante os procedimentos de contratação pública. Portanto, faz-se necessário dispor de um procedimento aberto com possibilidade de controle social, levando em consideração que, quanto maior for a quantidade de dinheiro investido, maior será o risco de práticas de corrupção e desperdício de dinheiro público.

Em relação à corrupção, Galil (2022) explica que, etimologicamente, o termo corrupção provém do verbo “corromper”, originário do latim *corrumpere*, que tinha o sentido de “estragar”, “decompor”, “depravar” e “perverter”. Com isso, para o autor, é possível entender o motivo do uso da referida palavra no significado comum ou natural, já que a corrupção consiste na conduta que perverte o Estado através da decomposição e perversão da moral administrativa. Dessa forma, a corrupção se trata da conduta que provoca a atuação do Estado de modo incoerente e inadequado ao que se costuma esperar dele, tendo como base os valores morais vigentes em uma sociedade.

Sendo assim, a corrupção se mostra como um problema muito complexo e que pode se dever a uma série de causas, tais como uma herança histórica do modelo colonial adotado no país, uma questão que já se tornou cultural, uma disfunção moral, uma tendência com viés antropológico, entre vários outros. Ao falar sobre tais causas, Carvalho (2018) defende haver probabilidade de que todas as explicações elaboradas a partir de tais óticas, caso sejam bem construídas, sejam, de fato, razoáveis e guardem algum grau de potencial que possa vir a explicar o fenômeno da corrupção (CARVALHO, 2018).

Bobbio, Matteuccie Pasquino (1998) concebem a corrupção como o fenômeno por meio do qual um funcionário público é levado a agir de maneira diversa aos padrões normativos do sistema, ocasionando o favorecimento de interesses particulares em troca de algum tipo de recompensa. Assim, corrupto é o comportamento ilegal do indivíduo que desempenha um papel na

estrutura estadual. Cabe lembrar ainda que, para esses teóricos, a corrupção é considerada em termos de legalidade e ilegalidade e não de moralidade e imoralidade, haja vista que se deve levar em conta as diferenças existentes entre as práticas sociais e as normas legais e a diversidade de avaliação de comportamentos perceptível tanto no setor privado quanto no setor público.

Por esse motivo, surge a necessidade de que as contratações públicas sejam firmadas de forma justa e ofertem uma proposta vantajosa à Administração Pública, porém a realidade mostra que, seja em países desenvolvidos ou em países em desenvolvimento, a contratação pública ainda é tida como a atividade governamental que se mostra mais vulnerável ao desperdício de dinheiro público, à má gestão, à ineficiência e à corrupção, o que se pôde comprovar por meio de pesquisas realizadas pelo Banco Mundial e pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (BOECHAT, 2022).

No que tange à esfera acadêmica, Martins (2019) observa que as contratações públicas têm sido um dos principais temas do Direito Administrativo devido ao fato de que, se de um lado há a certeza de que as contratações públicas precisam surgir a partir de processos competitivos, públicos e formais, fundamentados por princípios administrativos e com participação popular, de outro lado existe um ideário dos administrativistas voltado para a busca de soluções eficientes para o problema da corrupção, de maneira a evitar que o processo de licitação esteja severamente contaminado por interesses privados.

Segundo Dias (2022), nos dias atuais a contratação pública mobiliza um enorme montante de dinheiro público no Brasil, o que elucidou através de dados oriundos do Portal da Transparência da Controladoria Geral da União, onde é possível verificar, por exemplo, que no ano de 2020 houve registro de 130.836 licitações com contratação realizada, sendo que foram gastos 54,85 bilhões de reais com contratações através de licitações, dispensa ou inexigibilidade. Além disso, de 1º de janeiro de 2021 até 6 de agosto de 2021, ocorreram 336 licitações com contratações, culminando com o dispêndio de 347,27 milhões de reais, seja mediante licitações, dispensa ou inexigibilidade. Nesse contexto, constata-se que a contratação pública é um processo onde muitos indivíduos atuam e os interesses econômicos de particulares e os interesses públicos acabam se encontrando, o que muitas vezes fomenta a prática da corrupção.

Boechat (2022) ressalta que um dos pontos mais sensíveis relacionado às contratações públicas consiste na oportunidade de executar práticas corruptas no âmbito do procedimento licitatório. Segundo a autora anteriormente mencionada, em meio à NLCC, uma das possibilidades de evitar irregularidades e, conseqüentemente, a corrupção seria a adoção do movimento Contratações Abertas, que visa promover reformas para que se realizem contratações públicas mais justas e eficazes.

Martins (2019) considera que as relações que compreendem o setor público e privado foram esmagadas por um pacto oligárquico celebrado entre grande parte da classe política, dos empresários e da burocracia estatal para promover o saque do Estado brasileiro. Então, a corrupção sistêmica passou a ser vista como um dos grandes pontos fracos do país porque se difundiu rapidamente ao longo do tempo e em níveis exacerbados, principalmente no que tange às contratações públicas, onde os esquemas de superfaturamento dos contratos têm assegurado a arrecadação e distribuição de verbas desviadas a agentes privados, políticos, empresários e partidos políticos. Em resumo, esse modelo passou a ser o jeito natural de se fazer política e de celebrar negócios e parcerias no Brasil.

Como explicado por Carvalho (2018), a corrupção induz também a um viés na escolha de projetos e políticas públicas, levando em consideração que os agentes públicos envolvidos podem optar, por exemplo, pela construção de enormes obras, que sejam o cenário ideal para desvios por corrupção, em detrimento de gastos básicos em direitos sociais, tais como educação e saúde. E, como se a situação não fosse problemática o suficiente, caso os agentes políticos sejam alcançados pelo comportamento corrupto passa a existir uma tendência à criação de leis ineficientes, que tenham as lacunas necessárias para criar novas oportunidades de renda para o esquema de corrupção.

Cabe então recorrer às considerações de Oliveira Filho e El Hireche (2021), que citam que a corrupção consiste em um complexo fenômeno milenar que acarreta muitas perdas e, até mesmo, a descrença no Estado. E, mesmo que haja a consciência de que ainda não existe um mecanismo capaz de impedir completamente qualquer prática de corrupção, pensar em um sistema de integridade se mostra como possibilidade viável para enfrentamento de práticas corruptivas.

Na visão de Boechat (2022), a ausência de colaboração entre o governo e a sociedade civil, associada à falta de incentivo do empoderamento cidadão, são elementos prejudiciais para um controle social efetivo sobre as compras públicas, o que torna ainda mais difícil a identificação de atos ilegais em contratações públicas. Para a autora, é necessário dispor de uma legislação inovadora em mecanismos anticorrupção que passe por um vasto debate público (incluindo a administração pública de servidores públicos e organizações da sociedade civil que atuem no âmbito das contratações públicas, não apenas agentes políticos e jurídicos) e normatize licitações e contratos administrativos. Tal legislação precisaria ainda adotar dispositivos e regulamentações que promovam a participação popular e, consequentemente, maior envolvimento da sociedade na aplicação dos recursos públicos, o que deve incluir a transparência e a inovação tecnológica para maior aprimoramento dos processos.

Como explicitado por Galil (2022), em um país com a História profundamente marcada pela utilização da coisa pública para o favorecimento de

interesses privados e conhecido por constantes práticas clientelistas e patrimonialistas, parece muito claro que a necessidade de combater a corrupção seja algo urgente (GALIL, 2022). Sendo assim, a melhor saída para ocasionar o controle dos mecanismos de corrupção consiste na transparência, que pode ser propiciada por meio do fortalecimento dos conselhos sociais, a base de participação da sociedade civil, que normalmente são bastante desarticulados e desprestigiados.

Cabe frisar que a integridade nas contratações públicas é totalmente indispensável para a boa governança e gera benefícios para toda a sociedade. Sendo assim, cabe verificar se a atual legislação será suficiente para promover as mudanças necessárias no país, no sentido de tentar reduzir ou frear a corrupção mediante as contratações públicas, o que, sem dúvida, é uma tarefa árdua devido ao histórico do país referente ao tema em questão. Do contrário, haverá que se pensar novamente em uma outra legislação anticorrupção que contemple a problemática de forma mais abrangente. Portanto, em meio a esse contexto ainda bastante comprometido pela corrupção, no Brasil de hoje talvez a principal tarefa do Direito Administrativo seja pensar em atualizar normas que prezem por uma maior integridade nas contratações públicas realizadas no país.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.
- BOECHAT, G. Contratações Abertas: uma análise da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (nº 14.133/2021) à luz dos princípios de Governo Aberto. **Revista da CGU**, Brasília, v. 14, n. 25, p. 63-79, 2022.
- CARVALHO, V. A. Corrupção nas contratações públicas: dois instrumentos analíticos para a detecção de indevidos incentivos. **Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro - PGE-RJ**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 1-21, set./dez. 2018. Disponível em: <https://revistaelectronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/26/18> Acesso em: 11 abr. 2023.
- DIAS, L. F. O. **A intervenção delitiva nos delitos de corrupção ocorridos no âmbito da contratação pública. 2022**. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito) –Universidade Estadual Paulista, Franca, 2022.
- GALIL, J. V. T. Princípio da precaução contra a corrupção: metodologia de interpretação e de aplicação do Direito Administrativo. **Revista Brasileira de Pesquisas Jurídicas**, Avaré, v. 3, n. 1, p. 47-86, jan./abr. 2022.
- MARTINS, M. M. **Governança pública e compliance: os novos caminhos das contratações públicas**. 2019. 129 f. Dissertação (Mestrado em Direito) –Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2019.
- OLIVEIRA FILHO, J. G.; EL HIRECHE, R. B. C. F. Combate à corrupção nas contratações públicas como política pública. **Revista Científica Do CPJM**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 188-205, 2021.
- TJDF. **Integridade nas Contratações Públicas**. Brasília: Secretaria de Recursos Materiais, 2020.

CAPÍTULO 14

O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO GARANTIA PARA EFICÁCIA DA GOVERNANÇA MULTINÍVEL POR MEIO DE PARCERIAS PÚBLICO – PRIVADAS

Patrícia Martins de Lima

1. INTRODUÇÃO

Historicamente nenhum país adentrou no crescimento econômico moderno sem a intervenção estatal direcionada a colaboração com entidades de grande porte do setor privado, visto que o processo de conhecimento, para geração de valor, tem a ver com a conexão do saber com o fazer, já que desenvolver não é só acumular capital e trabalho, há a necessidade de acumular capacidades sociais, por meio de inovação.

As transformações sociais aceleradas, são os novos fatores demarcadores da vulnerabilidade da economia global como consequências da Pandemia do Coronavírus (COVID-19), cujos ecos encontram-se cumulados com as consequências da guerra Rússia – Ucrânia.

Inserido neste cenário, o Estado soberano ressurgiu como agente essencial para o processo de desenvolvimento, a partir da cooperação entre mercado e ação estatal, evidenciando que não há separação clara entre sociedade e Estado, nem tampouco entre mercado e Estado, logo não há cisões entre relações de produção. Desde que bem administrado, o Estado pode prosperar sob qualquer forma de Governo.

A recessão mundial, colocou em evidência a desindustrialização brasileira, visto que, várias frentes de produção sofreram impacto, especialmente aquelas voltadas para as cadeias internacionais de produção (CIS), que revelaram rompimento de fornecimento nos complexos químico – fármaco, automotivo e eletroeletrônico, além das assimetrias de acesso à saúde, já que países desenvolvidos tem sobre si, a espada de “Dâmocles” da vulnerabilidade dos menos favorecidos. Portanto, para o Brasil, detentor de um dos Federalismos mais fortes do mundo, este cenário revelou além da precariedade das cadeias

de suprimento, a necessidade de aproximação da Administração Pública da iniciativa privada.

No campo do Direito Administrativo, se organiza o *modus operandi* da ação pública concreta e imediata, com seus métodos e instrumentos jurídicos, com destaque para as Parcerias de natureza público-privadas, como precursoras da moderna Administração Pública, compreendida como o conjunto de atividades diretamente destinadas à execução concreta das tarefas ou incumbências consideradas de interesse público ou comum, numa coletividade ou numa organização estatal.

Destarte, o projeto econômico, necessário para realizar a travessia de recuperação do país, sob o comando de forças nacionais, progressistas e populares, envolve o Estado como indutor de investimentos e desenvolvimento, onde haja o fortalecimento do mercado interno e que maneje os direitos sociais em áreas estratégicas como Educação, Ciência e Tecnologia, Saúde e Segurança.

Esta forma de abordagem crítica contribui para a mudança, em favor da democracia e justiça social, visto que, as transformações provocadas pela globalização desde os anos 90, além de necessitarem de reversão, produziram nos Estados, interlocutores incapacitados para dialogar com o setor produtivo, o que só fez reforçar no governo, a necessidade de criação de um ambiente macroeconômico favorável à produção, a adoção de política industrial, comercial e de inovação, além do fortalecimento da cultura empresarial e de inovação.

Os níveis de inovação compatíveis com eficácia e eficiência direcionadas para a melhoria dos serviços públicos voltados à população, relacionam-se com a nova Governança Pública, e avançam sobretudo para uma estrutura normativa, institucional e de pessoal como instrumentos de desenvolvimento para adaptar-se ao tempo e à uma realidade local e internacional complexa e mutável.

Nesse sentido, este estudo, de natureza exploratória, justifica-se por colocar em perspectiva a natureza das Parcerias Público Privadas e suas convergências com as três dimensões básicas do Direito Administrativo, bem como com o Controle Interno e Gestão de Riscos, Controle Externo e Governança Multinível e suas correlações com a melhoria da prestação de serviços públicos como instrumento de concretização dos Direitos Fundamentais.

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1. A influência do Direito Administrativo no modelo de Governança Estatal

É indiscutível que a crise que assola o Estado, após a pandemia da Covid-19, aliada ao cenário de guerra Rússia – Ucrânia, provocaram mudanças significativas na forma de governo e na entrega da qualidade dos serviços

públicos aos cidadãos, em razão dos déficits públicos e a relação entre a dívida pública e o Produto Interno Bruto (PIB) entre muitos países. O advento do Estado Social, introduziu a junção de riscos de existência e deu à solidariedade a forma organizacional da seguridade social e dos serviços públicos, para os quais se contribui conforme os próprios recursos e se usufrui de acordo com as necessidades.

Em meados dos anos 60, começou a surgir um novo formato de governança pública. Nos anos 70, a emergência para esse avanço, mostrou-se acentuadamente acelerada, em decorrência da crise do petróleo e com a escassez de recursos orçamentários de natureza pública governamental. Deste modo, quando o mercado entrou em crise profunda, por meio do cenário de recessão global, os Estados e mercados passaram a promover em conjunto, o desenvolvimento das sociedades. A origem dessa crise, também ecoou na ausência de separação entre política e administração, e um novo formato passou a ser perseguido.

A visão política, é mais pragmática, e para os efeitos deste estudo, deve ser compreendida como ações práticas, diretrizes políticas fundadas e expressas em leis e empreendidas como funções de Estado por um governo, ou organizações que façam suas vezes para resolver demandas específicas da sociedade e à Administração Pública, incumbe a organização das jurisdições político – administrativas, tais como, nações, estados, províncias, municípios ou outros distritos especializados.

No bojo da mudança estrutural da esfera pública, está inserida a transformação do Estado e da Economia, e diz respeito à expansão de direitos a partir da participação democrática. A esfera pública é somente capaz de assumir funções políticas à medida em que possibilita aos cidadãos da economia, na qualidade de cidadãos pertencentes ao Estado, estabelecer compromissos ou universalizar seus próprios interesses e torná-los tão efetivos a ponto do poder estatal se transformar no *médium* fluido de uma auto-organização da sociedade.

O novo modelo de Governança Pública, traz em sua esteira a inovação, ao incluir atores não – governamentais na concepção e implementação de políticas públicas, especialmente aqueles oriundos do terceiro setor. A Política Pública é “ um conjunto de programas ou ações governamentais necessárias e suficientes, integradas e articuladas para provisão de bens e serviços à sociedade, financiadas por recursos orçamentários ou por benefícios de natureza tributária, creditícia e financeira.

O ajuste que prendeu a atenção de políticos e formuladores de políticas públicas, foi o estrutural, ou em termos analíticos, o ajuste fiscal e reformas que são orientadas para o mercado, em uma busca de romper com a ideia de Administração Pública patrimonialista e formal.

A reforma do serviço público foi empreendida por muitas nações e essa transformação pode ser pontuada em três fases, cujos elementos centrais

definidores da mudança fundamental, estão voltados para a qualificação dos recursos humanos. A Administração Pública tradicional, como marco da primeira fase da reforma, privilegia a organização dos serviços, de modo unitário e dentro de uma estrutura hierárquica mediada por normas escritas, cuja eficiência é medida através da obediência ao contexto normativo.

A segunda fase, envolve a Nova Gestão Pública, que adota a proposta de contratualização dos serviços, por meio de organizações do setor privado no mercado, para a prestação de serviços públicos, onde se concentram produtos e controle do desempenho. Por fim, a Nova Governança Pública, avança para uma relação, onde inserem-se múltiplos atores que prestam serviços através de redes ou *networks*, onde de fato o que interessa, é a qualidade de entrega do serviço, acrescentando a utilidade para os consumidores.

De fato, à medida em que indivíduos cooperam, seus objetivos se identificam com o de outros e há pelo menos um sentimento provisório de que os interesses destes, são seus próprios interesses.

E diante do contexto atual, no qual a falta de controle e capacidade técnica na Administração Pública ocasiona impactos negativos para o Estado, considera-se que a prestação de serviços tende a estar conectada ao anseio social, gerando certa vulnerabilidade.

Nesse sentido, podemos considerar que a vulnerabilidade aumentou de maneira crescente nos últimos tempos, surgindo a necessidade de proteção por parte do Estado, visto que a maioria da sociedade não sabe lidar com a eficiência na administração pública, gerando um processo complexo no que tange a prestação dos serviços, em virtude da lacuna de conhecimento prática, dos entes da administração e sua ambígua relação com a sociedade.

Inserido neste contexto, o Direito Administrativo desponta como preponderante para a estruturação jurídica concreta do Estado Social e democrático; já que se configura como principal instrumento de regulação e controle da ação pública cotidiana, visto que as estruturas, os mecanismos e os procedimentos do Estado intervencionista são mediados pelo Direito Administrativo.

Como fatores agravantes desta realidade, destacamos: falta de capacitação contínua para o exercício da função dos servidores, que se dá pela ausência de planejamentos estratégicos que favoreçam o aumento dos índices de profissionalização; insuficiência remuneratória e discrepante; mudanças de governo, onde a inserção de empregados públicos, através de conveniências político-partidárias, e com formações profissionais inadequadas para o exercício do cargo e/ou função para o qual são designados, são comprovadamente nocivos para a eficiência da operacionalização de políticas públicas e colocam em risco permanente os recursos orçamentários, tanto do Estado como do cidadão quando a prestação dos serviços desconsidera o Princípio da Economicidade, previsto no Art. 70 da Constituição Federal.

Um forte e competente serviço público é a espinha dorsal necessária a políticas anticorrupção, que enderecem o provisionamento de serviços públicos. Pesquisas em diferentes países, dão suporte à visão de que o bom funcionamento da burocracia, contribui para o crescimento econômico, outras metas de uma boa gestão pública, como redistribuição aos pobres, a entrega equitativa e parcial de serviços públicos, de segurança pública e de efetiva regulamentação em prol da competitividade, não serão eficazes, a menos que o Estado seja capaz de administrar programas públicos complexos. O sistema personalista baseado em protecionismo e lealdades políticas, enfraquece a prestação eficiente dos serviços, e conduz à injusta administração de leis tributárias e regulatórias.

Existem pontos colidentes no progresso de alguns Estados, mensurados a partir de estratégias de desenvolvimento e políticas econômicas exitosas, tais como: a combinação da atuação do Estado, como empreendedor quando necessário, mas também coordenador, articulador de políticas públicas, além de seu papel regulador e fiscalizador; o engajamento do setor privado, articulado com o Estado, mediante a criação de um ambiente favorável; adoção de políticas macroeconômicas (monetária, fiscal e cambial) favoráveis ao desenvolvimento; articulação de políticas de competitividade (políticas industrial, comercial e de ciência, tecnologia & inovação) para fomentar a atividade econômica, em especial da indústria.

Por fim, a promoção da efetividade na oferta de bens públicos, é dever estatal, e o principal instrumento de regulação e controle da ação pública cotidiana, se dá pelo Direito Administrativo em suas dimensões legal, gerencial e política.

2.2. Dimensões Legal, Gerencial e Política do Direito Administrativo

As funções peculiares ao Governo não são fixas, mas diversas em diferentes Estados da sociedade e muito mais extensas em Estados atrasados, do que em um Estado desenvolvido.

Como é naturalmente reconhecida, a estrutura tridimensional do Direito Administrativo, trata de suas dimensões legal, gerencial e política.

A dimensão legal ou garantística impõe limites à atuação da Administração Pública, cuja atuação deve vincular-se aos princípios e regras do Estado Democrático de Direito, com observância ao Princípio da Legalidade, conforme previsão do Art. 37, *caput*, do texto constitucional. O Estado ao regular diversas atividades, deve disciplinar o exercício dos poderes e limitar a ação administrativa.

Já a dimensão política ou democrática, se ocupa de aspectos democráticos das deliberações administrativas. No sentido de mitigar escolhas difíceis e

por vezes conflituosas, a garantia do equilíbrio da balança decisória, permite ampliar a transparência e participação popular nos processos decisórios de maior impacto, ao permitir o confronto de pontos de vistas diferentes na busca da efetivação de interesses públicos.

Como mola mestra desta estrutura, utilizamos a assertiva, que diz que há entre Direitos Fundamentais e democracia, uma relação de interdependência ou reciprocidade. Da conjugação destes elementos, surge o Estado Democrático de Direito, estruturado como conjunto de instituições jurídico-políticas erigidas sob o fundamento e para a finalidade de promover a dignidade da pessoa humana.

Isso somente é possível por que a teoria dos direitos humanos parte do reconhecimento universal de certos valores que integram a condição humana e que se projetam para todo e qualquer ambiente em que o homem estiver socialmente presente.

Por seu turno, a dimensão gerencial, reforça a ideia de eficiência na gestão pública, já que por meio desta, o Estado deve prover aos cidadãos os mais diversos serviços públicos e outras atividades de forma eficaz e eficiente, entregando resultados concretos à sociedade, com menor custo por meio de controle interno, gestão de riscos e controle externo, a exemplo das Parcerias Público – Privadas.

2.3. Controle Interno e Gestão de Riscos na Administração Pública

A avaliação, monitoramento e direcionamento da Administração Pública Federal, incluem a integração do Controle Interno da Gestão de Riscos, como ferramentas indispensáveis às boas práticas de gestão, contribuindo deste modo, com instituições mais eficazes, alinhando-se então aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU – 16.

O Controle Administrativo é o conjunto de instrumentos definidos pelo ordenamento jurídico a fim de permitir a fiscalização da atuação estatal por órgãos e entidades da própria Administração Pública, dos Poderes Legislativo e Judiciário, assim como o povo, diretamente.

Em complemento à linha de raciocínio voltada para a qualidade dos serviços públicos por meio da prestação pelos servidores, cabe ao gestor público por meio de controle interno, consoante o COSO IC-IF, que aponta em seu framework, cinco dimensões inter-relacionadas e integradas: (i) ambiente de controle; (ii) avaliação de risco; (iii) atividades de controle; (iv) informação e comunicação; (v) atividades de monitoramento; analisar e auditar dados coletados em fluxogramas de base organizacional, de modo a compreender o motivo da incapacidade na qualidade da entrega de serviços pela Administração Pública.

Com isso, o controle é fundamental para conferir legitimidade a atuação do poder público, garantindo a adequação dos agentes públicos às necessidades

da sociedade, de forma a permitir uma maior eficiência na execução das atividades públicas.

Outro fator indispensável é a análise de distribuição e logística dos serviços públicos para a população, com impacto direto em tempo, recursos e perfeito funcionamento das cidades.

Observe-se que para a Administração Pública, alcançar as metas de seu Planejamento Estratégico, o progresso técnico dos agentes públicos e ampliação da conversão tecnológica deve ser intenso para tornar a economia competitiva, devendo voltar-se para saúde e educação, responsáveis diretos sobre produtividade e aumento da competitividade, tornando o Estado um lugar mais atrativo para a iniciativa privada. O alinhamento partidário ao Governo Federal, já alavanca incentivos de 3% na cobertura da atenção básica à saúde.

Por fim, a reforma da Administração Pública, com o propósito de tentar criar um Estado mais eficiente e menos dispendioso, e com bons resultados futuros, demanda que a Governança concilie interesses do Controle Interno e de Gestão de Riscos e do Controle Externo, além dos interesses políticos imperativos, com metas de curto e longo prazo, com o objetivo de implementar as políticas públicas através das Parcerias Público - Privadas.

2.4. Controle Externo da Administração Pública, a Governança Multinível e a eficiência de Parcerias Público Privadas para concretização de Políticas Públicas

O Controle Externo é entendido como uma espécie de controle administrativo, contudo se efetiva entre entidades diferentes; ou seja, é exercido por um poder em relação aos atos administrativos praticados por outro poder do Estado. Este instituto encontra acolhida no Art. 74, IV da Constituição Federal.

Esta espécie de controle é exercida diretamente pelos cidadãos, é o chamado controle popular, por meio do qual, administrados, podem diretamente ou por meio de órgãos específicos verificar a regularidade de atuação da administração pública, para coibir a prática de atos ilegais.

A aproximação da nova Administração Pública da iniciativa privada, e de outros atores, considera a proposta de controle externo e enfatiza a de Governança Multinível, assentada na colaboração interfederativa em que há partilha de responsabilidades para execução de suas atribuições.

A proposta de Governança Multinível, encontra-se definida pela OCDE, como uma das vertentes de Governança Pública. A primeira delas, é a Governança Monocêntrica, por meio da qual o Governo Central exerce autoridade do Poder Político de cima para baixo, numa perspectiva de Comando e Controle.

Já a Governança Multinível, busca compreender as relações tecidas nos diversos níveis governamentais e as novas formas de governança, com o olhar

voltado para as diferentes realidades territoriais, levando em consideração as particularidades de cada política pública.

Em escala mundial, o setor público passa por transformações profundas e grandes desafios, em busca de concretizar os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), que deverão ser perseguidos gradativamente para atender a Agenda 2030, como um plano de ação universal que estabelece por meio de 17 objetivos, 169 metas de ação global, uma visão ambiciosa e transformadora, pois prevê o mundo livre dos problemas atuais como pobreza, miséria, fome, doença, violência, desigualdade, desemprego, degradação ambiental, esgotamento dos recursos naturais, dentre outros.

Além da notória relevância dos ODS, para que a Administração Pública persiga estes objetivos e metas, a ênfase das Parcerias Público – Privadas (PPPs) são necessárias, visto que em qualquer cenário de Controle (Interno e/ou Externo), deve existir equilíbrio sobretudo no que tange às competências, fluxos e procedimentos.

As PPPs encontram-se regidas pela Lei n° 11.079/2004 e funcionam como instrumentos na viabilização de projetos com impacto para o desenvolvimento do país, estruturadas de forma transparente no exercício da Gestão Pública, através de meios oficiais e em conformidade com regras de responsabilidade fiscal.

A redução da intervenção estatal na economia, aliada a escassez de recursos públicos disponíveis, intensificou a utilização destas parcerias. A legislação que ampara juridicamente esta relação, intensifica seu crescimento, em decorrência de requisitos como transparência e segurança nas atividades, cabendo aos juristas a sua operacionalização.

Os fatores responsáveis por promover o crescimento das PPPs, são maior eficiência na realização de obras de infraestrutura pelo setor privado, com a otimização de custos e tempo de entrega à sociedade. O atrativo fluxo de capital privado, decorrente da celebração das parcerias pelo Estado, também funciona como um vetor para a economia e indústria, aumentando o nível de empregabilidade e dos investimentos.

A partir desses argumentos, conclui-se que: a parceria público-privada é um contrato, que atribui a um sujeito privado a execução de obra pública e (ou) a prestação de serviços públicos, com ou sem direito à remuneração, garantia especial, sendo reforçada pelo Poder Público, para obtenção de recursos no mercado financeiro. Em regra, nas parcerias público privadas (PPPs) transfere-se a execução e gestão dos serviços, para a iniciativa privada, contudo a titularidade e a infraestrutura continuam com o Estado, o qual deverá fiscalizar as atividades dos executores.

Os contratos sob a modalidade de PPP, exigem um valor mínimo, com previsão legal na Lei 13.529/2017. Para se configurar como tal, considera-se a complexa estrutura contratual, a qual abrange elevados custos de transação, inapropriado a projetos e serviços de pequena monta. A adoção do formato

PPP é uma alternativa para garantir os investimentos, considerando a carência dos recursos, haja vista, a contenção de gastos públicos, a eficiência na prestação de serviços e, transparência na aplicação dos recursos.

As responsabilidades vinculadas a esta espécie de contrato, devem ser contabilizadas no orçamento público, evitando-se assim que despesas sejam incorporadas sem recursos financeiros disponíveis. Enfatizando esse discurso, a contratação de uma parceira público-privada justifica-se tão somente quando a eficiência e a tecnologia necessária para implementação de determinado projeto estiverem fora do alcance do Estado.

Por fim, para que o Estado desempenhe um papel central na economia e na sociedade, tanto nas políticas de integração social, quanto na criação de empregos, de benefícios sociais e na incorporação aos sistemas de consumo próprios da sociedade da informação e comunicação, este deve reconhecer facilmente as demandas apresentadas ao longo deste estudo, e sustentá-las adequadamente através da prestação de serviços à sociedade, através da entrega de políticas públicas como uma das principais atividades de governos democráticos, por meio da permanente qualificação dos servidores e empregados públicos.

O poder discricionário é a faculdade conferida à autoridade administrativa de, ante certa circunstância, escolher uma entre várias soluções possíveis.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da temática tratada, pudemos analisar o impacto da nova Administração Pública com reflexos para as relações do setor público com o mercado, iniciativa privada e outros atores, no que tange à entrega dos serviços aos cidadãos como reflexos exitosos de Políticas Públicas e dos objetivos de desenvolvimento sustentável.

O novo modelo de Governança Multinível pressupõe maior integração dos entes federativos, ou seja, União, Estados e Municípios caminham em franca cooperação, e com compartilhamentos de responsabilidades, em um modelo de Estado soberano capaz de fazer frente a tantas alterações sociais, sobretudo após a pandemia da COVID - 19.

Como país latino americano, o Brasil também enfrenta desafios relacionados a atrasos em relação a industrialização, educação e todas os demais Direitos Sociais estabelecidos constitucionalmente.

Entretanto, apesar de todas as crises e debates sem fim acerca do papel do Estado, seus custos e a inoperância da máquina estatal, para a prestação de serviços públicos adequados aos cidadãos, é inafastável a crença de que para o desenvolvimento e retomada do crescimento econômico do país, a racionalidade, a funcionalidade cumulada com severos enfrentamentos à corrupção, são metas que devem ser alçadas à condição de políticas de Estado por meio da eficiência

de seu Controle Administrativo de natureza interna, com a Gestão de Riscos como forma exitosa de práticas da administração pública e do Controle Externo, ao convocar públicos diversos para compor a arena política e democrática.

REFERÊNCIAS

- ALONSO, J. La Cooperación para el desarrollo em um mundo en cambio. Governança Internacional e Desenvolvimento. AMORIM, J. A. A; PEREIRA, W. P; OCAMPO, J. A. (Coord.). São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1ª ed, Cátedra José Bonifácio, pp. 123-161, 2021
- _____. Auditoria de políticas públicas descentralizadas no Brasil: abordagens colaborativas e baseadas em evidências para melhores resultados. OECD Publishing, Paris, 2020.
- BÁRCENA, A. Los Desafios del Sistema Internacional. Governança Internacional e Desenvolvimento. AMORIM, J. A. A; PEREIRA, W. P; OCAMPO, J. A. (Coord.). São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1ª ed, Cátedra José Bonifácio, pp. 123-161, 2021.
- BINENBOJM, G. Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. 3ª ed.
- BORGES, M. I; PAULA, P. H. P; PINHEIRO, H. P. Gestão Estratégica de Pessoas no Poder Executivo do RS: ações realizadas e os subsistemas de Gestão Estratégica de Pessoas. Revista de Estudos de Planejamento – Edição n.20, Dez, 2022.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Referencial para avaliação de governança multinível em políticas públicas descentralizadas / Tribunal de Contas da União, Instituto Rui Barbosa, Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil – Brasília : TCU, Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex), Secretaria de Controle Externo da Educação (SecexEduc), 2021.
- BUCCI, M. P. D. Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. 2ª ed.
- CARVALHO, M. Manual de Direito Administrativo. Salvador: JusPODIVM. 5ª ed, 2018.
- CASA CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR / Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [et al.]. –Brasília: Presidência da República, 2018.
- COSO. Committee of Sponsoring Organization of the Treadway Commission. Controle Interno - Estrutura Integrada. Sumário Executivo. 2013.
- COSTA JÚNIOR, L. B. Questionário de autoexame como ferramenta de controle interno e gestão de riscos. Revista Debates em Administração Pública – REDAP, 3(3). 2022.
- CALDERÓN, F; CASTELLS, M. A Nova América Latina. Rio de Janeiro: Zahar, 2021. 1ª ed.
- CHRISTODOULIDIS, E. Constitucionalismo Político e a ameaça do “Mercado Total”. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.
- DE BRITO, B. M. B; SILVEIRA, A. H. P. Parceria público-privada: compreendendo o modelo brasileiro. Revista do Serviço Público, v. 56, n. 1, p. 7-21, 2005.
- DOS ANJOS, M. L. O Mecanismo de Gestão e Regulação nas Parcerias Público Privadas-PPPs: Ações Necessárias. HUMANIDADES E TECNOLOGIA (FINOM), v. 19, n. 1, p. 172-192, 2020.
- DIAS, J.C. O Controle Judicial de Políticas Públicas. Salvador: JusPODIVM, 2016. 2ª ed.
- DOS SANTOS NAKAMURA, A. L. As parcerias público-privadas e a infraestrutura no Brasil. Revista de Direito Administrativo, v. 278, n. 2, p. 131-147, 2019. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/80052> . Acesso em: 20 de janeiro de 2023.
- ETZKOWITZ, H. Innovation in Innovation: the triple helix of university – industry – government relations. Social Science Information. SAGE publications, v.42. n.3, p.p 293-337, 2003.

ETZKOWITZ, H. **Diálogos de Retomada Empreendedora**. Entrevista com Dr. Henry Etzkowitz. In: Instituto Militar de Engenharia – IME. 14.05.2020.

ENGEL, E.; FISCHER, Ronald D.; GALETOVIC, A. A economia das parcerias público-privadas: um guia básico. **Cambridge University Press**, 2014.

FLEURY, N. M.; MELLO FILHO, L. L. de. **Gestão da Inovação**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2021.

GOMES, Marcela Thiago et al. Análise das Parcerias Público-Privadas em Portugal e de diferentes experiências na Europa. 2022. Dissertação de Mestrado. Acesso em 20 de fevereiro 2023. Disponível em: <https://recil.ensino-lusofona.pt/handle/10437/12947>.

HABERMAS, J. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

HEIDEMANN, F.; SALM, J. F. Políticas Públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise. Brasília: **Editora Universidade de Brasília**, 3ª ed, 2014.

JUSTEN FILHO, M. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

KETTL, D. A Revolução global: reforma da administração do setor público. Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial. PEREIRA, L. C. B; SPINK, P. K (Orgs.), Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, 7ª ed.

LACERDA, A. C. Reindustrialização: para o desenvolvimento brasileiro. São Paulo: **Editora Contracorrente**, 2022.

Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 dez. 2004.

Lei nº 13.529 de 4 de dezembro de 2017. Dispõe sobre a participação da União em fundo de apoio à estruturação e ao desenvolvimento de projetos de concessões e parcerias público-privadas.

LIRA, E. Alinhamento partidário e oferta de políticas públicas no Brasil. Revista de Administração Pública – RAP. Rio de Janeiro 57 (1): e-2022-0135, 2023.

MARENCO, A. Policy – making ou recompensas? Nomeações políticas nos governos municipais brasileiros. Revista de Administração Pública – RAP. Rio de Janeiro 57 (1): e-2022 – 0182, 2023.

MARINGONI, G. O Estado, Agendas e disputas políticas. In: A volta do Estado Planejador. Neoliberalismo em xeque. São Paulo: Editora Contracorrente. 2022.

MEDAUAR, O. Direito Administrativo Moderno. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MILL, J. S. O Utilitarismo. São Paulo: Iluminuras, 2020, 2ª ed.

MILL, J. S. O Governo Representativo. São Paulo: Ibrasa, 1995. 3ª ed.

PESTOFF, V.; BRANDSEN, T.; VERSCHUERE, Bram (Ed.). New public governance, the third sector, and co-production. London: Routledge, 2012.

PESSOA, R.S. Direito Administrativo, garantismo democrático e eficiência: a busca do equilíbrio necessário. Revista Digital de Direito Administrativo. Universidade de São Paulo, vol. 10, nº 1, p. 88-104. 2023.

PLANO DIRETOR DA REFORMA DO APARELHO DE ESTADO. Brasília. Presidência da República, 1995.

POLLITT, C; BOUCKAERT, G. Public Management Reform: a comparative analysis-Into the age of austerity, 4 Ed. Oxford: Oxford University Press, 2017.

PORTAL DA AGENDA 2030 DO GOVERNO FEDERAL. <https://odsbrasil.gov.br>

ROSE-ACKERMAN, S. Corrupção e Governo: Causas, consequências e reforma. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2020.

SCHOUTE, M.; BUDDING, T.; GRADUS, R. Municipalities' choices of service delivery modes: the influence of service, political, governance, and financial characteristics. International Public Management Journal, v. 21, n. 4, p. 502-532, 8 ago. 2018.

SERVA, M. Análise Pragmatista de Organizações. Revista de Administração de Empresas. RAE - FGV-EAESP. São Paulo, v. 63, n.1, p.p. 1-22, 2023.

SORRENTINO, W. As Travessias. In: A volta do Estado Planejador. Neoliberalismo em xeque. São Paulo: Editora Contracorrente. 2022.

TEECE, D. A Capability Theory of the firm: an economics and (Strategic) management perspective. New Zealand Economic Papers. v.53, n.1, p. 1-43, 2019.

CAPÍTULO 15

IMUNIDADE PARLAMENTAR

Ângela Sabát
Yan Wallace Ramos Costa

1. IMUNIDADE PARLAMENTAR: GENERALIDADE E CONCEITO

O estudo do instituto, em que assegura Deputados, Senadores, Congressistas, membros de Câmaras e Parlamentos uma garantia que implica prerrogativas excepcionais, teremos em vista indicar as origens e a posição histórica e atual, no direito legislativo e na doutrina.

Aos parlamentares se reconhece, em geral, imunidade contra prisão e processos, salvo licença da Câmara de que se faz parte, e a inviolabilidade ao exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos.

Etimologicamente, imunidade vem do latim *immunitas*, vocábulo que significa privilégio, isenção, prerrogativa. A imunidade parlamentar, de antiquíssima origem anglo-saxônica, representa uma vigorosa conquista democrática, um ponto comum do direito Constitucional e Administrativo de todos os povos.

Nasceu a imunidade parlamentar das práticas e dos costumes, incluindo-se fragmentariamente no direito constitucional inglês como resultado dos conflitos entre a Coroa e a Câmara dos comuns tendo o instituto, após secular sedimentação, formando-se no *Bill of Rights*, de 13 de fevereiro de 1689, cujo § 9º declarou:

“que a liberdade da palavra e os debates ou processos parlamentares não devem ser submetidos a acusação ou apreciação em nenhum tribunal ou em qualquer lugar que não seja o próprio parlamento.”

O princípio passou depois pra constituições escritas no século XVIII, como a dos Estados Unidos da América, de 1787 (artigo 1º seção VII)¹ e a da França de 1791 (seção v.7). Nos séculos XIX e XX, a regra é acolhida expressamente, embora com variações em todas as constituições editadas.

As imunidades parlamentares representam uma garantia do Poder Legislativo. Traduzir uma exceção ditada constitucionalmente ao direito comum, porque nas suas duas formas clássicas, irresponsabilizam os representantes do povo, no exercício de suas funções, por suas opiniões, palavras e votos, impedem que eles sejam presos ou processados criminalmente sem prévia licença de sua Câmara.

2. DOUTRINA BRASILEIRA SOBRE A IMUNIDADE PARLAMENTAR

A imunidade não é privilégio incompatível com o regime igualitário em vigor, nem direito subjetivo ou pessoal; é prerrogativa universalmente aceita por motivos de ordem superior, ligados intimamente às exigências primordiais do sistema representativo e ao jogo normal das instituições nos governos constitucionais; relaciona-se com a própria economia da divisão dos poderes, assegurando a liberdade e a Independência do Legislativo; sancionar o direito impreterível que tem Nação de manifestar a própria vontade pelo órgão dos seus mandatários, não deixando este à mercê de a gente do Judiciário que às vezes não passam de instrumentos do Executivo².

As imunidades parlamentares não constituem propriamente privilégio dos membros do Congresso. São prerrogativas criadas bem da Câmara, do Senado, do Parlamento, da Constituição, da Lei, da Nação. Os membros do Poder Legislativo só gozam do privilégio por serem representantes da Nação, que os escolheu, a fim de que, em nome dela e por ela, elaborem a vontade estatal.

Uma das principais missões do Poder Legislativo é a autorização ou aprovação de atos do Poder Executivo dos órgãos legislativos estaduais nos casos dos artigos 2º³ e 63⁴, II; da Constituição Federal; de modo que, sem a liberdade

¹ Os Senadores e Representantes receberão, por seus serviços, remuneração estabelecida por lei e paga pelo Tesouro dos Estados Unidos. Durante as sessões, e na ida ou regresso delas, não poderão ser presos, a não ser por traição, crime comum ou perturbação da ordem pública. Fora do recinto das Câmaras, não terão obrigação de responder a interpelações acerca de seus discursos ou debates.

Nenhum Senador ou Representante poderá, durante o período para o qual foi eleito, ser nomeado para cargo público do Governo dos Estados Unidos que tenha sido criado ou cuja remuneração for aumentada nesse período; e nenhuma pessoa ocupando cargo no Governo dos Estados Unidos poderá ser membro de qualquer das Câmaras enquanto permanecer no exercício do cargo.

²

³ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

⁴ Art. 63, II - nos projetos sobre organização dos serviços administrativos da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, dos Tribunais Federais e do Ministério Público.

de opinião, estariam irreversivelmente sacrificados aos resultados. Um do poder sem força diante do poder que comanda a força é nomeia os membros dos Ministérios e os juízes. A regra de direito material faz-se imprescindível e não ofende os princípios da democracia e da igualdade – serve a eles.

Definir a imunidade parlamentar como uma garantia funcional, em geral bipartida em expediente material e formal, admitida nas Constituições para o livre desempenho do ofício dos membros do poder legislativo e evitar desfalques na integração do respectivo *quorum*.

Os representantes políticos gozam de ampla Liberdade de opinião, palavra de voto, quando no exercício do mandato. É *conditio sine qua non* do livre exercício do mandato. A imunidade dos representantes do povo, durante o desempenho de suas nobilíssimas funções e condição essencial a existência das assembleias legislativas.

E se ela não fora a liberdade das opiniões tornar-se-ia de todo impossível, como impossível a responsabilidade do mandato; sendo certo, aliás, que tudo isso, decorrente de um interesse público de elevada monta, resolve-se a final em merecida homenagem, rendida à soberania nacional.

Todos os governos representativos concedem imunidade e prerrogativas aos membros do Poder Legislativo. Tais imunidades e prerrogativas não significam um privilégio pessoal: são instituídas como uma garantia funcional e, em tais condições, pertence a toda Câmara e não a cada um dos seus membros, isoladamente.

Um interesse de ordem social superior exige que o representante tenha absoluta Liberdade de falar sem temer a autoridade executiva e judiciária. No exercício de suas funções de mandatário da sociedade, ele não deve ter diante de si senão autoridade do Presidente de sua Câmara, ou antes, da lei interna que o regula. Tal é, em suma, o fundamento jurídico da imunidade parlamentar.

Tais prerrogativas não são pessoais, nem atentatórias ao princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei; são prerrogativas inerentes às funções legislativas, necessárias a bem da dignidade, independência do Corpo Legislativo, para amparar os seus membros contra a possibilidade de violências e arbitrariedades dos outros poderes.

Os deputados terão de se manifestar sobre assuntos que entendem diretamente com interesse particular, terão de verberar e reprimir abusos e para que, com toda a inserção, segurança e liberdade, possam desempenhar as funções do seu mandato, é mister garanti-los contra o receio de todo e qualquer elemento de compreensão.

3. IMUNIDADE MATERIAL

A imunidade material é a inviolabilidade que a doutrina francesa denomina “irresponsabilidade”, acobertado pela inviolabilidade, o parlamentar não pode ser

alcançado, não pode ser processado, não pode ser perseguido, nem molestado, no exercício de seu mandato, por suas opiniões, palavras e votos. Inexiste crime neste caso, o que vale dizer: as opiniões palavras votos perdem qualificação penal quando proferidas por parlamentares no exercício de mandato legislativo.

À luz do direito contemporâneo pode-se afirmar que a maioria dos países reconhece irresponsabilidade absoluta tanto civil quanto criminal, pelas opiniões, palavras e votos que os parlamentares proferem no exercício do mandato. Assim é, por exemplo, no Japão, na Argentina, na Espanha, na Itália, e na França. Outros, porém, contemplo a irresponsabilidade relativa, o ponto restrições é inviolabilidade excluindo em determinados casos.

A Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, artigo 1º seção VI, dispunha que os Senadores e os Representantes gozaram do privilégio de não poder, em caso algum, serem presos enquanto se acharem presentes à sessão de sua respectiva Câmara, nem durante o tempo que gastarem para ir a ela ou dela voltarem, salvo por traição pátria e violação da paz pública.

Em regra geral, pois, o Deputado ou Senador é livre pra falar, votar, emitir conceitos, pareceres opiniões, no exercício de seu mandato. A não ser que se trate de caso tipificado no código penal como injúria, difamação ou calúnia, crimes contra a honra, o Parlamentar é excluído da ação, a hipótese criminal não se configura, por força daquele dispositivo condicional material.

A imunidade material, também chamada inviolabilidade, consiste na irresponsabilidade civil e criminal do Parlamentar. É uma garantia que lhe defere, uma prerrogativa que protege, menos a ele, individual e pessoalmente, mas é o próprio Poder que ele íntegra, para que o Legislativo cumpra e possa cumprir, sem entraves, o seu relevante papel, histórico e constitucional, de intérprete fiel, indormido e corajoso das mais justas aspirações e dos mais lídimos anseios e interesse do povo.

A imunidade parlamentar é um verdadeiro esteio do regime democrático. Não representa um privilégio pessoal, insistimos, mas garantia do próprio Poder Legislativo. Que as poucas nações desconhecem imunidade material ou irresponsabilidade legal são dominadas pela chamada ditadura do proletariado.

A imunidade de direito constitucional material enlaça todos os atos peculiares a função legislativa, deixe de que praticados no exercício da mesma.

Não é só o discurso feito na Tribuna, que está abrangido pela imunidade. Também os pareceres e votos nas Comissões, entrevistas dadas a jornais, rádios, televisões, e, enfim, toda a opinião que se relacione com o exercício do mandato, todo ato que nele esteja explícito ou implícito.

4. IMUNIDADE FORMAL

A imunidade formal é uma prerrogativa do Parlamentar por atos praticados fora do exercício do mandato. E, ao contrário da inviolabilidade, que é

absoluta, ampla, permanente, não pode ser suspensa, admite que ela seja levantada pelo Parlamentar, e Deputado ou Senador processando criminalmente, se a respectiva Câmara der licença para tal. A inviolabilidade, não sendo delito contra a honra, exclui o crime, inadmite o processo. A imunidade formal não exclui o crime, apenas obsta, paralisa, suspende o processo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As imunidades prevalecem desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte. Abre-se, na vida do Congressista, um período durante o qual não se permite a prisão ou o processo criminal sem prévia licença da Câmara de que é membro. Finda a legislatura, cessam imediatamente as imunidades uma vez terminado o mandato cuja existência é a única razão pela qual são elas concedidas.

Assim sendo, a prisão legalmente decretada, que não se efetivou por falta da autorização da Câmara competente, poderá ser imediatamente executada; o processo que, por falta de tal licença, não se instaurou ou não teve seguimento, poderá ser logo instaurado ou seguir seus trâmites normais.

Há de ser sempre entendido que a recusa da licença para a prisão ou para o processo criminal não importa julgamento do mérito da causa. Por isso mesmo o Poder Judiciário, mediante qualquer de seus órgãos, não está obrigado a paralisar sua ação em razão da deliberação tomada por qualquer das Casas do Congresso Nacional, deliberação que somente prevalece enquanto o acusado estiver exercendo o mandato, for membro componente de qualquer delas.

Cessado o mandato, por haver chegado a seu término, em virtude de renúncia ou por haver sido perdido, o Poder Judiciário, desembaraçadamente, está em condições de agir contra o ex-congressista, preservada sempre a inviolabilidade que o art. 44 da Constituição assegura, quanto a opiniões, palavras e votos.

Há de ser sempre entendido que a recusa da licença para a prisão ou para o processo criminal não importa julgamento do mérito da causa. Por isso mesmo o Poder Judiciário do reinício da atividade judiciária, seja suficiente para que se complete prazo capaz de produzir, por meio de prescrição, a extinção da punibilidade.

Está aí efeito, que o legislador não previu, da concessão de imunidades parlamentares. Enquanto lei ordinária, não determinar que a recusa de licença para a prisão ou para o processo criminal importa suspensão do curso do prazo de prescrição, frequentemente ocorrerá extinção de ação penal em virtude de haver decorrido, durante o exercício do mandato, tempo suficiente para completar-se aquele prazo.

Observações sobre a prática do instituto das Imunidades Parlamentares. A aplicação dos princípios que informam o Instituto das Imunidades

Parlamentares se tem feito com restrições algumas vezes e outras vezes com ampliações, que não se ajustam, umas e outras, à melhor interpretação dos dispositivos constitucionais.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- ACKERMAN, Bruce. A nova separação dos poderes. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ATIENZA, Manuel. Constitucionalismo, globalización e derecho. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Coord.). El Canon neoconstitucional. Madri: Trotta, 2010.
- BARBER, Nicholas W. Constitutionalism: negative and positive. Oxford Legal Studies Research, n. 7/2015.
- BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BINENBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. “Brançosos e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2008.
- CAROLAN, Eoin. The new separation of powers: a theory for the modern state. Oxford University Press, 2009.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- FREITAS, Luiz Fernando Calil de. Direitos Fundamentais: limites e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Teoria da norma jurídica. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- FUNARI, Pedro Paulo. Grécia e Roma – vida pública e vida privada. Cultura, pensamento e mitologia. Amor e sexualidade. Editora Contexto. São Paulo. 2001.
- GARCIA, Emerson. Conflito entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- LANDAU, David. Instituciones políticas y función judicial enderecho constitucional comparado. Revista de Economía Institucional, Vol. 13, Nº 24, primeiro semestre/2011.
- METZGER, Gillian E. Administrativeconstitutionalism. Texas Law Review, Vol. 91, 2012, p. 1897-1935.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Poder, Direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- ROULAND, Norbert. Roma, Democracia Impossível? Os agentes do Poder na Urbe Romana. Editora UnB. Brasília/DF. 1997. 477p. Tradução Ivo Martinazzo.

CAPÍTULO 16

A OBRIGATORIEDADE DO CONCURSO PÚBLICO PARA O INGRESSO NA ATIVIDADE NOTARIAL E REGISTRAL

Luisa Helena Cardoso Chaves

1. INTRODUÇÃO

Consideram-se serviços notariais e de registros os “de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos”¹. Essa definição apresenta as finalidades das serventias notariais e registrais, que são: publicidade, autenticidade, segurança e eficácia.

A Lei n. 8.935 de 1994, mais conhecida como Lei dos Cartórios ou Lei dos Notários e Registradores, em seu artigo 5º, apresenta quais são os tipos de serviços notariais e de registros existentes no ordenamento jurídico brasileiro: tabelionatos de notas, tabelionatos/registros de contratos marítimos, tabelionatos de protestos de títulos, registros de imóveis, registros de títulos e documentos e civis das pessoas jurídicas, registros civis das pessoas naturais e de interdições e tutelas e registros de distribuição.

Para o desempenho dessas funções, o notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador são, mediante atribuição da própria legislação acima mencionada, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.

Entende-se por fé pública determinada confiança atribuída pela lei ao titular da serventia notarial e de registro que declare, no exercício da sua função, determinados fatos ou atos com presunção de verdade.

2. NATUREZA JURÍDICA DAS ATIVIDADES NOTARIAIS E DE REGISTROS

Muito se tem discutido a respeito da natureza jurídica desses serviços. Entretanto, é relevante destacar que a natureza jurídica é pública e o seu exercício

¹ RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. **Direito Notarial e Registral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 04.

que é privado. Sobre o assunto, sustenta o autor Walter Ceneviva que “a atividade registrária, embora exercida em caráter privado, tem características típicas de serviço público”². Desta forma, os titulares que exercem as atividades notariais e de registros são considerados agentes públicos em colaboração com o Poder Público.

O próprio Supremo Tribunal Federal ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2602/2002³ sobre a aposentadoria compulsória por idade considerou que os serviços notariais e de registros têm natureza pública:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO N. 055/2001 DO CORREGEDOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. NOTÁRIOS E REGISTRADORES. REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS. INAPLICABILIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 20/98. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE EM CARÁTER PRIVADO POR DELEGAÇÃO DO PODER PÚBLICO. INAPLICABILIDADE DA APOSENTADORIA COMPULSÓRIA AOS SETENTA ANOS. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. O artigo 40, § 1º, inciso II, da Constituição do Brasil, na redação que lhe foi conferida pela EC 20/98, está restrito aos cargos efetivos da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios — incluídas as autarquias e fundações. 2. **Os serviços de registros públicos, cartorários e notariais são exercidos em caráter privado por delegação do Poder Público — serviço público não-privativo.** 3. Os notários e os registradores exercem atividade estatal, entretanto não são titulares de cargo público efetivo, tampouco ocupam cargo público. Não são servidores públicos, não lhes alcançando a compulsoriedade imposta pelo mencionado artigo 40 da CB/88 — aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade. 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (grifo nosso).

Portanto, é evidente que a atividade notarial e de registro, embora exercida em caráter privado, tem natureza pública. Corroborando tal entendimento, cita-se brilhante conclusão do autor Luís Paulo Aliende Ribeiro⁴, o qual enfatiza que “são peculiares e exclusivos os contornos da função pública notarial e de registros no Brasil. A atividade apresenta uma face pública, inerente à função pública e por tal razão regrada pelo direito público (administrativo), que convive, sem antagonismo, com uma parcela privada, correspondente ao objeto privado do direito notarial e registral e ao gerenciamento de cada unidade de serviço, face esta regrada pelo direito privado”.

² CENEVIVA, Walter. **Lei dos Registros Públicos Comentada**. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 06-07.

³

⁴ RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. **Regulação da função pública notarial e de registro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 181.

Acrescenta o autor que “o serviço público vai até o reconhecimento de que se trata de função estatal; de que o Estado mantém a titularidade do poder da fé pública cujo exercício delega a particulares, o que abrange a regulação da atividade no âmbito da relação de sujeição especial que liga cada particular titular de delegação ao Estado outorgante, a organização dos serviços, a seleção (mediante concurso de provas e títulos) dos profissionais do direito, a outorga e cessação da delegação, a regulamentação técnica e a fiscalização da prestação dos serviços para assegurar aos usuários sua continuidade, universalidade, uniformidade, modicidade e adequação”.

Oportuno mencionar que a fiscalização das serventias notariais e de registros será desempenhada pelo Poder Judiciário. A fiscalização judiciária dos atos notariais e de registro será exercida pelo juízo competente, assim definido na órbita estadual e do Distrito Federal, sempre que necessário, ou mediante representação de qualquer interessado, quando da inobservância de obrigação legal por parte de notário ou de oficial de registro, ou de seus prepostos.

Ademais, os titulares das serventias notariais e de registros têm o direito na percepção dos emolumentos integrais pelos atos praticados na serventia. Neste caso, os emolumentos são considerados tributos pertencentes à categoria de taxa, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CUSTAS JUDICIAIS E EMOLUMENTOS EXTRAJUDICIAIS - NATUREZA TRIBUTÁRIA (TAXA) - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que as custas judiciais e os emolumentos concernentes aos serviços notariais e registrais possuem **natureza tributária, qualificando-se como taxas remuneratórias de serviços públicos**, sujeitando-se, em consequência, quer no que concerne à sua instituição e majoração, quer no que se refere à sua exigibilidade, ao regime jurídico-constitucional pertinente a essa especial modalidade de tributo vinculado, notadamente aos princípios fundamentais que proclamam, dentre outras, as garantias essenciais (a) da reserva de competência impositiva, (b) da legalidade, (c) da isonomia e (d) da anterioridade. Precedentes. Doutrina. (STF - ADIn 1.378-5 - TP - Rel. Min. Celso de Mello - DJU 23.05.1997) JCF.236”. (grifo nosso).

Apesar de ser uma função pública, a atividade notarial e de registro será exercida por conta em risco do titular da serventia, uma vez que a lei define que o “gerenciamento administrativo e financeiro dos serviços notariais e de registro é da responsabilidade exclusiva do respectivo titular, inclusive no que diz respeito às despesas de custeio, investimento e pessoal, cabendo-lhe estabelecer normas, condições e obrigações relativas à atribuição de funções e de remuneração de seus prepostos de modo a obter a melhor qualidade na prestação dos serviços”.

3. A OBRIGATORIEDADE DO CONCURSO PÚBLICO PARA O INGRESSO NA ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO

O ingresso na atividade notarial e de registro se dá por meio de concursos públicos de provas e títulos. Essas serventias são delegadas aos particulares (os que forem aprovados em concurso público) pelo Poder Público para exercer as respectivas funções. A própria Constituição Federal de 1988, em seu artigo 236, estabelece que “os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público”.

Como o serviço é de natureza pública, aplicam-se os Princípios da Administração Pública: Princípio da Legalidade, Princípio da Impessoalidade, Princípio da Moralidade, Princípio da Publicidade e Princípio da Eficiência.

A autora Juliana de Oliveira Xavier Ribeiro⁵ explica que “o constituinte de 1988 optou pelo exercício em caráter privado, por delegação do poder público, das atividades extrajudiciais notariais e de registro. Apesar de o serviço ser público, deveria ser exercido em caráter privado por meio de delegação. Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do Direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro. Por isso o serviço notarial e registral será regido por normas do Direito Administrativo”.

Por muitos anos, o ingresso na atividade notarial e registral se dava sem seleção específica perpetuando-se aquela delegação por uma única família por vários anos. Muitos desses cartórios eram denominados pelo sobrenome de família, o que vem caindo em desuso. Os serviços dos cartórios no Brasil sempre tiveram grande importância desde o Brasil Colônia, momento em que se realizavam os atos notariais e de registros por meio de Ordenações do Reino.

A obrigatoriedade do concurso público para o ingresso na atividade notarial e registral através da Constituição Federal de 1988 foi um grande avanço, afinal, permitiu que qualquer pessoa desde que preenchido os requisitos legais tenha a oportunidade de ingressar na carreira através do mérito e não por indicação.

Vale observar, ainda, que para ser tornar tabelião ou registrador de determinada serventia, necessário se faz que esta serventia esteja inserida no edital do referido certame. Permitir que serventia fora do edital seja escolhida por candidato contraria os ditames constitucionais e fere claramente nossa Carta Magna, gerando grave insegurança jurídica.

A Resolução do Conselho Nacional de Justiça n. 81 de 2009 trouxe disposições sobre os concursos públicos de provas e títulos, para a outorga das delegações de notas e de registro. Corroborando o entendimento da obrigatoriedade de concurso público para o ingresso na atividade, ressalta-se a referida resolução que o ingresso, por provimento ou remoção, na titularidade dos serviços notariais e de registros de-

⁵ RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. **Direito Notarial e Registral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 04.

clarados vagos, se dará por meio de concurso de provas e títulos realizado pelo Poder Judiciário, nos termos do § 3º do artigo 236 da Constituição Federal.

A Comissão Examinadora competente para acompanhar o concurso público será composta por um Desembargador, que será seu Presidente, por três Juízes de Direito, um Membro do Ministério Público, um Advogado, um Registrador e um Tabelião cujos nomes constarão do edital.

Ficará a cargo da Comissão Examinadora do Concurso a confecção, aplicação e correção das provas, a apreciação dos recursos, a classificação dos candidatos e demais tarefas para execução do concurso, podendo delegar o auxílio operacional a instituições especializadas.

A resolução trouxe algumas modificações, entretanto, uma vez mais cancelou a importância do concurso público para o ingresso na atividade notarial e registral. Qualquer ingresso na atividade notarial e registral sem concurso público ou decisão que venha a permitir que serventia vaga posterior ao edital seja escolhida está flagrantemente inconstitucional.

Muitos anos foram necessários para qualquer cidadão com os requisitos legais ter a oportunidade de se tornar tabelião e registrador e, cabe à sociedade e aos operadores de direito observar o cumprimento da Constituição Federal.

4. CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que a obrigatoriedade de concurso público para o ingresso na atividade notarial e registral representou avanço com o advento da Constituição Federal de 1988 democratizando o ingresso na atividade notarial e registral. Permitir que o ingresso na atividade notarial e registral ocorra sem concurso público ou que serventia vaga após o edital seja passível de escolha caracteriza flagrante inconstitucionalidade, gerando grave insegurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L6015.htm> (acesso em fevereiro de 2023).

BRASIL. Lei n. 8.935, de 18 de novembro de 1994. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8935.htm> (acesso em fevereiro de 2023).

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao.htm (acesso em fevereiro de 2023).

CENEVIVA, Walter. Lei dos Notários e dos Registradores Comentada. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Lei dos Registros Públicos Comentada. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. Regulação da função pública notarial e de registro. São Paulo: Saraiva, 2009.

RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. Direito Notarial e Registral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

CAPÍTULO 17

TUTELA CONSTITUCIONAL DO PATRIMÔNIO ARQUIVÍSTICO

Vicente José Malheiros da Fonseca

“O passado acumulado é o único tesouro do homem, o seu privilégio, a sua marca, o que realmente o distingue dos animais inferiores” (*Ortega y Gasset*).
“Fisicamente, habitamos um espaço, mas, sentimentalmente, somos habitados por uma memória” (*José Saramago*).

1. PROLEGÔMENOS

Os povos civilizados têm imenso apreço pelas instituições judiciárias.

O patrimônio arquivístico preservado nos órgãos do Poder Judiciário constitui rica fonte de pesquisa. É a história, que alimenta a nossa cultura.

No Brasil, a Justiça do Trabalho julga as questões de interesse de desempregados, de trabalhadores humildes, de operários analfabetos e de obreiros que ajudam a construir o nosso país.

No início deste século XXI, cogitou-se da extinção da Justiça do Trabalho. Na época, Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região e Presidente do Colégio de Presidentes e Corregedores dos TRTs do Brasil, eu dizia que acabar com esse ramo especializado do Poder Judiciário significaria lançar ao desespero, à desesperança, ao caos social todos aqueles que, oprimidos pelos abusos do capitalismo, pretendem ver reparadas as injustiças pela falta de pagamento de seus salários, das indenizações legais resultantes da dispensa sem justa causa etc. Afinal de contas, o desemprego é um problema universal, porque provoca a criminalidade, a revolta, a fome e retira a dignidade da pessoa humana e a cidadania.

Diversos eventos têm sido promovidos para resgatar a memória da Justiça do Trabalho e de outros ramos do Poder Judiciário em nosso país.

2. MONUMENTOS HISTÓRICOS

Posso mencionar, de passagem, alguns monumentos históricos importantes no mundo.

O **Lincoln Memorial** é um monumento localizado em Washington D.C., Estados Unidos, em homenagem ao ex-presidente estadunidense Abraham Lincoln. O monumento foi concluído em 1922 e arquitetado por Henry Bacon, o escultista foi Daniel Chester French e o pintor dos murais internos foi Jules Guerin. O monumento está aberto para visitação pública 24 horas por dia.

O **Memorial da América Latina** é um centro cultural, político e de lazer, inaugurado em 18 de março de 1989 na cidade de São Paulo (SP). O conjunto arquitetônico, projetado por Oscar Niemeyer, é um monumento à integração cultural, política, econômica e social da América Latina, situado em um terreno de 84.482 metros quadrados no bairro da Barra Funda. Seu projeto cultural foi desenvolvido pelo antropólogo Darcy Ribeiro. É uma fundação de direito público estadual, com autonomia financeira e administrativa, vinculada à Secretaria de Estado da Cultura.

O **Memorial Câmara Cascudo** é um ponto turístico da cidade de Natal, capital do Estado do Rio Grande do Norte. Fica localizado próximo à antiga catedral. Eu estive lá e encontrei alguns volumes publicados, pelo Governo do Estado do Pará, da Obra Musical de Wilson Fonseca (Maestro Isoca), meu saudoso pai, com dedicatória do compositor santareno, que se correspondia com o grande escritor potiguar.

O **Memorial Pontes de Miranda da Justiça do Trabalho em Alagoas (MPM)** é um importante museu brasileiro, localizado no centro da cidade de Maceió, capital do Estado de Alagoas. Foi instituído em 1994 pelo Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região, com o objetivo de preservar e divulgar a obra do célebre jurista alagoano Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, bem como a história da Justiça do Trabalho naquele Estado. Conta com biblioteca e arquivo, sedia exposições temporárias e realiza atividades culturais.

3. TUTELA CONSTITUCIONAL DO PATRIMÔNIO ARQUIVÍSTICO

A tutela constitucional do patrimônio arquivístico, no Brasil, é assegurada desde o art. Art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição República, que assim dispõe, ao tratar dos princípios fundamentais:

Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe,

à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Estabelece, ainda, a Carta Magna:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural.

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

Art. 30. Compete aos Municípios:

IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

No tópico que cuida da CULTURA, a Lei Fundamental consagra as normas básicas alusivas à matéria, diversas com a redação determinada pelas Emendas Constitucionais n.ºs. 48/2005 e 71/2012, que instituem o Plano Nacional de Cultura e o Sistema Nacional de Cultura:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

2º - A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)
I defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

II produção, promoção e difusão de bens culturais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

III formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

IV democratização do acesso aos bens de cultura; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

V valorização da diversidade étnica e regional. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§ 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

§ 2º - Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

§ 3º - A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

§ 4º - Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

§ 5º - Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

§ 6º É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a fundo estadual de fomento à cultura até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, para o financiamento de programas e projetos culturais, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

I - despesas com pessoal e encargos sociais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

II - serviço da dívida; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

Art. 216-A. O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012)

§ 1º O Sistema Nacional de Cultura fundamenta-se na política nacional de cultura e nas suas diretrizes, estabelecidas no Plano Nacional de Cultura, e rege-se pelos seguintes princípios: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012)

I - diversidade das expressões culturais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012)

II - universalização do acesso aos bens e serviços culturais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012)

III - fomento à produção, difusão e circulação de conhecimento e bens culturais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012)

IV - cooperação entre os entes federados, os agentes públicos e privados atuantes na área cultural; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012)

V - integração e interação na execução das políticas, programas, projetos e ações desenvolvidas; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012)

VI - complementaridade nos papéis dos agentes culturais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012)

VII - transversalidade das políticas culturais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012)

VIII - autonomia dos entes federados e das instituições da sociedade civil; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012)

IX - transparência e compartilhamento das informações; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012)

X - democratização dos processos decisórios com participação e controle social; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012)

XI - descentralização articulada e pactuada da gestão, dos recursos e das ações; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012)

XII - ampliação progressiva dos recursos contidos nos orçamentos públicos para a cultura. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012)

§ 2º Constitui a estrutura do Sistema Nacional de Cultura, nas respectivas esferas da Federação: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012)

I - órgãos gestores da cultura; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012)

II - conselhos de política cultural; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012)

III - conferências de cultura; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012)

IV - comissões intergestores; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012)

V - planos de cultura; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012)

VI - sistemas de financiamento à cultura; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012)

VII - sistemas de informações e indicadores culturais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012)

VIII - programas de formação na área da cultura; e (Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012)

IX - sistemas setoriais de cultura. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012)

§ 3º Lei federal disporá sobre a regulamentação do Sistema Nacional de Cultura, bem como de sua articulação com os demais sistemas nacionais ou políticas setoriais de governo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012)

§ 4º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão seus respectivos sistemas de cultura em leis próprias. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012)

4. GESTÃO DOCUMENTAL E MEMÓRIA – TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – HINO DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Lembro que o Tribunal Superior do Trabalho destaca em seu Portal, na Internet, um tópico relativo à Conservação e Restauração Documental, especialmente com o objetivo de executar um trabalho de qualidade, com zelo e evitar a deterioração da documentação histórica da Justiça do Trabalho, a cargo da Coordenadoria de Gestão Documental e Memória, com capacitação de servidores e criação do Laboratório de Restauração Documental.

Naquele sítio, está disponível uma Apostila de Processo de Restauração Documental e Materiais Utilizados pelo TST.

Para nossa felicidade, foi incluído, no Portal do TST¹, na Internet, no tópico sobre a História da Justiça do Trabalho, ao lado da Bandeira do TST, das Homenagens Históricas, das Memórias Reveladas e da Linha do Tempo, um dos atuais símbolos da nossa Instituição, qual seja o “*Hino da Justiça do Trabalho*”, de minha autoria, oficializado, em âmbito regional, pela Resolução nº 45, de 09.03.2000 (art. 309 do Regimento Interno do TRT-8ª Região); depois considerado como canção oficial do Colégio de Presidentes e Corregedores dos Tribunais Regionais do Trabalho do Brasil – COLEPRECOR (Resolução nº 001/2010); e, finalmente, oficializado, em âmbito nacional, pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho – CSJT, conforme Resolução nº 91, de 06.03.2012 (publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho nº 934/2012, de 08.03.2012, com a letra e as partituras dos arranjos para Canto e Piano, Coro a 4 vozes mistas e Piano, Quinteto de Cordas e Banda Sinfônica).

O **Memória Viva** do Tribunal Superior do Trabalho é um projeto desenvolvido pela Coordenadoria de Gestão Documental e Memória (CGEDM), sob a orientação da Comissão de Documentação do TST, visando cumprir os objetivos definidos no Programa Nacional de Resgate da Memória da Justiça do Trabalho (Ato Conjunto nº 11/TST.CSJT.GP), além de alinhar-se às metas estratégicas relativas a atuação institucional, “fortalecer a imagem do TST perante a sociedade”.

Tem por escopo:

- Consolidar a memória institucional mediante a realização de inventário de documentos e das peças de interesse histórico;

¹ Confira: <http://www.tst.jus.br/hino-da-justica-do-trabalho>

- Desenvolver o repositório de memória da Justiça do Trabalho;
- Preservar e divulgar o acervo histórico;
- Fomentar a pesquisa de temas relacionados à História e à evolução do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho.

Neste contexto, o Memória Viva tem como premissa a difusão de documentos de arquivo permanentes/históricos. Nesse intuito desenvolve, neste momento, uma ação voltada à recuperação de importantes elementos constitutivos da identidade e da autoimagem do Poder Judiciário Trabalhista, a saber:

- **Colaborar com pesquisadores** e todo o país para que haja um avanço significativo na produção científica relativa à História do Direito e da Justiça do Trabalho. (Alinhamento ao objetivo Fomentar a Pesquisa de temas relacionados à Justiça do Trabalho);
- **PROGRAMA E HISTÓRIA ORAL DO TST** – Instituído pela RA nº 1486, de 6 de dezembro de 2011 – Este Programa alinha-se aos objetivos do Programa Nacional de Resgate da Memória da Justiça do Trabalho;
- **Caderno Memória Viva** – Publicação seriada que reunirá depoimentos orais dos magistrados, membros do ministério público, advogados e servidores da Justiça do Trabalho.

A página do Memória Viva, além de servir como ambiente de disseminação da História do Tribunal Superior do Trabalho e demais instituições ligadas a Justiça do Trabalho, é um espaço para comunicação com pesquisadores e troca de experiências com outros projetos de gestão da memória institucional no âmbito do Poder Judiciário.

5. HISTÓRIA E MEMÓRIA ORAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO EM NOSSA REGIÃO

É momento de refletir: quanto se perdeu por falta de preservação dos debates orais, nos julgamentos do TRT-8, na época em que as sessões da Corte não eram gravadas e nem havia registro taquigráfico?

Imaginemos os debates orais, em sessão do Tribunal, com a presença de Raymundo de Souza Moura, Aloysio da Costa Chaves, Orlando Teixeira da Costa, Roberto Araújo de Oliveira Santos, Semíramis Arnaud Ferreira (falecidos), Pedro Thaumaturgo Soriano de Melo, Lygia Simão Luiz Oliveira, Ríder Nogueira de Brito e outros ilustres membros do nosso Tribunal.

Tive o privilégio de conviver com quase todos esses magistrados trabalhistas, inclusive em sessões do nosso Tribunal, como juiz convocado (desde 1987) e, depois, como membro efetivo da Corte (desde 1993).

Ainda guardo em minha memória momentos inesquecíveis dessa convivência, desse aprendizado, com preciosas lições de vida, de ética e de sacerdócio no exercício da magistratura.

6. ALGUMAS PROPOSTAS PARA A PRESERVAÇÃO DO MEMORIAL

Por oportuno, faço, sinteticamente, algumas propostas para a preservação da Memória da Justiça do Trabalho, um centro cultural, político e de lazer da sociedade:

A disponibilização, no Portal do TRT-8^a Região dos seguintes tópicos, alguns deles já existentes:

1. Todas as Revistas Semestrais do TRT-8, desde o início da coletânea
2. Acórdãos do TRT-8 desde a sua origem (1946)
3. Galeria dos ex-dirigentes do TRT-8
4. Galeria dos magistrados aposentados (1º e 2º grau)
5. Coletânea em homenagem a magistrados trabalhistas e suas produções judiciárias, literárias e culturais

Proponho, ainda, as seguintes ações:

1. Exposição de arquivos
2. Ações educativas
3. Exibição de filmes
4. Bate-papo
5. Mesa redonda
6. Palestras
7. Seminários
8. Encontros
9. Oficinas (exemplo: de fotografias)
10. Visitas guiadas
11. Revistas
12. Concursos
13. Painéis
14. Espetáculos teatrais
15. Danças
16. Evento participativo envolvendo música, celebração litúrgica, programação lúdica voltada às crianças

7. PRIMEIRA SENTENÇA SOBRE TRABALHO ESCRAVO

Na solenidade de abertura do Seminário “Da Senzala até as Leis atuais da CLT”, no dia 15 de maio de 2013, promovido pela Comissão de Avaliação de Documentos e Curadoria do Memorial do TRT da 8ª Região, foi efetuada a cunhagem do Selo Histórico do Processo VTAB Nº 71/1976, oriundo de Abaetetuba-PA (reclamante: Humberto Pereira Cardoso; e reclamados: Murilo Parente de Carvalho & Cia. - proprietários do Engenho Santa Cruz; e Francisco Maués Carvalho), em que foi proferida a primeira sentença sobre trabalho escravo, no Brasil (que contém mais de 100 páginas), em 9 de dezembro de 1976, da minha lavra, então Juiz do Trabalho Substituto, confirmada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região (Acórdão nº 8.442 – Proc. TRT RO 53/77, em 02.05.1977, prolatado pelo juiz Roberto Araújo de Oliveira Santos, Revisor).

Os autos do processo encontram-se no acervo do Memorial do TRT-8ª Região, em Belém (PA); e foram destaque durante a Semana da Memória, realizada pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), em Brasília (DF), em novembro de 2013.

A sentença foi destacada na Tese de Doutorado defendida pelo juiz de direito, paraense, Dr. Elder Lisboa Ferreira da Costa (Doctor Europeo de la Universidad de Salamanca – Espanha; Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra – Portugal; Pesquisador da Corte Europeia de Direitos Humanos – Strasbourg – França; Pesquisador e Observador Internacional – Centro de Estudos da Mulher – CEMUSA - Universidad de Salamanca, Reino da Espanha), perante a Universidad de Salamanca, na Espanha, que lhe outorgou um Prêmio Extraordinário, em virtude de ter apresentado a melhor tese no âmbito do Direito, nos anos de 2013/2014.

Referências sobre a sentença no livro “Escravidão no Brasil - Os pilares da OIT e o discurso internacional - Há escravos no Brasil?”, de autoria do Juiz paraense Elder Lisboa Ferreira da Costa. Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre (RS). 2018.

A sentença também objeto de estudos na elaboração da Tese de Doutorado apresentada pela Juíza do Trabalho Luciana Paula Conforti, sob o tema “Interpretações do Conceito de Trabalho Análogo a de Escravo: a luta pelo direito ao trabalho digno e pelo direito fundamental de não ser escravizado no Brasil”, perante a Universidade de Brasília - Faculdade de Direito - Programa de Pós-Graduação em Direito - Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito, Estado e Constituição, tendo como Orientadora a Prof.^a Dr.^a Gabriela Neves Delgado (Brasília - DF, 19 de março de 2019). Atualmente, Luciana Paula Conforti é Titular a 1ª Vara do Trabalho de Barreiros, do TRT da 6ª Região (Pernambuco), e Vice-Presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) para o biênio 2021-2023.

Link para acesso à Tese de Doutorado:

<https://repositorio.unb.br/handle/10482/35463>

Veja entrevista concedida durante a 2ª Jornada de Debates sobre Trabalho Escravo (2ª Mesa), promovida pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) e outras entidades, realizada em Brasília (DF), nos dias 23 e 24 de novembro de 2004, no auditório do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

<http://www.facebook.com/photo.php?v=598150153547409&l=2925667154510631188>

Assista o **vídeo** da entrevista sobre trabalho escravo e outros temas, concedida ao jornalista Edney José Martins Pereira (Assessoria de Comunicação do TRT8), em 26 de setembro de 2013:

<http://youtu.be/82u-FQOD5gE>

<https://www.facebook.com/photo.php?v=682732415089182&l=7577423981910365830>

<https://www.facebook.com/photo.php?v=682758055086618&l=8347579346749290377>

Assista também o **vídeo** do depoimento que prestei ao Memorial do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região (Justiça do Trabalho), em maio de 2016 (Belém - Pará):

<https://youtu.be/UwDeOGpVK1Y>

Entrevista com o desembargador Vicente José Malheiros da Fonseca - Decano do TRT8

O desembargador Vicente Malheiros fala sobre os 80 anos da Justiça do Trabalho; a primeira sentença sobre o trabalho escravo no Brasil e também sobre a criação do Hino da Justiça do Trabalho.

https://youtu.be/_sRZGmULonA

8. QUASE UMA CONCLUSÃO

As histórias não precisam acabar; as belas histórias estão sempre sendo contadas de novo...

A **sentença** pioneira sobre o Trabalho Escravo, de 1976, agora preservada com a Cunhagem de Selo para registro como Processo Histórico, na Guarda Permanente do Patrimônio Cultural da Memória de nosso Tribunal; a ideia do *Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas*, em 1978; aprovado pelo art. 3º da Emenda Constitucional nº 45/2004 (Reforma do Poder Judiciário); o “*Hino da Justiça do Trabalho*”, que compus em homenagem aos magistrados trabalhistas brasileiros, no Dia de N. S. de Aparecida (Padroeira do Brasil), no Dia da Criança e no dia seguinte ao Círio de N. S. de Nazaré (Padroeira dos paraenses), em 12.10.1998; e o sistema de implantação das **sentenças líquidas**, pioneiro em nosso país, importante procedimento de agilização dos processos trabalhistas, implantado quando fui Presidente desta Corte, no período de

1998/2000, são algumas contribuições que, modestamente, deixo à Memória da Justiça do Trabalho do Brasil.

No mais, a nossa história é construída, dia a dia, por todos nós, magistrados, advogados, procuradores e servidores, que nos empenhamos para bem administrar a Justiça e amamos a nossa profissão.

Por isso, devemos sempre pugnar para “proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos”; e, ainda, contribuir para “impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural”.

Em suma, “preservar para garantir o acesso”.

Tal como diz o “Hino da Justiça do Trabalho²”, minha contribuição cultural a uma instituição a que servi por quase de 50 anos: “Sempre em busca de um grande ideal/No caminho do justo e da lei/Seja a meta atingir, afinal,/Tudo aquilo que um dia sonhei...”

² O “Hino da Justiça do Trabalho” foi gravado pela Orquestra Jovem e Coral “Maestro Wilson Fonseca”, sob regência do Maestro José Agostinho da Fonseca Neto, meu irmão, no CD *Sinfonia Amazônica* (vol. 1, 2002), com arranjo orquestral de Wilson Fonseca (Maestro Isoca), meu saudoso genitor. Está disponível no Portal do TRT-8ª Região, na Internet.

CAPÍTULO 18

A OPERAÇÃO DE TRANSFORMAÇÃO SOCIETÁRIA DE ASSOCIAÇÕES EM SOCIEDADE ANÔNIMA: UMA CRÍTICA POSSÍVEL

*Fernando Ferreira Castellani
Sávio Rui Brabo de Araújo*

1. INTRODUÇÃO

A atividade dos diversos agentes econômicos é desenvolvida mediante diferentes formações jurídicas. A rigor, a atividade lucrativa organizada, é explorada pelas pessoas físicas (quando de pequena expressão) e pelas pessoas jurídicas, na modalidade sociedades, simples ou empresárias.

Existem, contudo, outras formas de organização, conceitualmente não lucrativas, representadas pelas demais pessoas jurídicas de direito privado. Fundações, associações, partidos políticos e organizações religiosas são expressões da comunhão de interesses das pessoas, organizada juridicamente para a consecução de suas finalidades.

Essas organizações, apesar de não terem escopo comercial ou lucrativo, muitas vezes, acabam por exercer atividades de natureza econômica, gerando resultados positivos para seu patrimônio. A depender da expressão desses valores, surgem importantes discussões sobre seu tratamento jurídico e contábil.

Uma delas, objeto desse estudo, é a tendência de diversas associações optarem pela utilização de operação societária de transformação, visando migrar do regime dessas pessoas jurídicas não lucrativas, para a dinâmica das sociedades, especialmente sociedades por ações. Na maioria das vezes, a motivação dessa operação é a relevância e expressão econômica que tais associações acabam alcançando ao longo do tempo, funcionando, na prática, como verdadeiras empresas.

Essa operação, inicialmente vedada expressamente por atos infr legais, representado pela Instrução Normativa n. 35/2017, do Departamento de Registro Empresarial e Integração (DREI), órgão responsável pela orientação e normatização do Sistema de Registro de Empresas, foi supostamente autorizada

pela recente Instrução Normativa n. 81/2020, do mesmo órgão. Essa mudança, apesar de ocorrida no estrito plano de instruções de órgão executivo, reaviva a polêmica envolvendo a questão.

No presente artigo, pretende-se analisar exatamente o ponto da regularidade dessa operação, considerando a natureza jurídica das instituições relacionadas e das regras aplicáveis.

2. DAS ASSOCIAÇÕES

As associações são pessoas jurídicas de direito privado, constituindo-se pela união de pessoas que se organizam para fins *não econômicos*, não havendo, entre os associados, nos moldes do parágrafo único do artigo 53 do CC, direitos ou obrigações recíprocas em face da inexistência do intuito de lucro, haja vista que não se destinam a promover qualquer interesse econômico aos associados.

Doutrinariamente, a *finalidade econômica* é a clássica distinção entre sociedades e associações. Caio Mário da Silva Pereira¹ assevera que a “*distinção nas designações sociedade e associação, que servem para denominar, de um lado, as pessoas jurídicas formadas por um grupo de pessoas, visando a uma finalidade econômica (sociedades), e, de outro lado (associações, as constituídas de um número mais avantajado de indivíduos, tendo em vista objetivos não econômicos ou ideais*”.

Nas palavras de José Eduardo Sabo Paes², associação “*é a forma pela qual certo número de pessoas, ao se congregarem, coloca, em comum, serviços, atividades e conhecimento em prol de um mesmo ideal, objetivando a consecução de terminado fim, com ou sem capital e sem intuítos lucrativos*”.

Importante consignar que o fato de não haver intuito de lucro não impede a pessoa jurídica de auferir rendimentos, como por exemplo, através da prestação de serviços remunerados. Conforme elucida Sergio Campinho, no contexto das associações é incompatível “*que esse ganho venha a remunerar o seu quadro social, devendo ser aplicado, exclusivamente, no desenvolvimento da própria atividade, ou seja, nos fins da própria entidade*”³.

Esse entendimento, inclusive, restou consolidado no Enunciado 534 da VI Jornada de Direito Civil, pelo qual “*as associações podem desenvolver atividade econômica, desde que não haja finalidade lucrativa*.”⁴. A justificativa do enunciado

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I, 23ª. ed. Rio de Janeiro; Forense, 2009, p. 300-301.

² PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense 2020, p. 10.

³ CAMPINHO, Sérgio. *Curso de Direito Comercial: direito de empresa*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 46.

⁴ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. VI Jornada de Direito Civil. *Enunciado 534*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/145>>. Acessado em 12/08/2020.

doutrinário deixou clara a necessidade de afastar a ambiguidade semântica sobre o termo “econômicos” utilizado pelo Legislador no texto do art. 53 do CC:

Andou mal o legislador ao redigir o caput do art. 53 do Código Civil por ter utilizado o termo genérico “econômicos” em lugar do específico “lucrativos”. A dificuldade está em que o adjetivo “econômico” é palavra polissêmica, ou seja, possuidora de vários significados (econômico pode ser tanto atividade produtiva quanto lucrativa). Dessa forma, as pessoas que entendem ser a atividade econômica sinônimo de atividade produtiva defendem ser descabida a redação do caput do art. 53 do Código Civil por ser pacífico o fato de as associações poderem exercer atividade produtiva. Entende-se também que o legislador não acertou ao mencionar o termo genérico “fins não econômicos” para expressar sua espécie “fins não lucrativos”.

Como bem esclarece Sílvia de Salvo Venosa⁵, as associações, de fins não lucrativos, diferenciam-se claramente das sociedades civis, de fins eminentemente lucrativos. A primeira não visa fim econômico ao associado, mas à associação propriamente dita, dado que seu resultado positivo será direcionado à formação de patrimônio social. A segunda, por sua vez, tem finalidade lucrativa e pretende distribuir resultados aos seus membros.

A respeito da distinção entre sociedades e associações pedimos *vênia* para trazermos a este texto a seguinte referência feita por Sabo Paes⁶ que nos oferece, de uma maneira clara e didática, uma melhor explicação a respeito do tema:

A doutrina com base no Código Civil já distinguia as associações das sociedades, sendo que geralmente o termo associação era reservado para as entidades com fins não econômicos ou lucrativos, enquanto sociedade, para as entidades com fins lucrativos, embora não fosse a regra. Regra nova faz parte do Código Civil de 2002, que no art. 53 dispõe: constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizam para fins não econômicos. Portanto, tem-se associação quando não há fim lucrativo ou intenção de distribuir o resultado, embora tenha patrimônio formado por contribuições de seus membros para a obtenção de fins culturais, educacionais, esportivos, religiosos, recreativos, morais etc. A associação não se desnaturaliza mesmo que realize negócios para manter ou aumentar o seu patrimônio, contudo, não pode proporcionar ganhos aos associados, por exemplo, associação esportiva que vende a seus membros uniformes, alimentos, bolas, raquetes etc., embora isso traga, como consequência, lucro para a entidade.

Sociedade, por sua vez, está elencada no inc. II do art. 44 do atual Código Civil, e deve possuir fins econômicos. Portanto, segundo Othon Sidou, “os fins econômicos reservam-se à união de pessoas que reciprocamente se obrigam,

⁵ Venosa, Sílvia de Salvo. *Direito Civil. Parte Geral, volume I*. 9ª. ed.- São Paulo; Atlas, 2009. p. 261.

⁶ PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense 2020, p. 13-14.

mediante contrato de sociedade, a contribuir para o exercício de atividade econômica, e a partilha, entre si, dos resultados obtidos”. É como retrata, na Parte Especial, o art. 981. São as denominadas Sociedades Simples, portanto, visam um fim econômico ou lucrativo, que deve ser repartido entre os sócios, sendo alcançado pelo exercício de certas profissões ou pela prestação de serviços técnicos. Por exemplo: uma sociedade imobiliário (Lei n° 4.728/1965, art. 62); uma sociedade que presta serviços de pintura (RT 39/216); que explora o ramo hospitalar ou escolar; que presta serviços de terraplanagem (RT 395/205).

Tem ela certa autonomia patrimonial e atua em nome próprio, pois sua existência é distinta da dos sócios, de modo que os débitos destes não são da sociedade e vice-versa.

Já a sociedade empresarial, prevista no art. 982 do Código Civil pode ser do tipo: sociedade em nome coletivo (art. 1.039); sociedade em comandita simples (art. 1.045); sociedade limitada (art. 1.052); sociedade em comandita por ação (art. 1.090); e sociedade cooperativa (arts. 1.093/ 1.096).

Ainda sobre a diferenciação das associações e sociedades, leciona Sergio Campinho⁷:

Assim, pelo perfil traçado no direito positivo atual, a associação é um tipo específico de pessoa jurídica de direito privado da qual resulta a união de pessoas que se organizam para fins não econômicos; já a sociedade também se afigura como pessoa jurídica de direito privado, só que resultante da união de pessoas para a exploração de atividade ou atividades dotadas de fins econômicos, com o escopo de partilha de lucro entre os seus membros.

Na mesma linha segue Silvio de Salvo Venosa⁸:

A lei civil de 1916 mencionava as sociedades e associações que podem ter fins econômicos ou não, perseguindo apenas finalidades pias, filantrópicas, morais, religiosas etc. Geralmente, embora isso não seja regra, as sociedades têm fins econômicos; as associações não as têm. Essa é a posição assumida pelo atual Código. São constituídas de agrupamentos de indivíduos que se associam em torno de objetivo comum e, de conformidade com a lei, integram um ente autônomo e capaz. Tais entidades podem até não ter patrimônio. Nesse sentido, o art. 53 do Código define: “*Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.*” O termo sociedade é reservado às entidades com finalidades econômicas.

As associações são constituídas, em regra, pela contribuição de seus associados ou mesmo de terceiros, que direcionam determinados esforços para o

⁷ CAMPINHO, Sérgio. Curso de Direito Comercial: *direito de empresa*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 47.

⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: *parte geral*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 254.

desenvolvimento de uma finalidade específica, sem destinação econômica ou finalidade lucrativa (em seu sentido subjetivo, de vedação de distribuição de resultados positivos). Nelas, não existe capital a ser integralizado, mas contribuições formadoras do patrimonial da entidade, aportado pelos associados, por terceiros ou, até mesmo, pelo próprio Estado.

As associações diferenciam-se em alguns aspectos essenciais em relação as sociedades. Podemos elencar, de imediato, a finalidade lucrativa, a existência de obrigações entre os participantes, a impossibilidade de livre ingresso, a formação de capital por aporte dos participantes, para indicar alguns. Enquanto todos esses elementos são essenciais nas sociedades, são inexistentes nas associações.

Aliás, Túlio Ascarelli⁹, analisando as diferenças dos direitos dos integrantes de associações e sociedades, há muito já alertava para essa dificuldade quando preconizava que, nas sociedades, considerando o intuito lucrativo dos sócios, o direito ao lucro se constitui igual em qualquer espécie de sociedade. Entretanto, tratando-se de associação, os direitos dos associados, serão diversos, dependentes das finalidades associativas, principalmente em associação de *interesse social*.

Importante destacar que nas associações é garantida a liberdade de ingresso, ainda que somente aqueles que preencham determinada requisito relacional. Isso porque seu objetivo maior é direcionado à sua finalidade institucional, e não apenas ao bem ou interesses dos atuais associados.

2.1. Classificação das associações

As associações, a depender de sua finalidade, podem ser classificadas em diferentes espécies.

Maria Helena Diniz¹⁰, após definir associações, destacando sua atuação em prol de um ideal e fim não econômico (*Idealverein*) ou econômico (*wirtschaftliche Verein*), com ou sem capital, e sem intuitos lucrativos, identifica, a partir de sua finalidade, como associações a) altruística (beneficente); b) egoística (literária, esportiva ou recreativa); e c) econômica não lucrativa (associação de socorro mútuo).

Agrupando as finalidades descritas, podemos simplificar a análise, diferenciando, quanto as suas *finalidades*, em classista (ou egoística ou de socorro mútuo) ou beneficentes (interesse social).

Basicamente, a diferenciação está na identificação, na primeira espécie, da busca de defesa e de atendimento dos interesses de um determinado segmento

⁹ ASCARELLI, Túlio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Ed. Saraiva, 2001, 2ª. Edição, São Paulo – SP, p. 281

¹⁰ Diniz, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil*. 26ª. ed. reformulada – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 252.

da sociedade, seus associados, atuando em seu exclusivo prol ou proveito. Seu escopo é, dessa forma, limitada à busca do benefício restrito à seus associados.

Já as associações com finalidade de *interesse social*, são aquelas que existem para executar uma função de *prestação de serviço público social* em parceria com a Administração Pública, cujos benefícios revestem-se à *coletividade* e não aos seus associados. As rendas ou superávit auferidas com a atividade econômica da pessoa jurídica, segundo norma contábil própria¹¹, são distribuídas, ao final do exercício, nas *finalidades de interesse público*.

Sabo Paes¹², na mesma linha de raciocínio, assim se manifesta:

Sabidamente, entidades de interesse social são todas aquelas associações sem fins lucrativos, que apresentam em suas finalidades estatutárias objetivos de natureza social e assistencial.

(...)

São constituídas visando atender os interesses e necessidades de pessoas indeterminadas, ou à sociedade em geral, por exemplo, nas áreas de educação, saúde, assistência social e cultura, sendo este seu requisito indispensável para caracterizar uma associação como interesse social.

Para uma associação ser caracterizada como de interesse social, indispensável é que ela exerça, por meio de seus objetivos, missão de relevância para a sociedade como um todo.

Neste caso, havendo interesse social nos objetivos da entidade, terá ela o acompanhamento e a fiscalização do Ministério Público por meio de sua Promotoria competente.

Caso contrário, ou seja, se a associação tiver objetivos estatutários voltados especificamente para seus associados, não será ela considerada como de interesse social e, portanto, não será acompanhada pelo Ministério Público.

Primeiro porque uma associação constituída para prestar benefícios mútuos aos seus próprios associados não pode ter nenhuma intervenção estatal em seu funcionamento, conforme vedação constitucional estabelecida no art.5.º, XVIII.

Nesse caso estão, por exemplo, as associações de classe, que têm por objetivo a defesa de uma classe específica, ou uma associação comunitária que de igual modo tenha objetivos centrados na defesa de interesses específicos de seus associados.

Segundo porque ao Ministério Público cabe constitucionalmente a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, caput) e a função institucional de proteger o patrimônio que seja público e social e também os interesses difusos e coletivos (art. 129, III, da Constituição Federal) o que efetivamente não ocorre quando os objetivos da pessoa jurídica são voltados estritamente em prol dos associados.

¹¹ Interpretação Técnica Geral – ITG 2002 do Conselho Federal de Contabilidade – [https://www1.cfc.org.br/sisweb/SRE/docs/ITG2002\(R1\).pdf](https://www1.cfc.org.br/sisweb/SRE/docs/ITG2002(R1).pdf). Item 15. Acessado em 02/06/2020.

¹² PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense 2020, p. 14-15.

Detalhando um pouco mais a questão dos serviços passíveis de exploração pelas associações de interesse social, identificamos que o modelo de atuação no domínio econômico e social na prestação dos serviços públicos do Brasil, bifurca-se em *serviços públicos industriais* ou *econômicos* e *serviços públicos sociais*.¹³

Os primeiros, industriais ou econômicos, só podem ser prestados diretamente pelo Estado, pelas suas empresas públicas, sociedades de economia mista ou por entidades do setor privado com *fins lucrativos*, através do Regime de Delegação, sobre a fiscalização das agências reguladoras (ANEEL, ANCINE, ANTAQ, ANATEL, ANP, ANVISA, ANS e ANA), no qual as pessoas jurídicas com finalidade lucrativa assinam com a Administração Pública um contrato administrativo, caracterizado pela oposição de interesse.

Já os *serviços públicos sociais* ou serviços públicos *não exclusivos*¹⁴ têm a sua execução compartilhada¹⁵ entre o Estado e a *sociedade civil*, através do Regime de Colaboração, *v.g.* saúde (CF, art. 199); educação (CF, art. 209); desporto e lazer (CF, art. 217); ciência e tecnologia (CF, art. 218) e meio ambiente (CF, art. 225), por pessoas jurídicas *sem finalidade lucrativa*, numa composição de interesses, materializada mediante convênio próprio.

Assim, é uma associação com *finalidade de interesse social*, *sem fins lucrativos*, aquela na qual o trabalho dos associados se revestirá para a coletividade, que executará os serviços públicos sociais, mediante uma série de benesses e obrigações legais que, uma sociedade empresária com finalidade lucrativa, não possui.

Para a execução dos *serviços públicos sociais* acima referidos, não basta para associação apenas se constituir legalmente nos termos do art. 53 e ss. do CC, a lei 9.790/1999, a qual dispõe sobre as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), e a lei 9.637/1998, a qual versa sobre as Organizações Sociais (OS), exigem a obtenção das respectivas *qualificação* ou *titulação*, atestando, assim, a expertise da pessoa jurídica para a execução do serviço público social que deseja prestar. Importante ressaltar que Organização Social e OSCIP não são novas espécies de pessoas jurídicas, mas qualificações jurídicas concedidas para as pessoas jurídicas sem fins lucrativos que atendam às exigências legais.

No âmbito das Organizações Sociais, dentre as exigências previstas no art. 2º, I, da lei 9.637/1998 algumas merecem destaque. A primeira é a alínea “b”, na qual prevê a necessidade de comprovação da finalidade não-lucrativa e

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010, p.711; e ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007, p.181.

¹⁴ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Parcerias na administração pública*, São Paulo: Ed. Atlas, 2006, p. 264.

¹⁵ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, São Paulo: Ed. Malheiros, 2005, p.123; e MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Ed. Malheiros, p. 666.

do investimento das receitas na própria atividade. Não havia necessidade em vista do disposto no art. 1º da própria Lei. Chama atenção que o legislador, em uma lei anterior ao Código Civil de 2002, utilizou o termo “não-lucrativo”, mais preciso que o “econômicos” usado no art. 53 do CC.

O segundo que se destaca é a alínea “c”, pela qual deverá ser comprovado que a pessoa jurídica tem como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria. Essa disposição é mais bem compreendida a partir da interpretação sistemática. No art. 2º, I, alínea “d”, da Lei da OS, contém a previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade. Por sua vez, o art. 3º, da mesma lei prevê a composição dos órgãos de deliberação superior e de direção. Conforme analisa José Eduardo Sabo Paes¹⁶, a Administração Pública terá maioria nas organizações:

A lei também estabelece, no seu art. 3.º, que o Conselho de Administração, que é o órgão de deliberação superior das entidades que optarem por ser qualificadas como OS, deverá ter uma composição em percentuais que poderão variar de membros natos representantes do Poder Público (de 20% a 40%), de membros natos representantes de entidades da sociedade civil (de 20% a 30%), os quais deverão corresponder sempre a mais de 50% do Conselho, de até 10% de membros eleitos entre os associados (noção de associação civil), de membros eleitos pelos demais integrantes do Conselho (de 10% a 30%), e de membros indicados ou eleitos na forma estabelecida pelo estatuto (até 10%). Esse dispositivo talvez possa ser analisado dentro da teoria de que as OSs possam tornar mais fácil e direto o controle social, por meio da participação dos diversos segmentos representativos da sociedade civil. Todavia, é a presença do Poder Público que leva à conclusão de que o Governo terá maioria nessas organizações.

Como último destaque, o art. 2º, I, “i” da Lei em comento determina que o estatuto preveja a destinação do patrimônio social, em caso de extinção ou desqualificação, seja destinado para outra organização social, com a mesma finalidade, qualificada pela União, ou para os entes da Administração Pública Direta, na proporção dos recursos alocados por estes.

O contexto pouco se altera para a qualificação como OSCIP. O art. 4º, III, da Lei 9.790/1999 prevê como requisitos a constituição de órgãos superiores com o intuito fiscalizatório, e no art. 4º, IV e V, da referida Lei a previsão de destinação do patrimônio social para outra organização qualificada e de preferência com a mesma finalidade.

Por fim, o art. 4º parágrafo único da Lei da OSCIP prevê a permissão de participação de servidores públicos nos órgãos das organizações. Embora a lei

¹⁶ PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações, Associações e entidades de Interesse Social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 567.

da OSCIP não preveja a participação obrigatória, o art. 11 atenua essa ausência ao prever que o órgão do Poder Público da área de atuação correspondente, e os Conselhos de Políticas Públicas dos entes federados, deverão acompanhar a atuação da pessoa jurídica qualificada. Ainda, no art. 12 e 13, a lei confere legitimidade expressa ao Ministério Público e a Advocacia-Geral da União para tomarem as medidas necessárias em caso de constatação de malversação das verbas.

2.2. Dos Benefícios tributários das associações

As associações, em regra, gozam de benefícios tributários concedidos pelos entes, em reconhecimento à sua relevante função complementar à atividade pública.

De imediato, é importante ressaltar, que a concessão de tais benefícios, de natureza constitucional ou legal, tem por premissa o incentivo de formação de patrimônio e, portanto, de capacidade econômica, para uma entidade cuja finalidade é a prática de atos destinados ao bem da coletividade ou de um grupo, não se seus membros individualmente considerados. Prova disso, como veremos, é que os benefícios são direcionadas à entidade, não aos seus membros.

Mais uma vez, com José Eduardo Sabo Paes¹⁷, temos:

A transformação das estruturas sociais em nossa época modificou também a natureza do fenômeno fundacional. As fundações, como as associações – digo, as entidades sem fins lucrativos – representam, hoje, corpos intermediários entre o Estado e o indivíduo, e sua existência se considera necessária para atender a determinadas necessidades sociais, desde uma concepção participativa na consecução de fins de interesse geral. Por tudo isso, existe a tendência, por parte dos poderes públicos, a fomentar cada vez mais o movimento fundacional e de entidades de interesse social, mediante a concessão de benefícios de ordem tributária, em virtude de as atividades desenvolvidas por essas entidades complementarem as do Estado.

Como grande benefício tributário destinada à essas entidades, podemos identificar as imunidades tributárias dos artigos 150, VI, c e 195, § 7º da CF¹⁸. Por força de tais dispositivos, afasta-se a incidência dos impostos e das contribuições

¹⁷ PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações, Associações e entidades de Interesse Social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 735.

¹⁸ Art. 150 - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) VI – Instituir impostos sobre: (...) c - patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das **instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos**, atendidos os requisitos da lei; art. 195. § 7º: § 7º São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

previdenciárias, desde que respeitadas algumas condições adicionais previstas em lei, tais como as definidas no art. 14 do Código Tributário Nacional. Presentes os requisitos, relacionadas à meras formalidades para comprovação da ausência e finalidade lucrativa, afasta-se a incidência dos referidos tributos.

José Eduardo Sabo Paes¹⁹, destacando o alcance do dispositivo, assim se manifesta:

Não incidirão sobre o patrimônio das entidades o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU), o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR), o Imposto sobre Transmissão Causa mortis ou Doação de Bens e Direitos (ITCD), Imposto sobre transmissão Inter vivos de Bens Imóveis (ITBI) e o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA), todos de competência dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal (previstos, respectivamente, nos arts. 155 e 156 da CF).

Não incidirá sobre a renda recebida pelas entidades o Imposto sobre a Renda e Proventos de qualquer Natureza (IR), de competência da União e previsto no art. 153, III, da CF.

Não incidirão sobre os serviços prestados pelas entidades, o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), de competência dos Estados, do Distrito Federal, previstos nos arts. 155, II, e 156, III, da Constituição Federal, o Imposto de Importação (II) e o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), de competência da União, previstos nos artigos 153, I e IV da CF, respectivamente. Também há imunidade quanto ao Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou Relativas a Títulos ou Valores Mobiliários (IOF) (previsto no art. 153, V, da CF/1988).

Importante destacar, contudo, que a previsão constitucional de imunidade genérica dos impostos e de contribuição previdenciária é direcionada apenas as associações e fundações educacionais e de assistência social, não à qualquer associação. Isso é importante, pois restringe seu campo de incidência.

O campo de proteção da norma, portanto, é definido pela atividade direcionada ao campo educacional e assistencial, interpretados em sentido amplo. No campo assistencial, especialmente, podemos identificar quaisquer atividades relacionadas à proteção dos direitos sociais como um todo (saúde, subsistência, moradia, transporte, trabalho, lazer, segurança, previdência social, maternidade, infância e idosos).²⁰

¹⁹ PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações, Associações e entidades de Interesse Social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 764.

²⁰ “As instituições de assistência social são aquelas pessoas jurídicas de direito privado, associações civis, fundações e serviços sociais dedicados à previdência, saúde e assistência social, sendo certo, ainda, para clarear o significado do campo da assistência social, que a própria Constituição define, no seu art. 6.º, pela redação da EC n.º 90/2015, que a educação, a saúde, a alimentação, a moradia, o transporte, o trabalho, o lazer, a

Isso não significa, contudo, que associações não destinadas a atuação no campo social sejam desprovidas de benefício. A Lei 9.532/97, em seu artigo 15, imputa isenção tributária de contribuições sociais à essas entidades, bastando sua finalidade não lucrativa e demais requisitos relacionadas à sua comprovação.²¹

Em qualquer dos cenários (imunidade das associações sem finalidade lucrativa assistências ou de educação ou associações sem finalidade lucrativa de qualquer finalidade), há indiscutivelmente, benefício tributário direcionada à entidade, focado na premissa de sua atividade complementar ao próprio Estado e direcionada ao bem comum, da coletividade ou de grupo específico.

Essa constatação, inclusive, justifica o tratamento legal da destinação de seu patrimônio, como se verá.

2.3. Da destinação do patrimônio da associação em caso de dissolução

A dissolução das associações é regulada pelo Código Civil, em seu artigo 61, da seguinte forma:

Art. 61. Dissolvida a associação, o remanescente do seu patrimônio líquido, depois de deduzidas, se for o caso, as quotas ou frações ideais referidas no parágrafo único do art. 56, será destinado à entidade de fins não econômicos designada no estatuto, ou, omissa esta, por deliberação dos associados, à instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes.

A nova sistemática, em oposição ao regime da legislação revogada²², não mais permite que a associação delibere livremente sobre o destino do patrimônio

segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados são direitos sociais.” PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações, Associações e entidades de Interesse Social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 740.

²¹ “(...) 4. Afastada a proteção constitucional, pode a impetrante, enquanto associação MERAMENTE recreativa sem fins lucrativos e se atendidas as condições legais, gozar da isenção prevista no art. 15 da Lei 9.532/97. O instituto, conforme remansosa doutrina e jurisprudência, é diverso da imunidade, configurando APENAS benefício fiscal, ou seja, excluindo-se a exigência do lançamento tributário se ocorrido o fato gerador. Logo, sob o foco do art. 111 do CTN, suas normas merecem interpretação somente restritiva e não podem ser afastadas para aumentar o alcance da isenção. 5. Assim, não se tratando de imunidade, é perfeitamente possível ao legislador impor limites ao benefício, como é o caso do afastamento da isenção para “os rendimentos e ganhos de capital auferidos em aplicações financeiras de renda fixa ou de renda variável”. A previsão do art. 15, § 2º, da Lei 9.532/97 não padece de qualquer vício a afastar sua eficácia, restando insubsistente o pleito mandamental. TRF 3ª REGIÃO, 6ª TURMA, APCIV - APELAÇÃO CÍVEL - 5006299-86.2018.4.03.6100, REL. DESEMBARGADOR FEDERAL LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, JULGADO EM 09/11/2018, INTIMAÇÃO VIA SISTEMA DATA: 14/11/2018.

²² O Código revogado de 1916 previa de forma diversa, não restringindo a destinação dos bens, como se percebe por sua redação: Art. 22. Extinguindo-se uma associação de intuítos não econômicos cujos estatutos não disponham quanto ao destino ulterior dos seus bens, e não tendo os sócios adotado a tal respeito deliberação eficaz, devolver-se-á o patrimônio social a um estabelecimento municipal, estadual ou federal, de fins

associativo. O Estatuto ou a assembleia poderia destinar os bens a qualquer finalidade, somente sendo imposto o direcionamento à outra entidade no caso de omissão da entidade.

De forma clara, a legislação direciona a destinação do patrimônio à outra entidade sem finalidade lucrativa, de livre eleição pela associação, ou, não havendo, para entidade pública de mesma finalidade. Não há, claramente, a opção de reversão do patrimônio aos associados, ou mesmo direcionado à sociedades com finalidade lucrativa. Essa regra, a princípio, tem por finalidade privilegiar os interesses públicos e coletivos, em detrimento dos interesses individuais dos associados, assim como salvaguardar os eventuais benefícios concedidos à essas entidades, tais como incentivos fiscais e doações de terceiros, motivados pela sua finalidade original.

3. TRANSFORMAÇÃO DE ASSOCIAÇÃO EM SOCIEDADE EMPRESÁRIA

Postas essas premissas, discute-se, atualmente, a possibilidade de sujeição dessa modalidade de pessoa jurídica ao instituto societário da transformação, especialmente direcionada à constituição da modalidade sociedade anônima (SA).

Essa operação, segundo Sérgio Campinho²³, pode ser assim definida:

(...) uma sociedade altera o seu tipo, sem implicar a sua dissolução ou liquidação. Representa mera mutação na sua roupagem, sem lhe afetar a personalidade jurídica. A sociedade mantém a sua personalidade jurídica, porém sob outro tipo societário. Contudo, deve obedecer aos preceitos reguladores da constituição e inscrição próprios do tipo em que se vai converter.

Em outras palavras, trata-se de operação societária para alteração do tipo societário, sem sua prévia extinção. Por previsão legal, seja do Código Civil, seja da LSA, destina-se à estruturação de negócios explorados por sociedades visando a continuidade da personalidade jurídica, com adequação as regras de exploração ou organização das relações de poderes entre os interessados. Sua previsão geral consta dos arts. 1.113 do CC²⁴ e 220 da LSA²⁵.

idênticos, ou semelhantes. Parágrafo único. Não havendo no Município ou no Estado, no Distrito Federal ou no território ainda não constituído em Estado, em que a associação teve a sua sede, estabelecimento nas condições indicadas, o patrimônio se devolverá à Fazenda do Estado, à do Distrito Federal ou à da União.

²³ CAMPINHO, Sérgio. Curso de Direito Comercial: *direito de empresa*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 290.

²⁴ Art. 1.113. O ato de transformação independe de dissolução ou liquidação da sociedade, e obedecerá aos preceitos reguladores da constituição e inscrição próprios do tipo em que vai converter-se.

²⁵ Art. 220. A transformação é a operação pela qual a sociedade passa, independentemente de dissolução e liquidação, de um tipo para outro. Parágrafo único. A transformação obedecerá aos preceitos que regulam a constituição e o registro do tipo a ser adotado pela sociedade.

O procedimento de transformação, como expressamente indica a legislação, deverá ser previamente deliberado pela totalidade dos associados, com aprovação unânime²⁶, e obedecer às regras de constituição do tipo societário visado pelo procedimento.²⁷

A doutrina diferencia, apesar de pouca relevância prática, a transformação *pura* ou *simples*, da transformação *constitutiva*. Conforme observa Verçosa, a “*primeira já prevista no ato constitutivo, em relação à qual não se dá modificação sensível da estrutura da sociedade. A segunda é aquela que surge em decorrência de vontade específica e superveniente dos sócios, acarretando alterações substanciais*”²⁸.

Essa classificação, contudo, não parece ter muita relevância, dado que, como pontua Modesto Cavallhosa “*a doutrina e a jurisprudência são, atualmente, pacíficas no sentido de que não há constituição de nova sociedade, seja na transformação simples, seja na constitutiva, mas tão somente alteração da forma adotada anteriormente.*”²⁹.

Discute-se, ainda, a existência das chamadas transformações homogêneas e heterogêneas. A primeira, seria aquela relacionada a operações envolvendo a mesma espécie de pessoas jurídicas, apenas alterando-se o tipo de sociedade por exemplo. A segunda, mais complexa e tema de nossa discussão, seria aquela relacionada a operações envolvendo diferentes espécies de pessoas jurídicas, alterando-se sua natureza essencial, migrando-se do modelo associativo ao societário, por exemplo.

Nos termos estritos da legislação, a operação de transformação refere-se, literalmente, a “sociedades”, que são modalidades específicas de pessoas jurídicas, elencadas pelo Código Civil, em seu art. 44, II, não se confundindo com as associações ou fundações.

Somente pela redação legal, já surgiria uma razoável dúvida inicial acerca da possibilidade de aplicação de tal instituto às associações, por serem modalidades distintas de pessoa jurídica. Assim como, da mesma forma, contestável sua aplicação para a própria EIRELI (art. 44, I e VI, do Código Civil, respectivamente). Aparentemente, existem premissas jurídicas de cada modelo que podem ser incompatíveis entre si.

²⁶ A unanimidade exigida em lei por ser afastada por previsão estatutária ou contratual de autorização do procedimento, inclusive com renúncia ao direito de retirada, que pode ser um impeditivo, por seu custo para a sociedade. Essa cláusula, inclusive, pode ser inserida em alteração estatutária ou contratual anterior, decorrente de assembleia convocada apenas para tal finalidade. Existe, contudo, o risco de tal procedimento ser interpretado como abuso de forma, visando fraude a lei. De mesma forma, a insistência imotivada de acionista ou sócio para o procedimento pode ser considerado abuso de direito de voto. Nos dois casos, será necessária a busca de provimento judicial para a declaração da abusividade de forma ou de exercício do direito.

²⁷ Nos termos dos arts. 220 e 221 da LSA e 1.113 e 1.114 do CC.

²⁸ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Direito Comercial*. Vol II. São Paulo: Revista dos tribunais, p. 132.

²⁹ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 3ª ed, Vol. 4, t.I. São Paulo: Saraiva, p. 185.

O Enunciado 615 da VIII Jornada de Direito Civil, em uma leitura inicial, parece superar essa questão, e, a princípio, autoriza a operação, pois dispõe que “*as associações civis podem sofrer transformação, fusão, incorporação ou cisão.*”³⁰, sendo justificado pelos seguintes fundamentos³¹:

É permitida a transformação, fusão, incorporação e cisão de associações civis pelos seguintes motivos: a) pelo princípio da preservação da pessoa jurídica, não faz sentido extinguir uma pessoa jurídica (que tem função social muito importante na sociedade) quando pode preservá-la, ainda que em outra roupagem; b) a dissolução de associações civis é extrema conforme exegese do art. 5º, XIX da Constituição Federal; c) inexistência proibição legal para transformar, cindir, fundir ou incorporar associação civil, o que faz incidir o art. 5º, II da Constituição Federal; d) grande parte da doutrina especializada prevê a possibilidade de cisão, fusão, incorporação e transformação de associação civil; e). o art. 1113 e seguintes do Código Civil permite a transformação, fusão, incorporação e cisão sem fazer qualquer ressalva ou limitação no que tange às associações civis; f) na prática, tem-se conhecimento de várias associações que se transformaram, cindiram, incorporaram ou fundiram; g) a legislação tributária federal prevê as hipóteses de incorporação, fusão ou cisão das associações (alínea “g” do artigo 12, artigo 15 e parágrafo único do artigo 16 da lei 9.532, de 10 de dezembro de 1997); h) a portaria conjunta da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e da Receita Federal do Brasil 1, de 20 de janeiro de 2010 (DOU 22/1/10), ao aprovar novos modelos de certidão negativa de débitos, refere-se expressamente aos casos de “cisão total ou parcial, fusão, incorporação, ou transformação de entidade ou de sociedade empresária ou simples. De mesma forma, parece ignorar qualquer limitação o órgão regulador do registro mercantil, o DREI, ao alterar seu entendimento, de acordo com a superação da IN 35 de 2017 pela IN 81 de 2020, em seu art. 84, §1º, §2º e §3.^{32 33}

³⁰ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. VIII Jornada de Direito Civil. *Enunciado 615*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf>>. Acessado em 12/08/2020.

³¹ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. VIII Jornada de Direito Civil. *Enunciado 615*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf>>. Acessado em 12/08/2020.

³² IN 81 DREI – Art. 84. No caso de conversão de sociedade simples ou associação em sociedade empresária, na mesma ou em outra Unidade da Federação, após averbado no Registro Civil, o instrumento de conversão deverá ser arquivado na Junta Comercial da sede.

§ 1º O instrumento de conversão, para arquivamento na Junta Comercial, deverá estar acompanhado da consolidação do ato constitutivo do respectivo tipo societário e, havendo filiais, estas devem ser relacionadas, com indicação dos respectivos endereços e CNPJ.

§ 2º Havendo filiais em outro estado, após o registro da conversão na Junta Comercial da sede, deverá ser arquivado o ato na Junta Comercial da Unidade da Federação onde se situa a filial, para proceder o seu registro.

§ 3º No caso de sociedade por ações, deverá ser apresentada relação completa dos acionistas, com a indicação da quantidade de ações resultantes da conversão.

³³ O referido dispositivo é perfeito ao permitir a transformação da sociedade simples em sociedade anônima, restando a incoerência apenas em relação à associação.

Como já salientado, essas instruções normativas não têm o condão de, por si só, solucionar a questão. Não possuem competência normativa para tanto, dado que a discussão acerca da possibilidade ou não dessa operação se dá no campo legal e axiológico. As normas do órgão de regulador são mera disciplina de registro, não afastando qualquer contestação acerca da irregularidade e da ilegalidade da operação.

Nessa linha de raciocínio, mostram-se especialmente problemáticos dois pontos relacionadas às associações quando sujeitas à operação de transformação: a existência dos benefícios tributários e a destinação legal de seu patrimônio, em caso de liquidação.

Os benefícios tributários concedidos às associações podem ser expressivos, como vimos. Tratando de associações de educação e de assistência social, reconhecidas como tal, classificadas como beneficentes de finalidade social, há imunidade tributária de todos os impostos e contribuições sociais, o que representa um expressivo benefício. Para as associações classistas ou egoísticas, apesar de não se aplicarem as imunidades tributárias previstas na CF, há o benefício da isenção das contribuições sociais, por força da Lei 9.532/97.

Significa dizer que qualquer associação, beneficente de interesse social, classista ou egoística, tem benefícios tributários, de diferentes montas. Esses benefícios, por óbvio, decorrem do reconhecimento de seu relevante papel social e organizacional e mostra que existe um estímulo social (suportado pela sociedade como um todo) para a formação do patrimônio associativo.

A rigor, esse benefício não é concedido à associação em si, ou aos associados, mas sim ao empreendimento e ao reconhecimento de sua função e pela suposta garantia de que não será por nenhum dos seus associados apropriado, dado a ausência de finalidade lucrativa (impossibilidade de distribuição de resultados).

Latente, dessa forma, uma inicial dúvida: poderá uma associação, detentora de um patrimônio que pode ter se originado de contribuição de terceiros e que foi inegavelmente incentivado por benefícios tributários, ser apropriado por seus associados, passando para a nítida esfera patrimonial privada, representado pelas ações imputadas aos agora acionistas? Parece um desvirtuamento do instituto.

A operação de transformação, evidentemente, implicará na apropriação do patrimônio da associação pelos associados, agora, acionistas ou sócios. O patrimônio que fora estimulado por sua finalidade, mediante benefícios tributários suportados pela coletividade (pela renúncia fiscal), agora são de titularidade individual de pessoas físicas, sem qualquer relação com a finalidade inicial da instituição.

De mesma forma, eventuais doações, recebidas de terceiros, motivados pela finalidade da associação, acabam por ter o mesmo desvirtuamento.

O mesmo raciocínio deve ser feito com base na previsão legal de destinação legal do patrimônio em caso de dissolução da associação. Conforme discutido, nos termos do art. 61 do Código Civil.

A legislação estabelece que as associações, em caso de sua extinção, devem direcionar seu patrimônio, ao menos em seu valor remanescente (diferença dos valores restituídos aos associados, quando decorrente de aporte e o valor da liquidação de seus bens) para outras associações similares ou para o próprio Estado.

Eis a lógica: se o patrimônio foi estimulado pelo Estado, por benefícios tributários, para atingir determinada finalidade, deve, esse patrimônio, ser mantida na esfera de sua destinação ou retornar ao Estado.

E vale destacar que o Código Civil não diferencia a modalidade de associação. Seja ela beneficente, seja classista ou egoística, o destino do patrimônio sempre será o mesmo: direcionada à outra entidade sem finalidade lucrativa, de livre escolha dos associados, em assembleia ou por previsão estatutária, ou à Estado.

A transformação da associação implica em frontal e incontestável violação da regra legal. Não parece a lei dar esse campo de discricionariedade aos associados, de direcionar o patrimônio a uma entidade lucrativa (sociedades).

Esse raciocínio, aparentemente, fulmina a possibilidade de transformação das associações em sociedades anônimas ou outras sociedades, em qualquer hipótese. Apesar das duas pessoas jurídicas terem nítida característica institucional, formalizadas pelas regras do estatuto social, suas finalidades essenciais são absolutamente antagônicas (finalidade social e finalidade lucrativa).

A questão é ainda mais inconcebível ao pensarmos nas associações de interesse social, qualificada de Organização Social (OS)³⁴ ou Organização de Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP)³⁵. Ao receberem essa qualificação, permitem que a Administração Pública tenha um poderoso controle dos seus órgãos deliberativos e do todo ou parte do patrimônio líquido associativo, o que mostra o grande interesse público em sua existência e funcionamento.

Para elas, inclusive, por essa característica, é impossível a alteração drástica de seu regime jurídico, pela transformação, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal³⁶. Equipara-se esse tipo de associação a uma *quase* autarquia da Administração Pública.

O que se ressalta, nessa condição, é a ainda maior incoerência da apropriação privada do benefício público concedido ao patrimônio associativo, vinculado a sua finalidade essencial.

³⁴ Lei 9.637 de 15/05/1998 – Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais.

³⁵ Lei 9.790 de 23/03/1999 – Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria e dá outras providências

³⁶ ADIN 1923/DF- Relator: Min. AYRES BRITTO, Relator p/Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-254 DIVULG 16/12/2015 PUBLIC 17.12-2015.

4. CONCLUSÃO

As associações, pessoas jurídicas de direito privado, sem finalidade econômica, foram idealizadas pelo sistema jurídica como entidades de apoio às finalidades do Estado, ainda que vinculadas à grupo específico de pessoas.

Essa condição faz com que o Estado ofereça tratamento diferenciado e privilegiado à tais associações, variando para maior ou menor expressão, a depender de seu caráter beneficente de interesse social, classista ou egoística. Em todas elas, contudo, o Estado promove seu desenvolvimento, sendo suportado tal benefício e incentivo por toda a sociedade.

O reconhecimento disso, inclusive, é corroborado pela destinação legal do patrimônio em caso de extinção.

Dessa forma, mostra-se incoerente, ilegal e ilógica a operação de transformação de tais associações. A constatação prática do caráter empresarial de algumas associações é a comprovação do desvirtuamento de suas finalidades, o que não pode ser motivação e justificação para permitir a apropriação desse patrimônio por pessoas privadas.

O desvio anterior não justifica o equívoco posterior. As associações identificadas pelas características empresárias devem ser extintas, com a correta destinação de seu patrimônio à associações similares, sem finalidade lucrativa. Seus antigos associados, caso queiram, devem constituir sociedade, com finalidade lucrativa, iniciando a atividade economia, sem apropriação indevido do patrimônio associativo.

Por óbvio, essa alternativa praticamente impede a operação. Isso, contudo, não deve ser lamentado, dado que a impossibilidade da transformação representa a impossibilidade de apropriação privada do patrimônio associativo, mantendo-se na associação, o que representa evidente interesse social coletivo, que deve prevalecer sobre os interesses individuais.

Ao final, esse é o caminho certo.

CAPÍTULO 19

A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Frederico Antonio Lima de Oliveira
Caio Guimarães Rodrigues

1. APRESENTAÇÃO DO TEMA E SUA RELEVÂNCIA NO CAMPO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

A judicialização das políticas públicas é um fenômeno complexo e multifacetado que vem sendo objeto de intensa discussão no campo do direito administrativo e constitucional. Esse processo refere-se à tendência crescente de envolver o Poder Judiciário no controle e na regulamentação das políticas públicas, normalmente atribuídas ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo.

A relevância desse tema reside no fato de que as políticas públicas têm um impacto significativo na vida dos cidadãos, influenciando questões como saúde, educação, meio ambiente, segurança, entre outras. Além disso, essas políticas estão intrinsecamente ligadas aos direitos fundamentais previstos nas constituições, tais como o direito à saúde, à educação, à moradia, à igualdade, à liberdade de expressão, entre outros.

No contexto da judicialização das políticas públicas, o Poder Judiciário assume um papel de destaque ao ser chamado a analisar e decidir sobre a legalidade e a constitucionalidade dessas políticas, bem como sobre sua efetividade e seus impactos nos direitos fundamentais dos indivíduos. Essa intervenção judicial é motivada, em grande parte, pela necessidade de assegurar que as ações do Estado estejam em conformidade com a Constituição e que os direitos fundamentais sejam protegidos.

Dessa forma, a judicialização das políticas públicas apresenta uma relevância intrínseca no campo do direito administrativo e constitucional, pois levanta questões fundamentais sobre a separação dos poderes, o equilíbrio

entre as atribuições dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como a efetivação dos direitos fundamentais.

Ao analisar a relação entre a judicialização das políticas públicas e o direito administrativo, é necessário examinar como a atuação da Administração Pública é afetada pela intervenção do Judiciário, considerando as decisões judiciais que podem impor alterações nas políticas públicas ou mesmo anulá-las em casos de irregularidades ou violações constitucionais.

Por sua vez, no âmbito do direito constitucional, a judicialização das políticas públicas envolve a análise do alcance e dos limites do poder judiciário na interpretação e aplicação das normas constitucionais relacionadas aos direitos fundamentais, bem como a ponderação entre os interesses públicos e privados envolvidos nas políticas públicas.

Assim, aprofundar o tema da judicialização das políticas públicas é fundamental para compreender como o Judiciário se posiciona diante das políticas implementadas pelo Estado, como os direitos fundamentais são protegidos e como a efetividade das políticas públicas pode ser garantida. Essa análise crítica contribui para o aprimoramento do sistema jurídico e para a reflexão sobre o papel do Judiciário na promoção de uma sociedade mais justa e igualitária.

2. DESCRIÇÃO DO CONCEITO DE JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E SUA IMPORTÂNCIA NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A judicialização das políticas públicas é um fenômeno que se refere à crescente intervenção do Poder Judiciário na definição, implementação e monitoramento das políticas públicas, que tradicionalmente eram atribuições do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Essa intervenção ocorre quando há controvérsias sobre a legalidade, a constitucionalidade ou a eficácia das políticas adotadas pelo Estado.

Esse processo de judicialização tem se tornado cada vez mais relevante devido à sua importância na proteção dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais são direitos humanos reconhecidos e protegidos pelas Constituições e tratados internacionais, que visam garantir a dignidade, a liberdade e a igualdade das pessoas. São direitos inerentes a todos os indivíduos, independentemente de raça, gênero, religião ou qualquer outra característica pessoal. Tendo em mente o que é dito por Canotilho em:

“Os direitos fundamentais são prerrogativas e garantias inerentes à condição humana, reconhecidas e asseguradas pelo ordenamento jurídico de um Estado, cujo objetivo é promover a dignidade, a liberdade, a igualdade e a justiça para todos os indivíduos, independentemente de sua raça, gênero, religião,

origem social, ou quaisquer outras características pessoais.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 335.)

A judicialização das políticas públicas desempenha um papel crucial na proteção desses direitos fundamentais. O Poder Judiciário, ao analisar questões relacionadas à implementação das políticas públicas, tem o poder de verificar se essas políticas estão em conformidade com a Constituição e se respeitam os direitos assegurados aos cidadãos. Dessa forma, o Judiciário age como guardião dos direitos fundamentais, garantindo que não sejam violados ou negligenciados pelo Estado. A importância da judicialização das políticas públicas na proteção dos direitos fundamentais está na capacidade de assegurar que as políticas adotadas pelo Estado estejam alinhadas aos princípios constitucionais. O Poder Judiciário, por meio de suas decisões, pode corrigir eventuais falhas ou omissões das políticas públicas, exigindo que sejam promovidos ajustes para garantir a sua efetividade.

Além disso, a judicialização das políticas públicas também contribui para a promoção da igualdade e da justiça social. Ao analisar casos concretos que envolvem a implementação de políticas públicas, o Judiciário pode considerar as desigualdades sociais existentes e buscar corrigir possíveis disparidades, garantindo que os benefícios das políticas sejam distribuídos de forma equitativa e justa.

No entanto, é importante ressaltar que a judicialização das políticas públicas não é um processo isento de desafios. Existem críticas quanto à excessiva judicialização, argumentando que o Judiciário pode interferir indevidamente nas decisões políticas e usurpar a função dos outros poderes. Comentário esclarecido de Alexey em:

“Uma das críticas mais frequentes à judicialização das políticas públicas é a preocupação de que o Judiciário esteja usurpando a função dos poderes Executivo e Legislativo, interferindo indevidamente nas decisões políticas e assumindo um papel que não lhe é devido. Essa crítica ressalta a necessidade de se preservar a separação de poderes e garantir que cada instância exerça suas atribuições de acordo com a Constituição e os princípios democráticos.” (ALEXY, Robert. Sobre o problema da força normativa dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Direitos fundamentais: entre a proteção e a limitação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 151.)

Assim, é necessário encontrar um equilíbrio adequado entre o papel do Judiciário na proteção dos direitos fundamentais e o respeito à autonomia dos demais poderes na definição e implementação das políticas públicas.

Em suma, a judicialização das políticas públicas desempenha um papel importante na proteção dos direitos fundamentais, atuando como um mecanismo de controle e garantia de que as ações estatais estejam em conformidade com a Constituição. Ao analisar e decidir sobre questões relacionadas às políticas públicas, o Poder Judiciário contribui para a promoção da justiça social, da igualdade e da efetividade das políticas públicas. Ao exercer seu papel de guardião dos direitos fundamentais, o Judiciário desempenha um papel crucial na defesa dos direitos individuais e coletivos dos cidadãos, garantindo que as políticas públicas sejam implementadas de forma apropriada e em conformidade com os princípios constitucionais.

A importância da judicialização das políticas públicas na proteção dos direitos fundamentais é evidenciada pela capacidade de corrigir possíveis lacunas ou inadequações nas políticas adotadas pelo Estado. O Poder Judiciário, ao analisar casos concretos, pode interpretar e aplicar as normas constitucionais de forma a garantir que os direitos fundamentais sejam efetivamente respeitados e protegidos. Dessa maneira, a judicialização contribui para aprimorar a eficácia das políticas públicas, garantindo sua conformidade com os princípios constitucionais.

Além disso, a judicialização das políticas públicas desempenha um papel relevante na correção de desigualdades e na promoção da justiça social. Ao examinar as políticas públicas à luz dos direitos fundamentais, o Judiciário pode identificar possíveis discriminações ou exclusões e buscar corrigi-las, assegurando que todos os indivíduos sejam tratados de forma igualitária e tenham acesso aos benefícios proporcionados pelas políticas públicas.

A judicialização das políticas públicas também é importante para fortalecer o Estado Democrático de Direito. Ao permitir que os cidadãos recorram ao Judiciário para questionar a legalidade ou a constitucionalidade das políticas públicas, é garantida a participação dos indivíduos no processo de tomada de decisão e na fiscalização do Estado. Isso fortalece os princípios democráticos, proporcionando um sistema de *checks and balances* que impede abusos de poder e garante a proteção dos direitos fundamentais.

No entanto, é fundamental ressaltar que a judicialização das políticas públicas não deve ser vista como um substituto adequado para o diálogo e a cooperação entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. A atuação judicial deve ser exercida com cautela, levando em consideração os princípios da separação dos poderes e da deferência ao papel dos outros poderes na definição das políticas públicas:

“Embora a judicialização das políticas públicas possa desempenhar um papel importante na proteção dos direitos fundamentais, é crucial reconhecer que ela não pode e não deve substituir o diálogo e a cooperação entre os poderes do Estado.

O Judiciário deve exercer sua função de forma cautelosa, respeitando os limites estabelecidos pela separação dos poderes e demonstrando deferência ao papel dos outros poderes na definição e implementação das políticas públicas.” (PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 238.)

Em conclusão, a judicialização das políticas públicas desempenha um papel significativo na proteção dos direitos fundamentais, garantindo sua conformidade com a Constituição e promovendo a eficácia e a justiça das políticas adotadas pelo Estado. Ao atuar como guardião dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário desempenha um papel essencial na busca pela igualdade, pela justiça social e pela defesa dos interesses dos cidadãos. No entanto, é necessário um cuidado adequado para evitar a excessiva judicialização e assegurar um equilíbrio adequado entre os poderes no processo de implementação das políticas públicas

3. EXPLORAÇÃO DOS MOTIVOS E RAZÕES QUE LEVAM À JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS, DESTACANDO ASPECTOS LEGAIS, POLÍTICOS E SOCIAIS

Uma das principais razões que impulsionam a judicialização das políticas públicas é a existência de lacunas e omissões na legislação. Em muitos casos, as leis existentes não conseguem abranger todas as situações específicas e não são suficientemente claras em relação à implementação das políticas públicas. Essas falhas normativas criam um vácuo legislativo que precisa ser preenchido para garantir a proteção dos direitos fundamentais e a efetividade das políticas públicas. Diante dessa lacuna, o Judiciário é frequentemente acionado para interpretar a Constituição, os princípios constitucionais e as normas gerais do direito, a fim de fornecer diretrizes e soluções para as questões controversas.

Outra razão que contribui significativamente para a judicialização é a ineficiência e a inação do Poder Executivo na implementação das políticas públicas. O Poder Executivo é responsável pela execução e implementação das políticas adotadas pelo Estado. No entanto, em muitos casos, o Poder Executivo enfrenta desafios práticos, como falta de recursos, deficiências de gestão, burocracia excessiva e outras dificuldades que podem comprometer a efetividade das políticas públicas. Quando essas falhas e deficiências resultam na violação dos direitos fundamentais ou na falta de resposta adequada às necessidades da população, o Judiciário é chamado a intervir para corrigir as deficiências e assegurar a proteção dos direitos dos cidadãos.

Além disso, aspectos políticos e sociais da sociedade contemporânea também contribuem para a judicialização das políticas públicas. Com o

fortalecimento dos movimentos sociais, da participação cidadã e do ativismo judicial, há uma crescente demanda por acesso à justiça e por mecanismos efetivos de proteção dos direitos. Os cidadãos estão cada vez mais conscientes de seus direitos e buscam ativamente a garantia desses direitos, inclusive por meio da via judicial. A judicialização das políticas públicas reflete, assim, a busca por uma maior proteção dos direitos fundamentais e a responsabilização do Estado.

No entanto, é importante destacar que a judicialização das políticas públicas não está isenta de críticas. Alguns argumentam que essa tendência pode levar a um excesso de judicialização, prejudicando a autonomia dos demais poderes e criando um desequilíbrio no sistema de separação de poderes. Além disso, o processo de judicialização pode ser demorado, oneroso e não garantir uma solução eficiente para os problemas enfrentados pelas políticas públicas. Portanto, é necessário buscar um equilíbrio adequado entre a atuação do Judiciário e a autonomia dos demais poderes, a fim de garantir a efetividade das políticas públicas e o respeito aos princípios democráticos.

Em suma, a judicialização das políticas públicas é impulsionada por uma combinação de fatores, incluindo lacunas e omissões legislativas, ineficiência e inação do Poder Executivo, bem como demandas políticas e sociais por maior proteção dos direitos fundamentais. O envolvimento do Poder Judiciário na regulamentação e no controle das políticas públicas desempenha um papel importante na busca pela efetividade e pela justiça das políticas adotadas pelo Estado. No entanto, é necessário um cuidado adequado para evitar a excessiva judicialização e assegurar um equilíbrio adequado entre os poderes, garantindo a proteção dos direitos e o funcionamento adequado do sistema democrático.

4. EXAME DOS IMPACTOS DA JUDICIALIZAÇÃO NAS DECISÕES E IMPLEMENTAÇÕES DAS POLÍTICAS PÚBLICAS, CONSIDERANDO A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO MEDIADOR

A judicialização das políticas públicas tem um impacto significativo nas decisões e implementações dessas políticas, e compreender os efeitos desse fenômeno é fundamental no contexto do direito administrativo e constitucional. O Poder Judiciário desempenha um papel de mediador ao intervir nos processos decisórios, influenciando o conteúdo das políticas adotadas pelo Estado.

Uma das principais consequências da judicialização é o controle e a garantia dos direitos fundamentais. Por meio da interpretação constitucional e do controle de constitucionalidade, os tribunais asseguram que as políticas públicas estejam em conformidade com os princípios e normas constitucionais, promovendo a efetividade desses direitos.

Além disso, a intervenção judicial pode contribuir para a melhoria da qualidade das políticas públicas. Ao analisar a conformidade das políticas com os princípios constitucionais, como igualdade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana, o Judiciário pode exigir políticas mais inclusivas, justas e eficazes, garantindo o acesso igualitário aos direitos e o bem-estar social.

A judicialização das políticas públicas também pode fortalecer a participação democrática. Ao ampliar o acesso à justiça e envolver os cidadãos na definição e implementação das políticas, o Judiciário promove a inclusão e o pluralismo, contribuindo para a legitimidade e a accountability do Estado. Embasamento esclarecido no melhor da doutrina:

“O fenômeno da judicialização das políticas públicas pode ter o potencial de fortalecer a participação democrática ao permitir que os cidadãos recorram ao Judiciário para garantir a efetivação de direitos e a correção de eventuais violações por parte do Estado. Nesse sentido, a atuação judicial pode contribuir para o aprimoramento da accountability estatal, promovendo a transparência, a responsabilidade e a prestação de contas no contexto das políticas públicas.”
(CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 427.)

No entanto, é importante reconhecer que a judicialização também apresenta desafios. O processo pode ser demorado, oneroso e gerar incertezas jurídicas, dificultando a implementação das políticas. Além disso, a excessiva judicialização pode gerar tensões entre os poderes e afetar a autonomia institucional.

Portanto, o exame dos impactos da judicialização nas decisões e implementações das políticas públicas deve considerar a atuação do Poder Judiciário como mediador, buscando um equilíbrio entre a proteção dos direitos fundamentais, a melhoria da qualidade das políticas e o fortalecimento da participação democrática. Esse exame crítico é essencial para compreender as consequências e desafios desse fenômeno complexo e promover o aprimoramento do sistema jurídico e institucional.

5. DISCUSSÃO DAS PRINCIPAIS CRÍTICAS E DEBATES EM TORNO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS, ABORDANDO DIFERENTES PERSPECTIVAS E VISÕES

Uma das críticas mais recorrentes à judicialização das políticas públicas diz respeito ao possível desequilíbrio entre os poderes. Argumenta-se que o Judiciário, ao intervir nas decisões e implementações das políticas, estaria invadindo a esfera de atuação dos outros poderes, em especial do Poder Executivo. Essa crítica enfatiza a importância da separação de poderes e defende que as

políticas públicas devem ser elaboradas e implementadas pelos órgãos competentes, levando em consideração a expertise e a legitimidade democrática desses poderes.

Outra crítica é a preocupação com a eficiência e a celeridade das decisões judiciais no contexto das políticas públicas. A via judicial nem sempre é rápida e ágil para lidar com questões complexas de políticas públicas, o que pode resultar em atrasos na implementação e na falta de respostas adequadas aos problemas enfrentados pela sociedade. Essa crítica ressalta a importância de mecanismos de governança eficientes e de soluções políticas para enfrentar os desafios das políticas públicas, sem depender exclusivamente do Judiciário.

Outro ponto de debate é a questão da legitimidade democrática das decisões judiciais em relação às políticas públicas. A preocupação aqui é que juízes, que não foram eleitos pelo povo, estejam tomando decisões que afetam a vida dos cidadãos e interferem nas escolhas políticas e nas decisões tomadas pelos representantes eleitos democraticamente. Essa crítica destaca a necessidade de garantir a participação popular nas decisões políticas e de assegurar que os representantes eleitos tenham espaço para atuar na formulação e implementação das políticas públicas.

Por outro lado, defensores da judicialização argumentam que a atuação do Judiciário é necessária para proteger os direitos fundamentais e garantir a efetividade das políticas públicas. Eles destacam que o Poder Judiciário desempenha um papel importante na interpretação e na aplicação das normas constitucionais, agindo como um contrapeso aos poderes políticos e assegurando a legalidade e a justiça nas políticas adotadas pelo Estado. Essa perspectiva enfatiza a importância da atuação judicial na proteção dos direitos e no controle da legalidade das políticas públicas.

Adicionalmente, alguns argumentam que a judicialização das políticas públicas contribui para a inclusão social e para o fortalecimento da democracia. Ao permitir que os cidadãos acessem o Judiciário e defendam seus direitos, a judicialização amplia a participação popular, dá voz aos grupos marginalizados e promove a igualdade de tratamento perante a lei. Essa visão ressalta a importância da justiça social e da proteção dos direitos humanos como valores fundamentais no processo de elaboração e implementação das políticas públicas.

É importante destacar que essas são apenas algumas das principais críticas e debates em torno da judicialização das políticas públicas. O tema é complexo e multidimensional, envolvendo questões jurídicas, políticas e sociais. A discussão e o diálogo contínuos são essenciais para a compreensão dessas perspectivas divergentes e para o aprimoramento do sistema jurídico e institucional, buscando um equilíbrio adequado entre os poderes e a garantia dos direitos e da justiça nas políticas públicas.

6. ANÁLISE DA CONEXÃO ENTRE A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, CONSIDERANDO AS NORMAS CONSTITUCIONAIS E OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS ENVOLVIDOS

A conexão entre a judicialização das políticas públicas e a proteção dos direitos fundamentais é um aspecto crucial a ser considerado no contexto do direito constitucional. A judicialização, ao envolver o Poder Judiciário no controle e na regulamentação das políticas públicas, desempenha um papel importante na garantia da efetividade e na proteção dos direitos fundamentais consagrados nas normas constitucionais.

A Constituição é a pedra fundamental do ordenamento jurídico de um país e estabelece os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. A judicialização das políticas públicas se baseia na interpretação dessas normas constitucionais e na aplicação dos princípios jurídicos envolvidos. O Poder Judiciário, por meio desse processo, assegura que as políticas públicas estejam alinhadas com as exigências constitucionais e respeitem os direitos fundamentais protegidos.

A judicialização das políticas públicas permite que os tribunais atuem como guardiões da Constituição, analisando a conformidade das políticas com os princípios fundamentais estabelecidos. Os direitos fundamentais, como a liberdade, a igualdade, a dignidade da pessoa humana e a proteção à vida, à saúde, à educação, entre outros, são considerados pilares essenciais do Estado de Direito e devem ser respeitados em todas as ações do poder público.

Ao analisar a conexão entre a judicialização das políticas públicas e a proteção dos direitos fundamentais, é importante ressaltar que essa relação não se trata apenas de uma questão de conformidade legal, mas também de garantir a efetividade desses direitos. O Poder Judiciário desempenha um papel fundamental na correção de eventuais lacunas, omissões ou violações dos direitos fundamentais por parte do Estado.

Além disso, a judicialização das políticas públicas é especialmente relevante quando há um conflito entre direitos fundamentais ou quando as políticas adotadas pelo Estado não estão adequadamente equilibradas em relação aos princípios constitucionais. O Judiciário, nesses casos, atua como mediador, buscando encontrar soluções que harmonizem os interesses em jogo e garantam a máxima proteção dos direitos fundamentais. Entendimento de Barroso:

“A judicialização das políticas públicas desempenha um papel crucial na resolução de conflitos envolvendo direitos fundamentais, bem como na busca por um equilíbrio adequado entre as políticas adotadas pelo Estado e os princípios constitucionais que regem a sociedade. Nesse contexto, o Poder Judiciário atua como um

intermediário, procurando encontrar soluções que conciliem os interesses divergentes e assegurem a efetiva proteção dos direitos fundamentais.” (BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Revista de Direito Administrativo, v. 240, 2005, p. 53-54.)

Entretanto, é importante destacar que a judicialização das políticas públicas não deve ser vista como a única solução para a proteção dos direitos fundamentais. A atuação dos outros poderes, como o Legislativo e o Executivo, é igualmente relevante nesse processo. A participação democrática, a discussão pública e a elaboração de políticas por meio de processos transparentes e inclusivos são aspectos essenciais para garantir a eficácia das políticas públicas e a proteção dos direitos fundamentais.

Em resumo, a conexão entre a judicialização das políticas públicas e a proteção dos direitos fundamentais reside na atuação do Poder Judiciário como guardião da Constituição, interpretando e aplicando os princípios jurídicos e normas constitucionais relacionados aos direitos fundamentais. A judicialização desempenha um papel crucial na busca pela efetividade desses direitos, corrigindo possíveis violações e equilibrando conflitos entre direitos. No entanto, é fundamental que haja um diálogo constante entre os poderes e a sociedade, visando a construção de políticas públicas que promovam a proteção dos direitos fundamentais de forma legítima e democrática.

7. REFLEXÃO SOBRE OS DESAFIOS E LIMITAÇÕES DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA EFETIVA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, LEVANDO EM CONSIDERAÇÃO A SEPARAÇÃO DOS PODERES E A DEMOCRACIA

Um dos principais desafios é o equilíbrio entre os poderes e o respeito à separação de funções. A judicialização das políticas públicas pode levar a uma sobreposição de poderes, com o Poder Judiciário exercendo um papel mais ativo na formulação e implementação de políticas, em detrimento dos poderes Executivo e Legislativo. Essa sobreposição pode comprometer a autonomia e a expertise dos outros poderes, que são democraticamente eleitos e responsáveis por representar a vontade popular.

Além disso, a judicialização das políticas públicas pode enfrentar limitações em termos de capacidade e conhecimento técnico do Judiciário. Os tribunais nem sempre possuem a especialização necessária para tomar decisões que envolvem questões complexas de política pública. Essa limitação pode resultar em decisões baseadas em critérios jurídicos, sem a devida consideração dos aspectos práticos, políticos e econômicos envolvidos na implementação das políticas.

Outro desafio diz respeito à legitimidade democrática das decisões judiciais. O Judiciário, ao tomar decisões sobre políticas públicas, pode não ser diretamente responsabilizado pelos cidadãos, uma vez que os juízes não são eleitos democraticamente. Isso levanta questionamentos sobre a representatividade e a *accountability* do Judiciário em relação às políticas que afetam a sociedade como um todo. A participação popular e o envolvimento dos atores políticos no processo decisório são elementos fundamentais para a manutenção da legitimidade democrática das políticas públicas, entendimento histórico fundamentado:

“A legitimidade democrática das decisões judiciais no contexto da judicialização das políticas públicas é um desafio que se apresenta devido à ausência de eleição direta dos juízes, o que dificulta a responsabilização perante os cidadãos. Isso suscita questionamentos acerca da representatividade e da prestação de contas do Judiciário em relação às políticas que afetam a sociedade como um todo. Para manter a legitimidade democrática das políticas públicas, torna-se essencial promover a participação popular e envolver os atores políticos no processo decisório.”
(SCHWARCZ, Lília Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. *Brasil: uma biografia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 500.)

Ademais, a judicialização das políticas públicas também enfrenta o desafio da efetividade das decisões judiciais. Embora o Judiciário possa determinar ações específicas para garantir a proteção dos direitos fundamentais, nem sempre é possível que essas decisões sejam implementadas de forma adequada e oportuna. A burocracia, os recursos limitados e a resistência política podem afetar a efetividade das decisões judiciais, o que pode comprometer a proteção dos direitos fundamentais.

Portanto, é necessário reconhecer que a judicialização das políticas públicas tem limitações e desafios significativos. A preservação da separação dos poderes e o respeito aos princípios democráticos são fundamentais na busca por soluções que equilibrem a proteção dos direitos fundamentais com a legitimidade e a efetividade das políticas públicas. A colaboração entre os poderes, a participação popular e o diálogo constante são elementos cruciais para enfrentar esses desafios, assegurando a proteção efetiva dos direitos fundamentais dentro do contexto democrático.

REFERÊNCIAS

- MENDONÇA, Andityas Soares de; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Proibição de Retrocesso Social**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. 10. ed. São Paulo: RT, 2018.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. **Brasil: uma biografia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista de Direito Administrativo, v. 240, 2005, p. 53-54.

CAPÍTULO 20

NOTAS SOBRE A IGUALDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Cláudio Henrique de Castro

1 A BUSCA DA IGUALDADE NOS ESTATUTOS DAS DIFERENÇAS

Os estatutos administrativos disciplinam hipóteses diferenciadas levando em conta os sujeitos, as situações e as entidades que compõem a relação jurídico administrativa.

A igualdade das situações fáticas e sujeitos se coloca sempre de forma a resguardar o interesse público que é diferenciado pelos personagens que o compõem.

Neste sentido, o Direito Administrativo, está longe de uma igualdade linear, pois considera os sujeitos que, em diversos estatutos administrativos, reclamam tratamento administrativo particularizado, seja pela sua posição jurídico-administrativa, seja pelo estatuto ou pela norma administrativa regente.

O princípio constitucional da igualdade que garante a todos a igualdade perante a lei é perfeitamente colmatado, diante de que a própria lei faz a distinção para cada sujeito e caso.

A questão que se coloca é como estender ou alargar a igualdade geral para romper os estatutos que sacramentam, dogmaticamente, as diferenças no Direito Administrativo brasileiro de forma injusta e desigual.

Em outras palavras, o particularismo administrativo que se contrapõe ao princípio constitucional da igualdade.

Esse conjunto normativo é uma projeção do passado ao presente e do presente ao futuro das instituições administrativas,¹ portanto pode ser alterado.

¹ ZAGREBELSKY. Gustavo. **Historia y constitución**. Traducción y prólogo de Miguel Carbonell. Madrid: Minima Trotta, 2019, p. 12.

2. CASOS PRÁTICOS E O CONCEITO DA IGUALDADE

Um município de apenas três mil habitantes cujo orçamento é reduzidíssimo para tratar as desigualdades urbanas de atendimento à coleta de lixo, do calçamento das vias, do oferecimento de serviços públicos de saúde, de transporte e de educação é lindeiro a um outro município com população maior e mais recursos públicos, do qual basta atravessar a rua, ou percorrer alguns quilômetros para se perceberem as diferenças que se estabelecem, objetivamente, entre cidadãos em decorrência dos seus endereços ou da classe social.

Servidor ocupante de cargo modesto comparado a cargos de estado, ou militares, quanto à aposentadoria, à remuneração, ao tratamento oficial e aos benefícios dos mais variados, que se traduzem por garantias.

Empresa que recebe tratamento tributário diferenciado em razão de sua constituição societária, finalidade ou base territorial.

Em todos esses casos o Direito Administrativo trata de diferenciar jurídica e, convincentemente, as particularidades de cada sujeito, território, servidor, agente público ou pessoa jurídica.

Esse convívio conflituoso de situações assemelhadas e às vezes idênticas, mas com profundas diferenças de tratamento administrativo é envolto em contradições teóricas, legais e constitucionais.

3. AS DIFERENÇAS JURÍDICAS E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE;

Os estatutos tratam de estabelecer regras específicas que resguardar direitos e com isso distanciar as situações para torná-las aceitáveis e justificáveis sob o ponto de vista administrativo.

Essa relação que numa sociedade democrática seria inaceitável, torna-se comum e sem maiores debates, diante do silêncio doutrinário e normativo quanto aos seus efeitos diferenciadores.

Doutra banda, a aceitação normativa das comunidades jurídicas representadas pelas academias, pelos tribunais e legisladores, garante a estabilidade e a sustentabilidade dessas diferenças.

4. O TEMPO COMO EVOLUÇÃO OU RETROCESSO DA IGUALDADE;

Com o vagar do tempo, alguns institutos diferenciadores podem ser reduzidos ou ao revê, alargados.

Com efeito, há uma razoável simetria dessa marcha do direito com os regimes políticos da democracia ou da autocracia, e a história pode dar pistas

de como isso se desenvolve, exemplo disto é o surgimento do princípio da igualdade nas Constituições ocidentais do século XX.²

Contudo, no mesmo passo, cidadãos, cada vez mais, estariam abertos a regimes autoritários, num processo de desconstrução da democracia no mundo.³

Uma das explicações para o derretimento institucional dos regimes democráticos é que a maioria dos jovens não tem noção do que seria viver num regime diferente, isto é, não passaram por um regime nazifascista, autoritário civil ou militar.⁴

5. O QUE FAZER PARA ALARGAR A IGUALDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO?

A primeira questão é se a igualdade interessa ao Direito Administrativo, a segunda, se caso interesse, é de como fazer para operar essa mudança.

Resumindo: aos estratos políticos dirigentes, às castas jurídicas de diversas instituições e à burocracia de Estado se interessam por essa mudança?

Devemos partir da ideia de sociedade hierarquizada para compreender melhor essa questão.

A hierarquia dos estamentos gregos, do império Romano e da Igreja vagaram por séculos na história ocidental, foram rompidos pelas revoluções burguesas ocidentais, que não asseguraram a plena igualdade, senão o estabelecimento uma ordem liberal, nas quais os servos transformaram-se em trabalhadores e, mais recentemente, em colaboradores e empreendedores.

No caso do Brasil e a América Latina, colônias europeias escravistas, a herança histórica é mais profunda e devastadora quanto a esse tópico, pois o direito assegurou um sistema profundamente disciplinador das diferenças.

Em resumo, isso também explica, dentre outras coisas, porque as políticas de inclusão social são questionadas sob o ponto de vista orçamentário. Contudo, a manutenção dos privilégios, isenções e imunidades tributárias e fiscais às elites econômicas passam ao largo dessa temática.

A realidade não se altera por decreto, pois é uma construção social histórica de séculos, uma estratificação de exemplos e modos de vida.

Com efeito, não temos no Brasil uma preocupação ou orientação acadêmica sobre a igualdade quanto ao ponto de vista democrático administrativo.

² FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo**: experiencias históricas y tendencias actuales. Traducción SEPS. Trotta: Madrid, 2009, p. 120.

³ MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 125-161.

⁴ *Idem*, p. 151.

6. O PRIMEIRO PASSO É INSTAURAR ESSE DEBATE

As distinções preliminares no Direito Romano;
Onde estaria o nascedouro dessas diferenças?
No Direito Romano temos o *ius comune* e o *ius singulare*.

O *ius comune* é a regra geral, isto é, aplica-se a todos os romanos sem exceção, o *ius singulare* é o direito singular, identifica-se com o *privilegium*, uma verdadeira *lex privata*, diante de alguma peculiaridade.⁵

O *ius singulare* viria após o *ius comune*, como uma norma particular posterior a uma norma geral.⁶

A questão é da análise de conteúdo da norma excepcional, se haveria um direito à diferença plenamente justificável ou não em razão da Constituição. Caso se justifique está contemplado pelo ordenamento constitucional.

O direito à diferença, por exemplo, na exigência normativa da construção de rampas de acesso para cadeirantes ou na linguagem de libras em programas audiovisuais para portadores de deficiência visual, nas políticas de cotas, entre outros.

Noutro passo, a construção eclesial normativa do sujeito pelo Cristianismo e pelo Liberalismo burguês resultante da passagem da Idade Média para a Idade Moderna, não significa a que a ideia da pessoa e do sagrado não prescindem da noção de que a sociedade deve impor, por mecanismos de poder, a tributação e a gestão de recursos, ao mínimo existencial normativo que contemple a igualdade entre os sujeitos, em realidade, o direito à diferença das coletividades fragilizadas pelo poder econômico.⁷

7. DISTRIBUIÇÃO ORÇAMENTÁRIA E O FOMENTO DAS DESIGUALDADES

A situação de distinções aceitáveis passa pela história novamente, o consenso jurídico em torno da sustentabilidade de decisões para a distribuição orçamentária desigual de obras e serviços, por isso alguns tem direito ao calçamento, à plena mobilidade urbana e outros não tem sequer o acesso ao saneamento básico, à água potável ou a um mínimo existencial, *lato sensu*.

A questão da distribuição orçamentária é uma questão do Estado Democrático.

⁵ OTERO, Paulo. *Ius singulare* e Constituição: do *ius romanum* ao *ius comune* constitucional. *Interpretatum Prudentium*, II, 2017, I, p. 263-286.

⁶ ORESTANO, Riccardo. *Ius singulare* e *privilegium* in diritto romano: contributo storico-dogmatico. Tolentino, 1937, p. 50.

⁷ SCHIAVONE, Aldo. *Eguaglianza: una nuova visione sul filo della storia*. Torino: Einaudi, 2019, p. 305.

Se o município não cumpre seus deveres, é quase sempre pela falta de recursos, daí também o estado membro, a União e seus respectivos órgãos.

Onde vão os recursos públicos?

As leis orçamentárias são peças de Direito Financeiro que adentram no ordenamento do Direito Administrativo em suas competências e atribuições.

As peças orçamentárias plurianuais e os regimes orçamentários fazem parte do conjunto normativo que sustenta a distribuição desigualitária em termos territoriais e populacionais.

8. OBSTÁCULOS À IGUALDADE JURÍDICA NO BRASIL

A mentalidade coletiva histórica das elites brasileiras, *grosso modo*, passa pelo: privatismo, que tem como preocupação única e exclusiva dos colonizadores satisfazer seus interesses pessoais e familiares, em detrimento do bem comum; pelo personalismo que não aceita o funcionamento de organizações impessoais; pela ausência da impessoalidade da Administração Pública e; pelo multissecular costume da corrupção.⁸

Desde o verniz de legalidade que oculta preferências em concursos burlados, até indicações em todos os poderes pelas mãos do Poder Executivo que afasta os freios e contrapesos da Administração Pública em cada segmento de Estado.

Dimana desses elementos, a desigualdade econômica e as ligações de compadrio entre as classes sociais; a impunidade dos delitos de colarinho branco e, a indiferença jurídica ao discurso da igualdade.

O argumento da autoridade é utilizado pela doutrina, que não relativiza ou questiona as situações jurídicas constituídas, isto é, não há a discussão sobre as situações administrativas desiguais. Essa relação é autoritária no sentido profundamente argumentativo.⁹

A crise do contrato social diante das distâncias entre a Constituição e sua aplicabilidade frente às exclusões gera o consenso do Estado fraco, que passa a ser a causa da fraqueza e da desorganização da sociedade¹⁰.

A fragilidade normativa do Direito Administrativo quanto ao princípio da igualdade é uma das consequências desse fenômeno.

O exemplo histórico flagrante de descumprimento pelas autoridades no Brasil é da Lei de 7 de novembro de 1831¹¹ que declarou livres todos os escravos

⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **A oligarquia brasileira**: visão histórica. Contracorrente: São Paulo, 2017, p. 28 e ss.

⁹ DEMO, Pedro. **Argumento de autoridade x autoridade do argumento** – interfaces da cidadania e da epistemologia. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005, p. 30.

¹⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reinventar a Democracia**. Lisboa: Gradiva, 2002, p. 26 e ss.

¹¹ BRASIL, Legislação. Lei de 07/11/1831. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-7-11-1831.htm#:~:text=LEI%20DE%207%20DE%20NOVEMBRO,aos%20importadores%20

vindos de fora do Império, e impôs penas aos importadores dos mesmos escravos, mas que teve ampla ineficácia.¹²

9. COMO ENFRENTAR A QUESTÃO DA DESIGUALDADE

O paralelismo fático entre situações análogas, com a chamada analogia na interpretação dos casos é uma possibilidade de superação da desigualdade.

O fato regulado e o não regulado ou fatos regulados por normas diferentes podem se aproximar com a analogia também para essa superação.¹³

Igualmente, o argumento da justiça ou injustiça da situação resultante, em relação a outras situações semelhantes, isso com a metodologia da interpretação e da aplicação das leis.¹⁴

O núcleo mínimo do justo está: nas exigências mínimas da justiça, na proibição da injustiça como proibição do arbítrio e do irracional; sem fundar-se na arbitrariedade, na irrazoabilidade, na irracionalidade ou na desproporcionalidade.¹⁵

10. O QUE SE PODE DIZER SOBRE A DESIGUALDADE

A desigualdade resulta francamente da questão econômica, da distribuição desigual de recursos, em favor de alguns poucos segmentos econômicos globais e dos Estados.

Essa permissão e a liberdade global das corporações e setores financeiros em detrimento do ecossistema planetário tem repercussões nas sociedades locais, desde o advento dos refugiados climáticos, até nas restrições orçamentárias para investimentos em setores fragilizados, meio ambiente, direitos sociais, dentre outros.

11. O ENFRENTAMENTO, PORTANTO, É GLOBAL E ESTATAL

No Brasil a hierarquia social estimula critérios que permitem e legitimam que alguns sejam vistos como superiores e dignos de privilégios, e outros como

dos%20mesmos%20escravos. Acesso em 17/01/2023.

¹² ALENCASTRO, Luiz Felipe de. **Truculência e golpismo de militares têm raiz na brutalidade e ilegalidade do escravismo**. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=CMOnVcUFvkA&t=2800s> Acesso em 17/01/2023.

¹³ FALCON Y TELLA, Maria Jose. **El argumento analógico en el derecho**. Prólogo de José Iturmendi Morales. Madrid: Civitas, 1991, p. 146 e ss.

¹⁴ HOMEM, António Pedro Barbas. **O Justo e o Injusto**. Reimpressão. Lisboa: AAFDL Editora, 2017, p. 80.

¹⁵ *Idem*, p. 138.

inferiores e em posições socialmente justificadas por isso¹⁶ e isso também se tornou um obstáculo para esta construção.

Em resumo, a manutenção das estruturas do atraso que sustentam as desigualdades administrativas brasileiras, quanto à aplicação de recursos de forma desproporcional e ao tratamento desigual de brasileiros sustenta-se na normalização e na banalização operada também pelo Direito Administrativo.

Para uma construção da igualdade administrativa;

Como podemos planificar a igualdade no Direito Administrativo?

A mudança de mentalidade dos juristas é um primeiro grande passo.

A análise se a decisão ou ato administrativo é injusta e/ou desigual sob o ponto de vista jurídico constitucional.

A verificação se há elementos fáticos ou jurídicos paralelos de tratamento diferenciado que podem justificar o uso de analogia para a situação menos favorável.

A análise do discriminem administrativo que excepciona a não aplicação da norma não significa quebra da igualdade, mas contempla a interpretação fática, na tangência com a realidade, por exemplo, a inexigibilidade de compra de alimentos para tribos indígenas em colégio na aldeia, cujos alimentos só podem ser adquiridos pela própria comunidade.

Outro aspecto é o da aplicação da regra jurisprudencial administrativa, do precedente, seja ela proveniente *interna corporis* ou advinda do controle externo dos Tribunais de Contas, Corregedorias ou mesmo do Poder Judiciário. Nesse passo, o estabelecimento das premissas resultantes do *thema decidendum* importam para balizarem a aplicabilidade de casos futuros, um verdadeiro caso-guia. Essa a verdadeira revolução da mentalidade dos operadores do direito, para afastarmos as decisões do varejo que, na prática, divergem entre si e, quase sempre, importam na profunda insegurança jurídica.

Deve-se realizar a análise da situação fática ou jurídica desigual frente ao contexto normativo global. Por exemplo, em bairros, localidades ou cidades distintas, nas quais uma possui carências severas na distribuição de recursos públicos e em outra há a plena satisfação dos interesses do cidadão e as soluções orçamentárias possíveis para combater a desigualdade.

Entender que é dever do administrador público em resolver essa questão sob pena de responsabilização por omissão culposa ou dolosa. Por exemplo, gestor que privilegia certos territórios eleitorais em detrimento de outros nos quais não teve votos ou outras distinções de caráter pessoal ou econômico.

Conceber a fiscalização orçamentária como proativa, com responsabilização dos fiscais, no sentido de eleger metas e acompanhar a mitigação gradativa das desigualdades locais e pessoais.

¹⁶ SOUZA, Jessé. **A elite do atraso**: da escravidão à Lava Jato. Rio de Janeiro: Leya, 2017, p. 70 e ss.

Priorizar o sentido normativo da igualdade no Direito Administrativo, não a igualdade de fachada, mas que priorize os mandamentos constitucionais dos direitos fundamentais.

Sacramentar a tarefa do Estado de um agir administrativo e não uma postura meramente contemplativa ou de omissão, impondo ao gestor público deveres legais concretos e não meramente programáticos ou de possibilidades ou opções políticas orçamentárias.

Ressignificar a igualdade no Direito Administrativo, pelo contraste de situações sociais e pessoais, colocando aos operadores jurídicos uma mentalidade ativa quanto a interpretação dessa realidade e suas soluções.

12. A GUISA DE CONCLUIR

Com efeito, deve-se reconstruir, resignificar e debater os mecanismos do Direito Administrativo que privilegiam os fortes, isto é, grupos politicamente organizados, que em certa monta sequestram os interesses públicos para a satisfação de seus desideratos privados. Esta inversão de valores é captada na análise de regras, atos administrativos ou decisões quase sempre se denominam excepcionais e que corporificam esse *ius singulare* ou *privilegium* alhures analisado.

Subir o degrau civilizatório por meio do princípio da igualdade no Direito Administrativo não é uma opção interpretativa.

A guisa de concluir: a reconstrução do princípio da igualdade no Direito Administrativo brasileiro deve se realizar entendendo-o como um dever administrativo constitucional e não uma mera sinalização, programa de ações ou princípio inaplicável.

REFERÊNCIAS

ALENCASTRO, Luiz Felipe de. **Truculência e golpismo de militares têm raiz na brutalidade e ilegalidade do escravismo**. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=CMOnVcUFvkA&t=2800s>. Acesso em 17/01/2023.

BRASIL, Legislação. Lei de 07/11/1831. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-7-11-1831.htm#:~:text=LEI%20DE%207%20DE%20NOVEMBRO,aos%20importadores%20dos%20mesmos%20escravos. Acesso em 17/01/2023.

COMPARATO, Fábio Konder. **A oligarquia brasileira: visão histórica**. Contracorrente: São Paulo, 2017.

DEMO, Pedro. **Argumento de autoridade x autoridade do argumento** – interfaces da cidadania e da epistemologia. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

FALCON Y TELLA, Maria Jose. **El argumento analógico em el derecho**. Prólogo de José Iturmendi Morales. Madrid: Civitas, 1991.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales**. Traducción SEPS. Trotta: Madrid, 2009.

HOMEM, António Pedro Barbas. **O Justo e o Injusto**. Reimpressão. Lisboa: AAFDL Editora, 2017.

MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

ORESTANO, Riccardo. *Ius singulare e privilegium in diritto romano: contributo storico-dogmatico*. Tolentino, 1937.

OTERO, Paulo. *Ius singulare e Constituição: do ius romanum ao ius comune constitucional*. *Interpretatium Prudentium*, II, 2017, I, p. 263-286.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reinventar a Democracia**. Lisboa: Gradiva, 2002.

SCHIAVONE, Aldo. **Eguaglianza**: una nuova visione sul filo della storia. Torino: Einaudi, 2019.

SOUZA, Jessé. **A elite do atraso**: da escravidão à Lava Jato. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**. Traducción y prólogo de Miguel Carbonell. Madrid: Mínima Trotta, 2019.

CAPÍTULO 21

SERIA CONSTITUCIONAL EVENTUAL EXIGÊNCIA DE CAPITAL MÍNIMO PARA A CONSTITUIÇÃO DE SOCIEDADE LIMITADA UNIPESSOAL?

*Adriely Saraiva Sarkis
Fabrício Vasconcelos de Oliveira*

1. A SOCIEDADE LIMITADA UNIPESSOAL E A EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA – EIRELI

A sociedade limitada é o tipo societário mais popular no Brasil; dados da Junta Comercial informam que no ano de 2022 foram abertas 14.387 (quatorze mil, trezentos e oitenta e sete) sociedades limitadas, número superior ao de todos os outros tipos societários somados.

O motivo da imensa popularidade deste tipo societário é que todos os sócios possuem responsabilidade limitada pelas dívidas da sociedade, elemento inegavelmente atrativo, ainda mais se conjugado ao fato que o funcionamento da sociedade limitada é muito mais simplificado que o funcionamento das sociedades anônimas, na qual a responsabilidade de todos os sócios também é limitada, mas é necessária uma estrutura interna mais complexa para a realização de seu desiderato.

Em 20 de setembro de 2019, a Lei n.º 13.874 alterou o Código Civil brasileiro incluindo os §§ 1º e 2º no artigo 1.052 e permitindo que a sociedade limitada seja constituída por apenas uma pessoa, o que os estudiosos costumam chamar de sociedade limitada unipessoal.

A estrutura da sociedade limitada unipessoal guarda inegável semelhança com a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI, pessoa jurídica incluída no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei n.º 12.441, de 11 de julho de 2011, a qual alterou o Código Civil.

Esta referida pessoa jurídica não é mais admitida no Brasil, tendo sido os artigos que a ela se referiam revogados pela Lei n.º 14.382, de 27 de junho de 2022.

Contudo, um dos pontos mais controversos naquele instituto jurídico era a exigência expressa de um capital não inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País de maior (artigo 980 – A do Código Civil).

O presente estudo visa analisar se uma exigência análoga, de um capital mínimo para a sociedade limitada unipessoal, seria constitucional ou não e, em caso positivo, se traria benefícios para a economia pátria.

Nossas conclusões se baseiam no estudo da legislação constitucional e infraconstitucional, além da doutrina e da jurisprudência dos tribunais pátrios.

2. A EXIGÊNCIA DE CAPITAL MÍNIMO PARA A CONSTITUIÇÃO DE EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA – EIRELI E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ADI N.º 4.637/DF

A Lei n.º 12.441, de 11 de julho de 2011, alterou o Código Civil brasileiro, permitindo a constituição de empresa individual de responsabilidade limitada; ela acrescentou ao Código Civil o artigo 980-A e, também, o inciso VI ao artigo 44, além de alterar o parágrafo único do artigo 1.033.

A referida lei foi fruto do Projeto de Lei da Câmara n.º 4.605, de 2009. A intenção do legislador ao instituir a figura da empresa individual de responsabilidade limitada/EIRELI foi enfrentar uma realidade comum às atividades empresariais, a saber, que determinadas pessoas naturais, ao invés de atuarem como empresários individuais (e, assim, responderem por dívidas com, via de regra, a totalidade de seu patrimônio) preferiam constituir sociedades cujo tipo estipulava a limitação de sua responsabilidade por dívidas sociais (principalmente, a sociedade limitada, prevista nos artigos 1.052 a 1.086 do Código Civil), indicando, muitas vezes, “sócios” que, a rigor, comparecem no quadro societário apenas com seu nome¹.

Tratava-se de uma nova espécie de pessoa jurídica, que não se confundia com as sociedades, conforme expressamente dispunha o inciso VI do artigo 44 do Código Civil (incluído pela Lei n.º 12.441/2011).

O artigo 980-A, *caput* do Código Civil dispunha que a empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

¹ Assim dispôs o Projeto de Lei da Câmara n.º 4.605, de 2009, em sua Justificação: “O fato é que uma grande parte das sociedades por quotas de responsabilidade limitada, designadas sociedades limitadas pelo novo Código Civil, foi constituída apenas para que se pudesse limitar a responsabilidade do empresário ao valor do capital da empresa. A rigor, o que existe, nesses casos, é uma “sociedade de faz de conta”: uma firma individual vestida com roupagem de sociedade. Basta ver o número de sociedades em que um único sócio detém a quase totalidade do capital social ou em que os dois sócios são marido e mulher, casados em regime de comunhão universal de bens, situação que, aliás, poderá exigir grande número de alterações contratuais, já que o novo Código Civil não a admite”.

Na época, o Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração - DREI orientava que o referido capital poderia ser integralizado com dinheiro ou quaisquer bens, desde que suscetíveis de avaliação em dinheiro, inclusive imóveis (e direitos a ele relativos) e quotas de outras sociedades, sendo vedada a contribuição em prestação de serviços (itens 5.2.2 a 5.2.5, Seção I, Capítulo II do Manual de Atos de Registro de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada - EIRELI, com Redação dada pela Instrução Normativa DREI n.º 81, de 10 de junho de 2020).

Em tempo, o Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração - DREI admitia, no item 5.2.1, Seção I, Capítulo II do referido Manual de Atos de Registro de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada - EIRELI que a integralização da parte do capital da EIRELI, que excedesse o valor mínimo exigido, poderia ocorrer de forma imediata ou mesmo em data futura.

Foi interposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI n.º 4.637/DF, objetivando a declaração de inconstitucionalidade da exigência do capital de pelo menos cem vezes o salário mínimo para constituição da EIRELI.

O Partido Popular Socialista - PPS propôs, em 11 de agosto de 2011, Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI n.º 4.637/DF, requerendo a declaração de inconstitucionalidade da parte final do art.980-A do Código Civil, na parte que exige que “o capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País”.

O partido fundamentou que a Constituição Federal, em seu art. 7º, IV, estabelecia a vedação do salário mínimo como critério indexador.

O partido também alegava que a referida exigência também seria inconstitucional, pois violaria o princípio da Livre Iniciativa, pois inviabilizaria a abertura de Empresas Individuais de Responsabilidade Limitada por pequenos empreendedores que não dispusessem de, pelo menos. 100 (cem) salários mínimos.

Para a requerente, esta exigência de capital mínimo também seria incoerente, já que a legislação não impunha a mesma exigência para a abertura de uma sociedade limitada, e, assim, violaria também o princípio da igualdade ao estabelecer diferenças de tratamento entre pessoas jurídicas idênticas no que concerne a responsabilidade dos sócios.

A Presidência da República prestou informações onde se posicionou pela declaração da improcedência dos pedidos do partido e pelo indeferimento da medida cautelar.

Como a obrigatoriedade da integralização de cem salários mínimos, deve ser observada unicamente no momento da abertura da EIRELI, não devendo ser reajustada periodicamente, não pode ser considerada com caráter indexador e não afrontaria a vedação constitucional que busca somente impedir a utilização do salário mínimo quando configurado este caráter.

Justificou que há a utilização do salário mínimo de forma semelhante em outras leis, como a lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências).

Para a Presidência da República, também não haveria violação ao Princípio da Livre Iniciativa, pois o mesmo não é absoluto e a União tem a atribuição constitucional, prevista no artigo 22, I da CF, de legislar sobre Direito Civil e Comercial, o que implica disciplinar e impor normas societárias.

A referida limitação seria razoável pois todas as dívidas da EIRELI estariam limitadas ao valor do capital social, já que não se confunde o patrimônio da EIRELI com o patrimônio pessoal do seu titular. O capital social seria responsável pela compra dos bens necessários ao exercício da atividade e também seria garantia de pagamento para terceiros.

Argumentou que a não exigência de um capital mínimo, ou sua falta de integralização, propiciaria a criação de sociedades fictícias, sem capital para cobrir seus gastos, o que justificaria a escolha do legislador pela exigência de um capital social mínimo.

Recordavam ainda, que as pessoas que não possuísem o valor exigido, poderiam se socorrer das outras possibilidades postas à sua disposição pelo ordenamento jurídico pátrio, não podendo prosperar a alegação que a exigência de capital mínimo impediria o interessado de realizar a atividade econômica de seu interesse.

O Advogado Geral da União também se manifestou pela constitucionalidade, requerendo a declaração de improcedência do pedido formulado pelo Partido Popular Socialista – PPS.

Para o Advogado da União, o art. 980-A, em sua parte final, em nada contraria o comando do art. 7º, IV, da Constituição Federal, uma vez que a utilização do salário mínimo no artigo não possui o caráter de indexação, nem ocorre em prestações periódicas, sendo utilizado somente como referência para determinar o cálculo mínimo de capital a ser integralizado no momento da constituição da EIRELI.

A utilização do salário mínimo como parâmetro não teria como gerar o efeito de pressão em futuros reajustes, não afrontando o disposto na Constituição Federal, que tem por objetivo impedir que o aumento do salário mínimo gere, de forma indireta, uma cadeia de reajuste que poderia pressionar o seu reajuste para menor, penalizando o trabalhador.

Ressalta a existência de outras previsões legais que utilizam o salário mínimo como referência, como o artigo 108 do Código Civil.

Alegou, ainda, que, de acordo com o art. 22 da Constituição Federal, é atribuição da União estipular balizamentos à liberdade de iniciativa, a qual não se confunde com liberdade absoluta. O artigo impugnado apenas determina requisitos necessários a constituição da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, o que se insere na competência da União. Não há que se falar em

limitação à liberdade de iniciativa, por ser clara a razoabilidade desta exigência considerando-se o tipo de responsabilidade da modalidade em questão, onde o empresário não responderia pelas dívidas e obrigações da pessoa jurídica com seu patrimônio pessoal, sendo necessária a exigência de capital social mínimo como garantia e segurança para eventuais credores.

Em seu parecer o Ministério Público também se posicionou no sentido de improcedência da ação, uma vez que a vedação do artigo 7º, IV da CF diz respeito apenas à utilização do salário mínimo como indexador, e, no presente caso, a lei nada mais fez do que fixar requisitos necessários a constituição de Empresas Individuais de Responsabilidade Limitada.

Também entendeu que não há violação ao princípio da Livre Iniciativa, o qual não seria absoluto. A exigência, simplesmente, atenderia ao princípio da segurança jurídica, por dificultar o nascimento de sociedades fictícias e por trazer segurança aos credores da EIRELI.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 4.637/DF foi incluída em pauta para julgamento virtual. Os votos foram colhidos no período de 27.11.2020 a 4.12.2020. Transcrevemos a ementa da decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI). Art. 980-A do Código Civil, com redação dada pelo Art. 2º da Lei 12.441, de 11 de julho de 2011 3. Exigência de integralização de capital social não inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País. Constitucionalidade. 4. Proibição de vinculação do salário mínimo para qualquer fim. Art. 7º, IV, da Constituição Federal. Ausência de violação. Uso meramente referencial. 5. Livre iniciativa. Art. 170 da Constituição Federal. Ausência de violação. Inexistência de obstáculo ao livre exercício de atividade econômica. A exigência de capital social mínimo não impede o livre exercício de atividade econômica, é requisito para limitação da responsabilidade do empresário. 6. Ação direta de inconstitucionalidade improcedente.

Diante do exposto, o Supremo Tribunal Federal considerou constitucional a exigência que o capital social da empresa individual de responsabilidade limitada não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

3. SERIA CONSTITUCIONAL EXIGÊNCIA DE CAPITAL MÍNIMO PARA A SOCIEDADE LIMITADA? EM CASO POSITIVO, SERIA UMA ALTERAÇÃO BENÉFICA PARA A ATIVIDADE ECONÔMICA PÁTRIA?

Como já mencionado, a estrutura da sociedade limitada unipessoal guarda inegável semelhança com a estrutura da hoje extinta Empresa Individual de

Responsabilidade Limitada – EIRELI (Lei n.º 14.382, de 27 de junho de 2022), a saber, em ambos os casos você tem uma única pessoa com responsabilidade limitada pelas dívidas sociais.

O presente estudo visa analisar se seria constitucional a sociedade limitada unipessoal fazer uma exigência análoga a feita pela EIRELI, a saber, a exigência de um capital mínimo para a constituição da sociedade limitada unipessoal.

Em primeiro lugar, caso a eventual exigência se referisse a correspondência em salários mínimos haveria ofensa à vedação da vinculação do salário mínimo para qualquer fim constante no art. 7º, IV da Constituição Federal?

O Supremo Tribunal Federal, através da súmula vinculante n.º 4, definiu que o salário mínimo não pode ser usado como indexador:

Súmula Vinculante n.º 04: “Salvo os casos previstos na Constituição Federal, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.”

Por outro lado, o STF entende que não há vedação a que se estabeleçam condenações com base em salários mínimos, como indenizações por danos ou fixação de valores de pensão alimentícia, como a seguir transcrevemos:

A jurisprudência desta Corte admite a possibilidade de condenação em salários-mínimos, desde que a atualização seja feita de acordo com índices oficiais de correção monetária (AI-AgR 603843-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Levandowski, 29.4.2008).

Este também é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

A decisão que fixa valor de condenação em salários-mínimos é válida, desde que os salários sirvam apenas de referência e sejam convertidos em moeda corrente no momento da fixação. A partir daí, a correção monetária deve ser feita por índices oficiais. [Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.140.213-SP/STJ];

RECURSO ESPECIAL. ESTABELECIMENTOS FARMACÊUTICOS. AUSÊNCIA DE RESPONSÁVEL TÉCNICO DURANTE O HORÁRIO DE FUNCIONAMENTO. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. MULTA ADMINISTRATIVA. SANÇÃO PECUNIÁRIA. FIXAÇÃO EM SALÁRIOS MÍNIMOS. LEGALIDADE. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 1º E 2º DO DECRETO N. 75.704/75, 3º E 9º DA LEI N. 8.177/91, 21 DA LEI N. 8.178/91, 10 DA LEI N. 8.218/91, 1º E 3º DA LEI N. 8.383/91. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. Da análise dos artigos 1º e 2º da Lei n. 6.205/75, conclui-se que o escopo do legislador foi proibir a utilização do salário mínimo como indexador, descaracterizando-o como fator de correção monetária, o que não se aplica às multas administrativas. Com efeito, a

proibição legal de considerar valores monetários em salários mínimos não alcança as aludidas multas, uma vez que constituem sanção pecuniária e não fator inflacionário. Esta Corte Superior de Justiça, em conformidade com a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal no que toca às penas criminais, consolidou o entendimento de que “a fixação da multa administrativa em salários mínimos, prevista na Lei n. 5.724/71, não se tornou ilegal após a Lei n. 6.205/75” (REsp n. 379.533/PR, relator o subscritor deste, in DJ de 31.03.2003). O Decreto-lei n. 2.351/87 determinou a vinculação do salário mínimo de referência aos valores que estivessem fixados em função do salário mínimo, incluídas as penalidades estabelecidas em lei. A partir da publicação da Lei n. 7.789/89, contudo, deixou de existir o salário mínimo de referência, vigorando apenas o salário mínimo, nos termos do disposto no artigo 1º da Lei n. 5.724/71. Ausência de prequestionamento dos artigos 1º e 2º do Decreto n. 75.704/75, 3º e 9º da Lei n. 8.177/91, 21 da Lei n. 8.178/91, 10 da Lei n. 8.218/91, 1º e 3º da Lei n. 8.383/91. Recurso especial não conhecido”(STJ - REsp: 264235 PR 2000/0061971-0, Relator: Ministro FRANCIULLI NETTO, Data de Julgamento: 01/04/2003, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 30.06.2003 p. 166RJADCOAS vol. 49 p. 112).

O art. 275, § 6º da Lei no 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), usa o salário mínimo como referência (redação determinada pelo artigo 1.067 do Código de Processo Civil):

Art. 275. (...)

§ 6º Quando manifestamente protelatórios os embargos de declaração, o juiz ou o tribunal, em decisão fundamentada, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a 2 (dois) salários-mínimos.

A lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências) também usa o salário mínimo como referência:

Art. 3º O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas: I - as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo.

Com base na análise da legislação e da jurisprudência, podemos entender que a vedação prevista no art. 7º, IV da Constituição Federal, proíbe o uso do salário mínimo como indexador, mas admite o seu uso como padrão de referência.

O uso do salário mínimo como indexador significa “o aproveitamento do salário mínimo para formação da base de cálculo de qualquer parcela remuneratória ou com qualquer outro objetivo pecuniário (indenizações, pensões,

etc.)”, como decorre da leitura do RE 565714 (que teve como relatora a Ministra Carmem Lúcia e foi julgado pelo Tribunal Pleno):

(...)O sentido da vedação constante da parte final do inc. IV do art. 7º da Constituição impede que o salário mínimo possa ser aproveitado como fator de indexação; essa utilização tolheria eventual aumento do salário mínimo pela cadeia de aumentos que ensejaria se admitida essa vinculação (RE 217.700, Ministro Moreira Alves). A norma Constitucional tem o objetivo de impedir que o aumento do salário mínimo, gere indiretamente, peso maior do que aquele diretamente relacionado com o acréscimo. Essa circunstância pressionaria reajuste menor do salário mínimo, o que significaria obstaculizar a implementação da política salarial prevista no art. 7º, inciso IV da Constituição da República. O aproveitamento do salário mínimo para formação da base de cálculo de qualquer parcela remuneratória ou com qualquer outro objetivo pecuniário (indenizações, pensões, etc.) esbarra na vinculação vedada pela Constituição do Brasil. Histórico e análise comparativa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (...).

A eventual obrigatoriedade da integralização de valor mínimo correspondente a um determinado número de salários mínimos para a formação do capital social de sociedade limitada unipessoal não afrontaria, portanto, a vedação constitucional do artigo 7º, IV da Constituição Federal, uma vez que é admitido e é, até mesmo, comum o uso do salário mínimo como referência.

Tal exigência afrontaria o princípio da livre iniciativa? Trata-se de princípio de inegável importância. Ele é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, IV da CF) e um dos fundamentos da Ordem Econômica (artigo 170, *caput* da CF). O princípio da livre iniciativa pode ser compreendido, inclusive, em conformidade com o direito à liberdade, previsto no artigo 5º da *Carta Magna*. Porém, o princípio da livre iniciativa não é ilimitado, podendo ser feitas exigências para o seu exercício.

A sociedade limitada pode ser empresária ou não empresária, conforme a sua atividade se enquadre ou não no disposto no artigo 966, *caput* e parágrafo único do Código Civil, tratando-se, assim, de conteúdo componente do Direito Empresarial ou do Direito Civil, a depender de seu objeto.

Ao editar normas regulamentadoras da sociedade limitada, a União estaria exercitando sua competência constitucional, pois, consoante dispõe o artigo 22, I da Constituição Federal, a União tem a atribuição constitucional de legislar sobre Direito Civil e Comercial/empresarial.

A rigor, já existe a exigência de capital social mínimo para o exercício de determinadas atividades. A Lei n.º 6.019, de 03 de janeiro de 1974 (“Dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências”), em seu artigo 4º-B, III, *a a e* (incluído pela Lei n.º 13.429, de 31 de março de 2017) exige valores mínimos de capital social para o funcionamento da empresa

de prestação de serviços a terceiros, dependendo do número de empregados (podendo chegar até a R\$ 250.000,00 - duzentos e cinquenta mil reais).

Portanto, em caso de eventual exigência de capital mínimo para a Sociedade Limitada unipessoal não haveria necessariamente ofensa ao Princípio da Livre Iniciativa, nem, tampouco, tratamento incoerente em relação a outros institutos análogos.

A rigor, como já informado, ao julgar situação análoga na Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 4.637/DF, o Supremo Tribunal Federal entendeu que era constitucional a exigência de integralização de capital social não inferior a 100 (cem) salários mínimos para a constituição Empresa Individual de Responsabilidade Limitada - EIRELI, o que nos permite imaginar que chegaria em conclusão semelhante em caso de eventual exigência de capital mínimo para a constituição de sociedade limitada unipessoal.

Não obstante, o STF já se manifestou no sentido que, a despeito de o princípio da livre iniciativa não ser ilimitado, as restrições eventualmente impostas devem ser razoáveis. Neste sentido, a Súmula nº 646 da STF:

Súmula 646 - “Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área”.

Devemos nos perguntar: apesar de constitucional, será que a eventual exigência de capital mínimo para a Sociedade Limitada unipessoal seria uma alteração benéfica para a atividade econômica pátria?

O principal atrativo da sociedade limitada é a responsabilidade limitada do sócio pelas dívidas da pessoa jurídica (artigo 1.052, *caput*, do Código Civil).

Na forma dos artigos 1.024 do Código Civil e 795 do Código de Processo Civil, enquanto a pessoa jurídica possuir bens suficientes para o integral cumprimento das obrigações, o patrimônio particular de cada sócio não pode ser executado por dívidas da sociedade. Contudo, se o patrimônio social não for suficiente para o integral pagamento dos credores da sociedade o saldo do passivo poderá ser reclamado dos sócios.

É verdade que a eventual exigência de capital mínimo para a Sociedade Limitada unipessoal não seria, propriamente, um impeditivo para que as pessoas exercessem atividades econômicas, uma vez que caso a pessoa não disponha do eventual valor exigido para constituir sociedade limitada unipessoal ela poderá exercer a atividade como pessoa natural ou se juntar com outros interessados e constituir alguma das sociedades admitidas no ordenamento jurídico pátrio.

Porém, ao exigir que a pessoa se junte com outras para atuar com responsabilidade limitada o ordenamento afastará muitas pessoas interessadas em exercer a atividade empresarial sem sócios.

Menos atraente, ainda, é exigir que a pessoa que não tenha interesse em possuir sócios atue em nome próprio, sem limitação de responsabilidade, na condição de empresário individual.

A eventual exigência acabaria, na prática, afastando as pessoas da atividade empresarial, prestando verdadeiro desserviço para a economia pátria.

Diante do exposto entendemos que, a despeito de constitucional, a introdução de uma eventual exigência de capital mínimo para a constituição de Sociedade Limitada Unipessoal seria equivocada, afastando muitas pessoas potencialmente interessadas em exercer atividade empresarial.

REFERÊNCIAS

BORBA, Jose Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2022.

CHAGAS, Edilson Enedino das. **Direito Empresarial Esquematisado**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

OLIVEIRA, Fabrício Vasconcelos de. A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. **Direito Civil Constitucional e Outros Estudos em Homenagem ao Prof. Zeno Veloso: Uma Visão Luso-Brasileira**. São Paulo: Método, 2014.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial**. 12 ed. São Paulo: Jus Podivm, 2022.

CAPÍTULO 22

O AGRONEGÓCIO NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS

*Marina Pantoja
Pollyanna Kruger*

O Brasil é um país essencialmente agrário, o que significa que grande parte de nossas riquezas e do sustento de nossa economia são oriundas dos esforços dos grandes e pequenos produtores rurais. É assim que o agro procura cada vez mais o entendimento sobre mercado internacional e gerencia empresarial. A procura por linguagem acessível, capaz de ajudar o produtor a identificar com clareza a aplicabilidade dos princípios estudados à gestão e realidade de seu negócio é cada vez mais evidente.

Para atender o agronegócio, a formação jurídica, além de especializada, deve também oferecer conhecimentos sobre toda a estrutura jurídica que embasa o agronegócio, a fim de trazer as melhores respostas aos produtores rurais. Estando o direito interligado, matérias como direito civil (propriedade rural e usucapião); direito do trabalhador rural (rotina de trabalho nas fazendas/ periculosidade/insalubridade); direito de empresa (benefícios e exceções garantidas ao produtor rural) e contratos (incluindo contratos internacionais), devem ser estudadas de maneira a mostrar ao participante do curso de que maneira os entendimentos adquiridos em determinada matéria podem ser úteis, e quando podem mesmo ser necessários para outra matéria.

No que tange especificamente ao direito de empresa, sua importância se dá pelo fato de que o produtor rural, inscrito ou não em junta comercial competente, merece tratamento diferenciado em função da realidade do campo, mas também da importância do agronegócio para o desenvolvimento do Brasil. Em outros termos, quem atua no agronegócio frequentemente possui características inerentes ao da figura do empresário, quer pela finalidade econômica, pela habitualidade, ou pela especificidade de seu negócio. Assim,

está sujeito a requerer para si os benefícios, mas também aprender a melhor gerenciar o ônus da atividade empresarial.

O repertório legislativo brasileiro, ciente da importância do agro e antenado com a realidade do campo, flexibilizou, no decorrer dos anos, algumas regras para o produtor rural. Dentre elas, os artigos 970 e 971 do Código Civil vigente, que flexibilizam a obrigatoriedade de inscrição em junta comercial competente. Assim, o produtor rural que optar pela inscrição comercial beneficiará, por exemplo, dos institutos da falência e recuperação judicial, posto que a partir desse momento se enquadra, para todos os efeitos legais, aos empresários provenientes de outros setores, segundo art. 971 do CC/02.

Além do código civil, a lei 13.986/20 também acrescenta novas diretrizes que visam inovar a regulamentação do agro no Brasil. A nova lei garante, por exemplo, que qualquer operação financeira vinculada à atividade empresarial rural, incluídas as resultantes de consolidação de dívidas e as realizadas no âmbito dos mercados de capitais, poderá ser garantida por Fundo Garantidor Solidário (FGS). Anteriormente, a redação da lei tratava que somente as operações de crédito realizadas por produtores rurais poderiam ser garantidas por FGS, sem expandir a aplicabilidade para outras operações financeiras que também gerassem benefícios financeiros para os produtores.

Os empresários não rurais, para que se beneficiem dos institutos da Falência e Recuperação judicial, devem, antes de tudo, comprovar inscrição em junta comercial competente há pelo menos dois anos. Os agroprodutores, ao contrário, estão isentos dessa exigência, segundo § 2º do art. 48 da Lei de Falência e Recuperação de Empresas.

Quanto à prova de existência prévia da empresa rural, o agricultor pode, ainda, de acordo com a lei 14.112/20, que alterou a lei 11.101/05 (Lei de Falência e Recuperação Judicial), requerer a falência, ou recuperação judicial, comprovando existência da empresa rural, sem necessariamente ter registrado sua atividade mercantil dentro do prazo mínimo de dois anos, exigência imposta aos empresários não rurais.

Dessa forma, a comprovação do período de exercício de atividade rural por pessoa física pode ser realizado através dos dados existentes no Livro Caixa Digital do Produtor Rural (LCDPR), ou por meio de obrigação legal de registros contábeis que venha a substituir o LCDPR, e pela Declaração do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física (DIRPF) e balanço patrimonial, todos entregues tempestivamente.

Quando se trata de pessoa jurídica previamente constituída, a comprovação de atividade rural que garante à empresa o benefício que atinge somente os agroprodutores poderá ser feito por meio da Escrituração Contábil Fiscal (ECF), ou por meio de obrigação legal de registros contábeis que venha a substituir a ECF, entregue tempestivamente.

Dentre outras necessidades, além das ligadas somente à comprovação prévia da atividade rural -que visa proteger e incentivar o desenvolvimento econômico do setor agro-, a formação em contratos internacionais voltados ao agronegócio, que é a base para que o produtor possa visualizar, de maneira abrangente e clara, as etapas de construção e assinatura de uma parceria internacional, torna-se fundamental para o desenvolvimento da exportação e importação de produtos agrícolas.

O empreendedor rural, para beneficiar de contratos de exportação/importação de suas mercadorias, quer em parceria com governos estrangeiros, ou com empresas estrangeiras, precisa conhecer as etapas jurídicas dessa negociação. Um contrato internacional bem firmado traz garantias desejáveis, segurança jurídica e previsibilidade. Ao contrário, contratos firmados sem o total controle e conhecimento prévio por parte do importador/exportador podem trazer riscos desnecessários e indesejáveis.

Para melhor entender o que é um contrato internacional, e o que caracteriza um contrato como internacional, algumas perguntas e respostas básicas precisam ser evidenciadas neste estudo.

O CONTRATO INTERNACIONAL

Um contrato é um instrumento escrito, ou verbal, baseado em regras estabelecidas no código civil brasileiro, que tem como objetivo formalizar os interesses conjuntos de duas ou mais pessoas, podendo ser pessoas físicas, ou jurídicas.

O contrato precisa, antes de tudo, respeitar limites estabelecidos na própria lei civil, como ter como partes pessoas plenamente capazes, ou, caso contrário, assistidas ou representadas. Deve conter objeto lícito, determinado ou determinável e, também, garantir às partes pleno conhecimento do conteúdo da negociação, pautando, para sua validade, nos princípios da boa-fé contratual e autonomia privada.

O contrato internacional, por sua vez, deve conter todos os pré-requisitos do contrato civil, sendo portanto aquele que reúne, através de um instrumento escrito, público ou particular, ou de um contrato não escrito, as vontades das partes envolvidas. Seu diferencial reside seja na nacionalidade das partes, ou no local de efetivação do contrato (outro que o território brasileiro, por exemplo). Pode se caracterizar como internacional, também, pela escolha da legislação aplicável (legislação do local de origem do produto a ser importado, por exemplo). Esses são apenas alguns dos diferenciais que podem estar presentes quando da caracterização de um contrato como internacional.

O contrato internacional se diferencia, principalmente, pelo misto de informações em um só instrumento, e pela necessidade de adaptação das partes envolvidas a mais de uma legislação internacional, assim como também a outros tipos de exigências.

Em suma, o contrato internacional é um contrato de natureza civil, como qualquer outro, mas inclui características e informações que não pertencem ao repertório da legislação brasileira, e por isso mesmo merecem atenção especial. Laborar com contrato internacional pressupõe conhecimento sobre os institutos aplicáveis, de acordo com as particularidades das partes envolvidas.

O CONTRATO INTERNACIONAL VOLTADO PARA O AGRONEGÓCIO

O contrato internacional voltado para o agronegócio é um instrumento que pode ser escrito ou verbal, e que tem como escopo planejar e prever as etapas de uma negociação entre partes, podendo ser realizado entre pessoa física e pessoa jurídica. A pessoa jurídica pode ser uma empresa, ou um Estado.

As regras que regulamentam os contratos internacionais podem ser aplicadas de acordo com os interesses das partes, sendo acertado que, para os países signatários da CISG (Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias), como o Brasil, a aplicação dessas regras pode ser automática. Para sua exclusão, ou substituição, há a necessidade de previsão contratual, segundo art. 6 da CISG. A omissão, no corpo do contrato, sobre a vontade das partes signatárias da convenção de excluir tais regras, acarreta em sua aplicação automática para suprimimento de lacunas.

Quanto aos contratos agrários, esses se caracterizam pelo interesse do Estado na conservação da propriedade rural. Assim, o contrato agrário pode ser conceituado como o acordo de vontades, que permite o uso temporário da terra alheia por agroprodutores, subordinados às cláusulas obrigatórias e ao dirigismo estatal, prevalecendo, assim, as normas de ordem pública, em detrimento da autonomia de vontade dos particulares.

Embora o código civil seja citado como a principal fonte subsidiária do Direito Agrário, no que tange aos contratos agrários, o Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/1964) é correntemente aplicado, segundo seus arts. 92 a 96, os quais, por sua vez, são regulamentados pelo Decreto nº 59.566/1966. Igualmente, a Lei nº 4.947/1966 também dispõe sobre o tema. Assim, o Código Civil, embora considerado legislação subsidiária necessária, acabou abrindo espaço para a legislação específica regulamentar o direito contratual voltado às terras rurais.

O QUE É A CISG, E COMO ELA PODE SER APLICADA EM MEU CONTRATO?

É cediço que vários países atuam na compra e venda internacional. Aliás, a compra e venda de mercadorias e as regras para sua realização em contexto global possui robusta história. No Brasil, a partir de 1808, com a abertura dos

portos às Nações Amigas, a importação e exportação de produtos agrícolas ganhou novas nuances. Consigo, a crescente necessidade de criação de novas regras internacionais.

Para que houvesse maior segurança jurídica, especialmente em razão de alguns produtores carecerem de suporte jurídico especializado; ou, ainda, para a segurança daqueles que precisavam lidar com normas internacionais com as quais não se possuía conhecimento aprofundado, foi necessário o desenvolvimento de corpos de regras internacionais específicos para intermediar os contratos.

Atualmente, no Brasil, as regras de intermediação de compra e venda internacional podem ser oriundas dos Incoterms (Termos Internacionais do Comércio). Os Incoterms preveem a utilização de códigos para facilitar os tipos de cláusulas presentes nos contratos entre empresas brasileiras e estrangeiras. A finalidade dos Incoterms é facilitar o entendimento entre as partes e estabelecer, de forma objetiva, os riscos, custos, deveres e obrigações das partes envolvidas. Embora não seja obrigatório, mas antes uma sugestão, os Incoterms foram criados exatamente pelo consiência acerca das necessidades dos setores atuantes no comércio internacional.

A Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG, em inglês), ou Convenção de Viena de 1980, objetiva prever, *para os países signatários*, regras aplicáveis para compra e venda internacional. Para a utilização da CISG, as partes contratantes devem ser signatárias da convenção. Do contrário, suas cláusulas não estão vedadas para serem utilizadas como base, mas as partes contratantes devem prever expressamente sua adaptação.

Com a complexidade das leis internacionais, além dos usos e costumes, a utilização de uma convenção sobre contratos de compra e venda internacional pode ser uma porta de entrada para a segurança e previsibilidade da negociação, desde que conhecidas suas regras e adaptadas ao contexto de quem as utiliza.

De fato, a utilização da CISG, ou mesmo dos Incoterms, funcionam como excelente alternativa para os produtores, exportadores e comerciantes da agroindústria.

Para o agronegócio, a utilização dos Incoterms (*International Commercial Terms* / Termos Internacionais de Comércio), que sugerem, de acordo com cada tipo de contrato, as responsabilidades e deveres de cada contratante - ou a utilização da CISG, que igualmente tem o escopo de padronizar os termos de acordo com as necessidades mais recorrentes -, o conhecimento acerca das melhores regras para o contrato a ser elaborado é o divisor de águas para o sucesso da negociação.

Antes de 2014, ano da promulgação da CISG no Brasil, a compra e venda internacional era regida pelas leis dos países que figuravam nos polos dos contratos internacionais. Assim, havia um esforço suplementar para se chegar

a um acordo, mas é fato que a lei mais vantajosa para uma das partes não necessariamente o era para a outra.

Hoje, com a CISG, os pequenos e médios produtores, por exemplo, não precisam mais se sentir assombrados com a possibilidade de inúmeros contratos de ordem internacional, em língua estrangeira, para viabilizar a exportação de seus produtos, ou importar seus insumos da Europa, Estados Unidos, ou países vizinhos. Embora a globalização tenha trazido consigo a travessia de várias etapas, muitas internacionais, para a produção e comercialização na agroindústria, a uniformização de regras provenientes do mercado internacional findam por ter larga aplicabilidade no agronegócio.

Para o agroprodutor, a disponibilidade de textos legais internacionais uniformizadores funcionam como base, ou ponto de partida, para a segurança das negociações internacionais. O Brasil pode utilizar os princípios da CISG como norteadores de seus contratos internacionais, negociando com mais confiança e adaptando cláusulas contratuais de acordo com as necessidades de sua indústria, valendo-se, sempre, dos princípios contidos no código de conduta comercial internacional (CISG).

CAPÍTULO 23

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS CONTRATAÇÕES PRECÁRIAS NOS CONCURSOS PÚBLICOS

Maynara Cida Melo Diniz

1. INTRODUÇÃO

A administração pública é conhecida por ser um conjunto entre os serviços que presta para a sociedade, seus órgãos públicos e obviamente seus agentes, que trabalham em função desta para que consiga não apenas atender a sociedade em suas necessidades, como também consiga atender ao Estado que serve, fazendo assim a gestão dos negócios públicos e se ramificando entre administração direta e indireta.

Com isto, a administração direta é aquela exercida diretamente pelos Estados, municípios, Distrito Federal e pela própria União, tendo em vista que estes possuem seus órgãos, porém, os mesmos não possuem autonomia administrativa, personalidade jurídica própria ou patrimônio, possuindo inclusive uma dependência entre seus próprios órgãos, para que os mesmos consigam gerir ao ente que servem.

Assim, a administração direta se qualifica como a prestação de serviços públicos praticados diretamente pelo Estado e seus órgãos, como exemplo dos Ministérios, do STF, TSE, TST, secretárias e outros, ou seja, na administração direta o Estado visa a centralização de seus serviços.

Quanto que na administração indireta, o Estado transfere suas responsabilidades para órgãos que compõe a administração pública, para que estes exerçam da melhor forma as atividades que foram atribuídas ao ente.

Com isso, órgãos que compõe este tipo de administração, não possuem hierarquia entre si, tão pouco controle hierárquico, pois todos estão subordinados ao controle estatal no qual estão inseridas, tendo em vista que esta poderá abrigar ainda tanto pessoas de direito público, quanto de direito privado.

Sendo componentes da administração indireta as autarquias, as fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, ou seja, são empresas públicas criadas para exercer alguma função que o Estado não consegue exercer sozinho e precisa de auxílio para a prestação daquele serviço, visando assim a descentralização e a distribuição da competência.

Diante disso é que no artigo 37 da Constituição federal de 1988, elenca os princípios basilares da administração pública, para que esta possa se pautar suas atividades e consiga agir de forma eficaz com a sociedade: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]”.

Tendo em vista que a mesma deve agir com legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência para os serviços prestados, não permitindo assim, que qualquer pessoa na função do cargo público acabe por agir de forma que fira com os princípios mencionados.

Com isto a administração pública cria mecanismos para que haja contratações de empresas privadas para a execução de suas atividades, bem como de pessoas físicas que irão exercer funções dentro dos seus órgãos, como são os casos dos concursos públicos e da licitação e suas modalidades, conforme preceitua o art. 22 da Lei n° 8.666/93.

2. DO CONCURSO

Um desses mecanismos de controle de contratação, são os concursos públicos, ao lançar seus editais, visam determinações básicas e qualificações mínimas para que a pessoa que pretenda integrar as atividades da administração pública, consiga exercer de forma plena aquilo que se proposto.

Assim, é o processo seletivo que visa a contratação de pessoas para exercer funções em autarquias, órgãos públicos ou empresas públicas, sendo inicialmente definido como se dará essa contratação, através de edital previamente lançado.

A exigibilidade de concurso público consolida a garantia de acessibilidade ao serviço público, que representa direito fundamental do cidadão. O ordenamento jurídico brasileiro ainda consagra o ingresso igualitário no serviço público em decorrência do princípio da isonomia (DALLARI, 2006)

O edital, assim como as leis que regem a administração, além de ser as regras que regerá essa contratação, acaba igualmente sendo as leis que irá reger a contratação, devendo ser seguido á risca e estar de forma detalhada suas fases e suas procedências em todas as situações que podem ocorrer durante o tramite do concurso.

Com isto, trata o art. 37 da CF/88:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período;

IV - durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;

[...]

Entende-se então, que o concurso além de obedecer as regras que lhe são postas através do edital, tem igualmente um prazo de validade, que geralmente são de dois anos, podem ser prorrogáveis no máximo por igual período, conforme preceitua o próprio artigo 37, III da CF/88, tendo em vista ser um direito daquele que logra êxito no concurso, mas não é chamado imediatamente, aguardar por este período, pois a administração pública será obrigada a chama-lo, conforme necessidade do cargo e respeitando a ordem de classificação de cada candidato.

Para Carvalho Filho (2009, p. 209):

“a publicação do edital do concurso público é, em singelo entendimento, o início real do processo de concurso público, uma vez que torna-se público a qualquer interessado em participar do certame, tendo em vista o atendimento ao princípio constitucional da publicidade dos atos da administração pública”.

Respeitado o prazo e a ordem de convocação conforme classificação, o concurso deverá prevê em seu edital o número de vagas, quais etapas os candidatos deverão fazer, bem como quais os critérios mínimos que os mesmos devem respeitar para participar do certame.

Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público.

Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas.¹

E ainda conforme a Súmula nº. 15 do STF: Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação.

3. DO CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS

Assim, quando um candidato presta um concurso público, seja para qualquer função dentro da administração pública, o mesmo deverá obedecer a todos os critérios estabelecidos em edital previamente estabelecidos.

Transcorrido tais etapas e o candidato tendo tirado boas notas para se classificar, o mesmo ao final do certame, será aprovado no concurso e a depender da quantidade de vagas estabelecidas, poderá ou não ser aprovado dentro deste contingente.

Assim, o candidato aprovado dentro do número de vagas, será convocado a tomar posse e deverá estar munido com toda a documentação que se fizer necessária para tal, conforme igualmente estabelecido em edital para realizar-se este momento final.

Conforme Carvalho Filho (2009. P.212), a existência de uma etapa final de suma importância na efetivação do concurso público, que é a homologação, que se faz por derradeiro, no entanto, é revestida de uma importância ímpar, ao passo que autoriza a administração pública para aprovação das etapas do concurso, constando neste ato a lista final dos classificados no certame, documento este que será utilizado no momento de se convocar os candidatos aprovados a se apresentarem munidos de seus documentos pessoais para que assim possam tomar posse e exercer a função para a qual concorreram.

A tomada de posse em concurso público é o ato final e este sempre será o fim da administração pública ao lançar edital para preenchimento de vagas em concurso público.

A administração pública deve observar rigorosamente o princípio da legalidade no que pese a investidura de candidatos aprovados/classificados, não restando margem para agir com discricionariedade preterindo uma pessoa á outra, pois o direito contraído pelo candidato aprovado, torna-se líquido e certo.

¹ RE 598.099, rel. min. Gilmar Mendes, P, j. 10-8-2011, DJE 189 de 3-10-2011, Tema 161.

Neste sentido, o princípio da publicidade ganha destaque, tendo em vista que todos os atos que envolvam os cargos pleiteados, bem como as fases do concurso, devem ser públicos.

Para FRANCISCO LOBELLO DE OLIVEIRA ROCHA (2006. p. 39/40) que nos concursos públicos a publicidade significa a ampla e efetiva comunicação de todos os atos, em cada fase do concurso, informando os candidatos sobre seus deveres e obrigações e garantindo o controle destes, bem como da sociedade como um todo, sobre os atos praticados pela Administração.

Porém, o aprovado terá direito subjetivo à nomeação se, durante o prazo de validade do concurso, abrir novo concurso para preenchimento de vagas. A abertura de novo concurso confirma seu direito, tendo em vista que demonstra a existência de vagas e o interesse da Administração em preenchê-las (SILVA, 2013, p. 684).

Na visão de Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 283), no entanto, o ato de a Administração Pública abrir novo concurso, nomeando em seguida os candidatos aprovados, enquanto há aprovados remanescentes do concurso anterior, pode ser caracterizado como desvio de poder e ainda poderá ser caracterizado como gasto de verba pública sem motivação, tendo em vista que ainda há concurso vigente.

4. DA PRETERIÇÃO EM CONCURSO PUBLICO E AS CONTRATAÇÕES PRECÁRIAS

A preterição é o ato de preterir, deixar de lado, esquecer, ao praticar atos na administração pública, deve-se lembrar que há um regramento por trás, porém, em algumas situações, há caso de preterição e melhor se vislumbra tal comportamento em concursos públicos.

Assim, a prática da preterição ocorre, quando a administração pública convoca candidato diverso daquele que deveria ser convocado, tendo em vista que há concurso público vigente, ou pior, passa a ignorar os candidatos aprovados em concurso público e contrata pessoas diversas para os cargos que estavam destinados ao concurso.

Ao contratar servidores temporários ou terceirizados para exercer atividade que era destino do concurso, alega-se que a administração pública cometeu contratações precárias.

Em alguns casos, a contratação precária é aceitável tendo em vista a necessidade e a conveniência que se faz para administração pública, conforme prevê art. 37, IX da CF/88, que trata: IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público; (Vide Emenda constitucional nº 106, de 2020).

Assim, para que a contratação precária seja válida, o cargo também deverá ser temporário, tornando inviável a abertura de concurso público.

No entanto, há situações de contratação de pessoal que não está inserida na modalidade do art. 37, IX da CRFB/88, mas que exerce função pública, sendo-lhe aplicável a obrigatoriedade de concurso público, dados os princípios da igualdade e da moralidade administrativa (MEDAUAR, 2013, p. 304).

Com isso o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 685, que trata: “É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”.

Assim sendo, é totalmente vedado aquele que está em exercício de suas atividades na administração pública como contratado, visando o cargo público por carreira, o que torna ainda mais inviável a continuidade do trabalho e a necessidade do concurso público para o provimento de vagas em formas efetivas e vedando a continuidade da pessoa contratada por um longo período.

Caso haja concurso público vigente e havendo pessoas contratadas ocupando as vagas, estas deverão ser demitidas e as vagas liberadas para aqueles que prestaram o concurso, tendo em vista que a prioridade é destes.

Neste sentido, a contratação temporária deverá ter tempo de validade, só podendo ser ocupada por um determinado período, que não poderá se o excedente ao estabelecido, pois caso este se faça necessário por mais tempo, é obrigatório que administração pública faça concurso para ocupar aquela vaga.

é o que resulta de fato certo, ou seja, é aquele capaz de ser comprovado, de plano, por documentação inequívoca. Note-se que o direito é sempre líquido e certo. A caracterização de imprecisão e incerteza recai sobre os fatos, que necessitam de comprovação. Importante notar que está englobado na conceituação de direito líquido e certo o fato que para tornar-se incontroverso necessite somente de adequada interpretação do direito, não havendo possibilidades de o juiz denegá-lo, sob o pretexto de tratar-se de questão de grande complexidade jurídica. Assim, a impetração do mandado de segurança não pode fundamentar-se em simples conjecturas ou em alegações que dependam de dilação probatória incompatível com o procedimento do mandado de segurança (MORAIS, 2012, p. 164).

Celso Antônio Bandeira de Mello (p.261), ao abordar o tema, ensina:

A razão do dispositivo constitucional em apreço, obviamente, é contemplar situações nas quais ou a própria atividade a ser desempenhada, requerida por razões muitíssimo importantes, é temporária, eventual (não se justificando a criação de cargo ou emprego, pelo que não haveria cogitar do concurso público), ou a atividade não é temporária, mas o excepcional interesse público demanda que se faça imediato suprimento temporário de uma necessidade (neste sentido, “necessidade temporária”), por não haver tempo hábil para realizar concurso, sem que suas delongas deixem insuprido o interesse incommum que se tem de acobertar.

Para José dos Santos Carvalho Filho (2007, p.546): “[...] a aprovação em concurso não cria, para o aprovado, direito à nomeação. Trata-se, como já decidido pelo STF, de mera expectativa de direito”

Ainda neste entendimento Alexandre de Moraes (2004, p. 334) aduz:

Durante esse prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira. Uma vez expirado o prazo de validade do concurso, entretanto, a expectativa de direito dos aprovados desfaz-se.

Dando concretude ao mandamento constitucional, a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, Estatuto do Servidor Público Federal, dispôs, em seu artigo 10, que “a nomeação para cargo de carreira ou cargo isolado de provimento efetivo depende de prévia habilitação em concurso público de provas ou de provas e títulos, obedecidos a ordem de classificação e o prazo de sua validade”, o que ao realizara contratações precárias acaba por violar os direitos dos pleiteantes.

Além disso, o referido ato contraria os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, extraídos implicitamente do art. 59, LIV da CRFB/88.

A jurisprudência do Superior Tribunal Federal, reconhece a existência do direito subjetivo à nomeação do candidato quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação.

A súmula número 15 do STF diz que: “dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação”.

Na mesma esteira o TJ-SC decidiu:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO REALIZADO PELO MUNICÍPIO DE MARAVILHA PARA O CARGO DE PROFESSOR EM EDUCAÇÃO INFANTIL. CANDIDATA APROVADA FORA DO NÚMERO DE VAGAS. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL EM CARÁTER TEMPORÁRIO SEM CORRELAÇÃO COM A AUSÊNCIA PROVISÓRIA DE SERVIDOR EFETIVO. PRETERIÇÃO CONFIGURADA. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. APELO DESPROVIDO, COM FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS. “Não há ilegalidade, em princípio, na contratação de pessoal em caráter temporário pela Administração para suprir necessidade temporária de serviço; porém, se essa transitoriedade não se verificar, e se houver concurso público em vigor, com candidatos aprovados aguardando nomeação para cargo com as mesmas atribuições e com a mesma lotação dos temporários, restará caracterizada preterição a ensejar a violação de direito líquido e certo dos concursados”. (MS n. 2013.027452-6, da Capital, rel. Des. Jorge Luiz de Borba, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 12-8-2015).

(TJ-SC - Apelação Cível: AC 0300477-48.2018.8.24.0042 Maravilha 0300477-48.2018.8.24.0042, Relator: Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Data do Julgamento: 11.02.2020, Primeira Câmara de Direito Público).

A depender da conveniência e da oportunidade da administração pública que depende sua nomeação, tendo em vista que o candidato poderá cumprir todas as exigências do edital, porém, ainda dependerá desses dois critérios para que haja sua nomeação.

Diógenes Gasparini (2005, p.178) afirma que:

O concursando deve demonstrar suficiência, estar entre os classificados e em correspondência com as vagas abertas. Só assim estará em condições de ser nomeado e apenas isso. Nenhum direito subjetivo tem à nomeação, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Com isso, apesar de haver várias fases a vencer pelo candidato, o mesmo ao final, se classificado dentro do número de vagas e havendo o contingente de vagas ofertadas, é direito do candidato sua nomeação, mesmo que haja temporários ocupando estas vagas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A administração pública além de ser regida por regras próprias, deve obedecer suas próprias regras, não podendo ir contra seus princípios, tão pouco contra aquilo que suas leis preveem, pois ao praticar atos que vão de encontro com aquilo que é previsto, acaba por ferir a moralidade, a eficiência, a legalidade, a impessoalidade e a publicidade que deve agir.

Em um concurso público visasse além dos cargos para ocupação, a boa prestação e o bom exercício que os futuros profissionais públicos terão de prestar, estando inseridos em diversas normas suas condutas e ainda devendo agir e ter uma conduta que não traga problemas para a própria administração.

Porém, a problemática se agrava quando há preterição nos cargos logrados para concurso público, ou seja, feito o concurso público para se ocupar vagas “x”, a administração passa a contratar servidores temporários ou terceirizar o serviço, ao invés de convocar aqueles que teriam direito a vaga.

Além de agir com preterição, a mesma acaba por fazer um gasto de verba pública de forma imotivada, tendo em vista que há concurso pública para cobrir as necessidades da administração, porém, a mesma acaba por agir com preterição com o candidatos e pratica contratações precárias.

A preterição também pode ocorrer dentro do próprio concurso, quando a administração pública convoca candidato que não está na ordem da lista

de aprovados e sim em colocação muito posterior, fazendo assim com que os demais sejam preteridos em desfavor deste.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. CONSTITUIÇÃO (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- GASPARINI, Diógenes. **Concurso público**: imposição constitucional e operacionalização. In: MOTTA, Fabrício (Org.) et al. **Concurso público e Constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- _____. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- LOPES MEIRELES, Hely. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo, 2008.
- MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- _____. Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética, 2006.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2013.
- _____. **Súmula n. 15 do STF**. Versão online disponível em <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/su-mariosumulas.asp?base=30&sumula=1456#:~:text=Dentro%20do%20prazo%20de%20validade%20do%20concurso%2C%20a%20Administra%C3%A7%C3%A3o%20poder%C3%A1,dever%20imposto%20ao%20poder%20p%C3%ABlico.>> Acesso em 30 de abr. de 2023.

CAPÍTULO 24

OS IMPACTOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS NAS ATIVIDADES EXTRAJUDICIAIS

*Ana Maria Costa Sobral
Bianca do Nascimento Escossio*

1. ATOS ADMINISTRATIVOS E SEUS EFEITOS JURÍDICOS

Sob a luz da visão de Zanella Di Pietro, somos capazes de classificar o ato administrativo como uma declaração do Estado ou de quem represente, conseguindo assim produzir efeitos jurídicos imediatos. Regido pelo regime jurídico de direito público, o ato administrativo está sujeito ao controle do poder público. Ademais, é interessante fomentar que a uma grande necessidade de diferenciar os atos administrativos dos demais atos da administração.

Nesse viés, cumpre lembrar que os atos administrativos, são considerados jurídicos no momento da sua manifestação da vontade humana, melhor dizendo, que os tais repercutem na esfera jurídica dos cidadãos, claro, não podendo confundir com fatos naturais ou demais acontecimentos alheios à atuação de pessoas, cabendo perfeitamente na perspectiva de Michel Stassinopulos, onde ele afirma que “o ato administrativo é a fonte e o limite material da atuação da administração”.

Ademais, considerado pela doutrina moderna, como atos que podem ser delegados, uma vez que, os particulares recebem a delegação pelo poder público para praticar os referidos atos administrativos. Onde, chegamos em nosso ponto de partida, de que nem todo ato administrativo configuraria ato da administração. Sendo necessário dessa forma, o que chamamos de capacidade de ostentação do ato administrativo. Ocorre que, para praticar o ato administrativo, não basta ser considerado agente público, sendo como requisito de maior hierarquia, a capacidade para tanto, devendo assim, analisar a existência de algum óbice legal para sustentar a atuação deste agente, como afastamento ou impedimento para o exercício da atividade.

Diante deste exposto, somos capazes de identificar os devidos efeitos jurídicos decorrentes do ato administrativo, sendo esses encontrados em sua criação ou até mesmo em sua preservação de direitos e deveres para a administração pública, ou seja, modificado desta forma ao administrado.

1.1. Considerando a delegação de Competência

Como ressaltado acima, a delegação de competência, nada mais é de que a extensão de competência, de certo modo, de forma temporária para outro agente, lembrando que deve ser de mesma hierarquia ou podendo ser de nível hierárquico inferior.

É importante salientar que, os Atos de delegação devem ser publicados para que seja conhecido por todos. Diante desta perspectiva, adentramos no âmbito dos Cartórios Extrajudiciais, onde vamos nos deparar com atividades exercidas em caráter privado por delegação do Poder Público, onde compreendem os serviços notariais e de registro, melhor dizendo, para obter uma organização técnica mais vantajosa e administrativa, os serviços notariais, proporcionam uma maior segurança e eficácia dos atos jurídicos.

2. OS EFEITOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS NO ÂMBITO PRIVADO

Sendo assim, o Direito Público passa a ser mais pragmático, mesmo ainda havendo falhas em seu conteúdo, deixando de ser mais eficiente ao âmbito jurídico, mesmo ainda sendo parcialmente preferida no poder público como também no privado, uma modificação do sistema é de necessidade a ser feita e deve ser lícita, possível, certo e moral. Mas ainda há uma massa parcial no âmbito jurídico do Direito Administrativo que ainda precisa ser reabilitada, por mais que seja realizado e modificado por políticos, mas precisam ser transformados além dos seus interesses particulares.

Dessa forma, passam a ser uma extinção dos atos administrativos que são os cumprimentos de seus deveres (que muitos já são monitorados pela tecnologia), o desaparecimento do sujeito ou do objeto e principalmente a contraposição.

2.1. A problematização do controle do Ato Administrativo

Diante do exposto, o controle do Ato administrativo, sendo considerado exercício do poder decorrente do dever de proteção cidadão, que nesse aspecto é o titular do poder originário, onde este sujeito vai viabilizar a existência e a manutenção do Estado. Intentar sobre o controle do ato administrativo é

compreender que o Estado republicano precisa funcionar, dessa forma, em um dos mais simples mecanismos do agir administrativo até os mais complexos sistemas regulatórios estatais.

Miguel Seabra Fagundes lembra que “o controle jurisdicional dá oportunidade à análise contraditória, não só dos atos e fatos administrativos, mas também à das suas origens”. Isto é, o autor destaca o papel de controle de legalidade exercido pelo Judiciário, pois este “pode remontar do exame do ato material ao do ato administrativo que lhe serve de base, do exame do ato administrativo ao da lei que o autoriza, indo até a Constituição, para verificar se o legislador ordinário se conteve nos limites constitucionais”.

Nesse aspecto, podemos salientar a sumula **473/STF**, onde conseguimos identificar que:

BRASIL. Órgão julgador: Primeira Turma. Relator (a): Min. ROSA WEBER. Julgamento: 13/08/2013. Publicação: 27/08/2013. Ementa. EMENTA DIREITO ADMINISTRATIVO. POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO ANULAR OU REVOGAR SEUS ATOS. SÚMULA 473/STF. AS RAZÕES DO AGRAVO REGIMENTAL NÃO SÃO APTAS A INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 15.8.2011. A jurisprudência da Corte é firme no sentido de que a Administração Pública pode anular os seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, desde que observado o devido processo legal, conforme disposto na Súmula 473/STF: “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada em todos os casos, a apreciação judicial”. As razões do agravo regimental não são aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. Agravo regimental conhecido e não provido. Legislação. **LEG-FED SUMSTF-000473 SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF.**

3. A RELAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS NAS ATIVIDADES EXTRAJUDICIAIS

De início, nos deparamos com as recentes discussões acerca da importância da utilização dos meios extrajudiciais de resolução de conflitos, em diversas áreas, possuem fundamento em soluções de lides privadas existentes antes mesmo do Estado Moderno. Em relação a isso, podemos complementar, consequentemente, respeitando os princípios da supremacia do interesse público em relação ao interesse particular e a indisponibilidades do interesse público pela administração.

Nesse aspecto, a relação entre o campo Extrajudicial e o Ato Administrativo, começa nas relações entre sujeitos de Direito, público ou de âmbito

privado, que atuem, dessa forma, no exercício de poderes ou deveres públicos, como também privado, claro, conferido por normas de direito administrativo. Nesse viés, um importante exemplo, é o casamento, sendo tanto uma questão de interesse Extrajudicial, como também em os aspectos do Direito e interesse administrativo.

Levando-se em consideração esses aspectos, os impactos relacionados dos atos administrativos em decorrência da atividade Extrajudicial são inteiramente significativos, uma vez que esta profissão oficial se apresenta eficientes na gestão privada, e como já dito anteriormente, para conquistar uma organização objetiva mais vantajosa e administrativa, os serviços notariais e registrais, proporcionam, de certo modo, uma maior segurança e eficácia dos atos jurídicos.

REFERÊNCIAS

BRITO e ALEXRANDRINO, Resumo de Direito Administrativo, RAD 2601, Direito Administrativo. **Atos Administrativos**. Editora Método, 2017. P. 181.

CARVALHO, Manual de Direito Administrativo. **4 edições. Ver. Ampl. E atual.** Salvador, 2017. P. 247 - 248.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO, Manual de Processo Administrativo Disciplinar. **Noções de Direito Administrativo Disciplinar**. Brasília, 2022. P. 10 - 13.

FRANÇA, Tomo Direito Administrativo e Constitucional. **Controle do Ato Administrativo**. Edição 1. 2017.

CAPÍTULO 25

O ALCANCE INTERNACIONAL E A ESTRUTURA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA DOS BRICS NA NOVA ORDEM MUNDIAL

Adherbal Meira Mattos

INTRODUÇÃO

Os BRICS (Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul) reúnem, de maneira informal, países emergentes assimétricos, mas, com interesses recíprocos e desafios semelhantes, no atual contexto econômico internacional. Positiva é sua participação na Nova Ordem Mundial, que convive com a Cooperação, com a Integração e com a Globalização — reunindo Estados, Organizações e Corporações Financeiras — nos planos econômicos, políticos e sociais. É assim que a presença atuante dos BRICS se faz notar, tanto na Agenda Norte-Sul, como na Agenda Sul-Sul, com forte repercussão sobre a América Latina (o LAC-TRADE), em especial, por parte da China e da Índia.

Daí decorre, para o Brasil, enquanto Estado-Nação, significativo progresso no campo-econômico-social e importante respeito no campo político, em decorrência da manutenção de sua Soberania em meio à Interdependência, que caracteriza a Nova Ordem Mundial. Sem agredir a Multipolaridade, com vistas à manutenção da Coexistência, respeitadas as estruturas político-administrativas do BRICS, com base na relação entre Direito Internacional e outros ramos jurídicos, inclusive, o Direito Administrativo na defesa interna e externa do Estado.

O Direito Internacional recebe, pois, a colaboração do Direito Administrativo, que o complementa – direta ou indiretamente no contexto da Nova Ordem Mundial – através de sua ação administrativa na aplicação de medidas políticas (inclusive diplomáticas) e econômicas (comerciais e bancárias, em virtude do Banco do Grupo), contribuindo para a difusão dos BRICS no plano internacional.

OS BRICS E A NOVA ORDEM

A Nova Ordem Mundial é complexa nos mais diversos planos (econômico, político, social, jurídico, ambiental, estratégico) reunindo fenômenos factuais e princípios jurídicos na dimensão internacional, hoje, também, transnacional e supranacional. Trata-se da convivência (nem sempre pacífica) entre antigos e novos atores (Estados, Organizações Governamentais, Organizações Não-Governamentais, enfim, a Sociedade Civil, como um todo).

No campo da Cooperação, vg, a ONU desempenhou papel de grande alcance, mas, com o tempo, mostrou-se inoperante, exigindo uma revisão, que nunca se efetivou. Ai incluo a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança, o Conselho de Tutela, a Corte Internacional de Justiça, o Secretariado, além de órgãos regionais e organismos especializados, a despeito da criação de um Conselho de Direitos Humanos. À Integração, por sua vez, mesmo em seu exemplo maior — a União Europeia — mostrou-se reticente e, de certa forma, paralisada, em face do repúdio a seu Tratado Constitucional, com desentendimentos internos, que culminaram com o Tratado de Lisboa. E com a Globalização, a problemática adquiriu feição mais diversificada, em face do confronto entre Estado-Nação e Corporação Financeira Transnacional.

Tudo isso repercutiu sobre as bases normativas do Direito Internacional, no plano Pós-Moderno, forçando a convivência do Pacta Sunt Servanda com à Rebus Sic Stantibus e com as Cláusulas Hardship. Daí a caracterização do Direito-Norma, de Kelsen, com um Direito-Conduta, de Cossio e com um Direito-Fato Mutável, de Bobbio. Claro que tudo isso integra o contexto de sua institucionalização, seja em termos de perplexidades, seja em termos de inovações, seja em termos de surpresas positivas.

Refiro-me a perplexidades, reportando-me, sempre, à paralisação da ONU ao alimentar o detestável direito de veto, a não permitir o alargamento do quadro de membros permanentes, em não consolidar a obrigatoriedade das decisões de sua Corte de Justiça, ao persistir no enfraquecimento das funções de seu Secretário Geral, etc. Refiro-me a inovações, aplaudindo normas internacionais e recentes, a exemplo do plano ambiental, das Convenções da ECO-92 (a despeito do Protocolo de Quioto), do plano dos direitos humanos, com o estabelecimento do Tribunal Penal Internacional e, no plano do Direito do Mar, com a convenção de Montego Bay. E, finalmente, quanto a surpresas positivas, o estabelecimento da Organização Mundial do Comércio totalmente independente da ONU (embora com ela mantendo relações).

Outros aspectos pontuais poderiam ser adicionados — em termos de perplexidades, de inovações ou de surpresas positivas — respectivamente, o Confronto G-7 x G-77, a formação do G-20 e o recente estabelecimento dos BRICS. Esse acrônimo criado por Jim O Neil em 2.001 (ou por Goldman Sachs, conforme

certos autores), e, mais posteriormente, a África do Sul (daí a menção a Novos BRICS) — por alguns cunhados como CIRBS, passando pelos BASICS e pelos IBAS, construiu um fenômeno mundial por envolver interesses recíprocos e desafios semelhantes de países emergentes, com interações as mais diversificadas, sem, contudo, apresentar um modelo predeterminado.

Efetivamente, essa falta de um modelo predeterminado, aliada a aqueles interesses recíprocos e a desafios semelhantes em busca de um equilíbrio global, a partir da Cooperação, passou, de imediato, a ser objeto de análises e de sínteses, de teses e de antíteses, ocupando o cenário internacional contemporâneo nos mais diversos ângulos políticos, econômicos e sociais, principalmente, em virtude das semelhanças e/ou dessemelhanças das partes envolvidas, como adverte Paulo Casella. Senão vejamos:

1- O Brasil talvez venha a ser a parte mais bem aquinhoadada, dentro desse contexto, precisamente por não ser potência energética, como a Rússia ou potência econômica, como a China. Tem a seu favor sua incessante busca de um desenvolvimento sustentável, favoráveis mudanças de comportamento macroeconômico, solução pacífica de controvérsias, o estabelecimento do MERCOSUL, da UNASUL e sua atuação no G-20, no Grupo do Rio e no Grupo de Cairns. Temos, ainda, sua luta contra o estabelecimento da ALCA (contra o draft norte-americano) e sua atuação na OMC, na CIDH e no TIDM, na comunidade de países de Língua Portuguesa, afora sua luta para integrar o Conselho de Segurança da ONU como membro permanente.

2 - A Rússia, grande potência energética, integra o Big Five do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Em termos de comércio e de meio ambiente, apresenta um certo atraso, mas, em compensação, deixou de apresentar aquele iminente perigo bélico-estratégico-nuclear do tempo da Guerra Fria. Aspectos ideológicos eventualmente negativos também saíram de cena, cedendo lugar a um meticuloso trabalho de reconstrução econômica, sem descartar, inclusive, determinados padrões ocidentais positivos. Continua a ser, todavia, importante potência nuclear.

3 - A Índia é um grande império comercial, em virtude de suas reservas líquidas de capital. É potência nuclear, assim como a Rússia e a China, o que não ocorre com o Brasil. Permanente é sua luta para ingressar, como membro permanente, no Conselho de Segurança da ONU, concorrendo como país asiático, com o Japão, contando, para tal, com o placet da China.

4 - A China é grande potência econômica, embora de caráter muito fechado. Ostenta um Capitalismo de Estado centralizado. É importante potência nuclear e até hoje não solucionou, em definitivo, seu relacionamento com Formosa, cujo lugar no Conselho de Segurança da ONU ocupou

através de uma série de medidas estratégicas. Famoso é seu comércio “made in China”. Sua economia tende a eclipsar a economia norte-americana. Seu expansionismo, finalmente, é digno de nota, comprovado por incessante compra de terras na Ásia, na África e até mesmo na Islândia.

5 - A África do Sul, com o fim do apartheid, em 1992, passou por grandes transformações, com a desocupação da Namíbia, com a Constituição da República da África do Sul que repudiou a discriminação racial e determinou o sufrágio universal e com a luta de Nelson Mandela (prêmio Nobel da Paz em 1993) em prol da defesa dos direitos humanos. É, hoje, o principal destino das exportações brasileiras na África, continente, que, segundo a ONU, teria um representante no seu Conselho de Segurança, como membro permanente. Tudo indica que se trata da África do Sul, por seu papel representativo da África, como um todo.

Do exposto, constata-se a inclusão de países pertencentes a Continentes os mais diversos e diferenciados, afora outras peculiaridades. Como afirmado retro, Rússia, Índia e China são potências nucleares, o que não ocorre com o Brasil. Índia e China foram objeto de ocupação estrangeira. O Brasil, não, sendo que a África do Sul ainda sofre legados europeus (Reino Unido e Holanda). Rússia, Índia e China foram objetos de longos impérios. O Brasil, sendo o menos hegemônico, tem maior poder de difundir o BRICS no plano internacional e de formular modelos de inserção de Cooperação mundial, tanto através da participação governamental, como do setor privado, que contribui para o desenvolvimento do comércio. Pode também, estabelecer parcerias com países de experiências democráticas, adverte Clifford Sobel, exemplificando com os Estados Unidos, numa espécie de movimento alter-mundialista, como diria Gilbert Achar, no presente momento neo-desenvolvimentista, com políticas estruturais, como um novo pilar não só da Cooperação, como, também, da própria Integração, complementar Humberto Celli.

A difusão dos BRICS no plano internacional e no plano interno depende de sua organização político-administrativa, com base no conceito de Estado de Direito estruturado sob o princípio da legalidade, presente tanto no Direito Internacional, como no Direito Administrativo. A citada difusão, inclui, inter alia, regimes jurídicos (princípios e poderes), serviços públicos, órgãos públicos, atos, contratos e processos administrativos, bens públicos, servidores, controle, comando, manutenção e/ou revisão de normas com vistas ao interesse coletivo, etc. Assim, com base, nas semelhanças e/ou dessemelhanças das partes envolvidas – e, no caso, a criação de um Banco – temos o seguinte:

1 – O Brasil é uma república federativa. Sua organização estatal prevê União, Estados e Municípios. Conta com poderes Legislativo, Executivo

e Judiciário. Trata de estado de defesa e estado de sítio. Dispõe sobre o sistema tributário nacional. Trata da ordem econômica e financeira, além da ordem social, envolvendo educação e cultura. Suas relações exteriores compreendem a ONU, OEA, OMC e diversos acordos regionais. Observa-se, também, respeito aos direitos humanos e às liberdades individuais.

2 - A Rússia conta com um sistema semipresidencialista. Durante parte do século 20 integrou a União Soviética. Suas relações exteriores compreendem a ONU, OMC, APEC e G20. Sua divisão administrativa compreende inúmeras repúblicas, províncias, distritos e territórios. Há, no país, a figura de um Presidente e de um Primeiro-Ministro, pela adoção de medidas controversas com vistas a manutenção do poder. Observa-se profundo desrespeito aos direitos humanos e às liberdades individuais.

3 - A Índia possui um governo sindical composto pelo Executivo, Legislativo e Judiciário.

O Presidente é o Chefe de Estado, mas todos os poderes são investidos pela Constituição no Primeiro Ministro. O Parlamento é de natureza bicameral. O Judiciário conta com um Tribunal Supremo, tribunais superiores e tribunais distritais. Vários são os ministérios e departamentos do governo da Índia, a exemplo do comércio, indústria, defesa, finanças, saúde, direito, justiça, ciência e tecnologia.

4 - A China (República Popular da China) é um país socialista. Seu governo caracteriza-se por uma república comunista, dirigida pelo seu Presidente. A China divide-se em províncias, regiões autônomas, municípios e regiões administrativas. Seu antigo sistema político de dinastias transformou-se numa das maiores potências mundiais, de economia fechada, apesar de participar de organizações internacionais, como a ONU, a OMC e a APEC.

5 - A África do Sul é uma República Parlamentarista. Possui uma divisão administrativa composta de inúmeras províncias. Sua infraestrutura ainda é bastante precária, em razão do baixo volume de investimentos públicos. Suas relações exteriores, porém, são importantes, envolvendo a ONU, a OMC (com ênfase no FMI) e o G20. Seu governo envolve o Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, sendo que o Presidente do país, chefe do poder executivo, é eleito de maneira indireta, por um sistema que depende do sistema legislativo, cujos representantes são escolhidos pela população, por meio da votação em partidos.

Pode-se, assim, chegar a um esboço do papel dos BRICS na Economia Mundial. Paulo Roberto de Almeida atenta para diversos planos: Demográfico, territorial, político-econômico, tecnológico, a que acrescento o plano normativo (implícito nos demais) Segundo Casella há pouca possibilidade de um

modelo normativo (e institucional) para os BRICs, em grande parte, devido ao desrespeito dos Estados ao Direito Internacional, o que, todavia, não afasta um modelo de ordenação de suas relações internacionais, através do respeito a compromissos assumidos e do equilíbrio entre normas Internas e normas externas.

Eu complementaria o raciocínio observando, antes de tudo, dever o BRICS constituir um conjunto não transitório, onde a Soberania de cada participante seja objeto de respeito, em meio à Interdependência, observadas políticas e estratégias globais (Estados, Organizações. Corporações, enfim, toda a Sociedade Civil), dentro dos princípios básicos de efetividade, legitimidade e de reciprocidade (ou, quando necessário, não reciprocidade). Precisamente, porque se trata de BRICS (TIJOLOS), cuja solidez advém de sua Soberania, com suas auto-limitações (auto e não alter), possibilitando um modelo normativo comum e, talvez, a adesão de novos componentes, criando (ou não) uma União ou um Grupo.

Às vezes há necessidade de internalização dos acordos internacionais, advertem Fabíola Zibetti, Kelly Bruch e Eveline Brígido, em sua análise sobre proteção de plantas entre Brasil e China, citando Atas UPOV e TRIPS (OMC), no tocante a espécies protegidas (cultivares e diversas espécies de plantas). E concluem que as normativas internas do Brasil e da China são distintas quanto ao que pode ser protegido, quanto às condições de proteção e quanto às formas de proteção, pois, no Brasil, a matéria encontra-se regulada na Lei de Proteção Industrial (Lei nº 9279/96 e na Lei de Proteção de Cultivares (Lei nº 9456/97), enquanto, na China, a regulamentação advém de Regulamento – o PVP (Proteção de Variedades de Plantas).

Temos, ainda, que o plano demográfico envolve os dois países mais populosos do planeta. O plano territorial reflete as diferenças de cada componente, conforme seu peso efetivo (recursos naturais, grau de industrialização, movimentos de capital, abertura comercial, política cambial e impacto na economia mundial). O plano político-econômico substituiu, com vantagem, o plano ideológico, com novas diretrizes comerciais globalizantes. E o plano de investimentos diretos é uma consequência dessa transformação, porquanto se trata de emergentes, que, em breve, representarão um quinto da economia mundial, devendo ultrapassar o G-7 em duas décadas...

Claro que, entre eles, há assimetrias que se refletem em serviços (GATS), ou em investimentos (TRIMS), intra e extra-regionais, tanto na Agenda Norte-Sul, como na Agenda Sul-Sul, o que requer mudanças nos seus sistemas jurídicos, observa GCelli, com vistas àquelas políticas estruturais. Essas mudanças, é claro, deverão ser consentidas (isto é, em respeito à Soberania dos participantes), lembrando aquelas políticas estruturais à ação estrutural (a ação como processo) de Hannah Arendt, através do diálogo, já que a função fundamental dos sistemas sustentados do mundo é evitar o caos (Habermas).

A menção a Agenda Norte-Sul acima nos faz pensar sobre o peso dos BRICS no mundo atual, detendo cerca de um quinto da economia mundial, o que tem surpreendido e preocupado países centrais. Embora Christine Lagarde, Diretor-Gerente do FMI, tenha afirmado (Setembro/2011) que a crise internacional também os atingirá, não deixa de reconhecer a necessidade de reequilíbrio nacional e global, num mundo interconectado, como solução à crise da dívida soberana da União Européia, mencionando, expressamente, a Itália, a Grécia e a Espanha. Por sua vez, a menção à Agenda Sul-Sul, nos remete às intensas relações comerciais entre ÍNDIA e AMÉRICA LATINA, objeto de análise do BID e do SELA, graças aos esforços dos governos e dos setores privados de seus componentes (Brasil, Uruguai, Bolívia, Trinidad Tobago, Peru, Chile, Venezuela, Argentina), de um lado, e a Índia como alternativa, de outro.

Analizando o INDO-LAC TRADE, Jorge Heine e R. VISWAATHAN enaltecem o papel de “major Partner” da Índia, mencionando acordos comerciais entre Índia e Chile, de 2007 e entre Índia e MERCOSUL, de 2.009, entre outras medidas comerciais. E advertem para a importância do papel positivo daquele BRIC junto aos países latino-americanos (com ênfase ao Brasil), o que se fez notar através do aumento dos preços das commodities latino-americanas, da diversificação das exportações da América Latina com relação à América do Norte e à Europa Ocidental, ao aumento de suas reservas, à criação de novos fundos e ao pagamento de dívidas, afora o incremento de suas relações diplomáticas.

A menção a relações comerciais e a relações diplomáticas traz, consigo, um maior diálogo ECONÔMICO e POLÍTICO, o que gera equilíbrio, avanços e crescimento, no atual plano mundial, que envolve Cooperação, Integração e Globalização e vai se refletir, conforme infra, sobre a estrutura dos emergentes (de que os BRICS são exemplo maior) e até mesmo sobre a eficácia dos tratados e convenções regionais e internacionais.

Restaria mencionar o plano tecnológico, importante e decisivo, se nos ativermos à realidade de que a Globalização convive com a Cooperação e com a Integração, num confronto inquietante entre Estado-Nação e Corporação Financeira Transnacional. Com efeito, a tecnologia é a base, o alicerce e o fundamento da Globalização, o que vai se refletir sobre a estrutura dos emergentes e até mesmo sobre a eficácia dos tratados e convenções, inclusive, pela nanotecnologia — tecnologia de objetivos gerais — ensejando produtos mais seguros e inteligentes (Walber Muniz).

Quanto à estrutura dos emergentes, temoso concernente à produção e ao consumo, à poupança e ao Investimento, ao desenvolvimento sustentável, ao PIB, à renda nacional, etc. Daí a necessidade da transferência de tecnologia não somente de produção, mas também de projetos, entre países centrais e países periféricos. É que potências e emergentes integram um sistema mundial, além de sistemas regionais, todos, pertencentes ao campo da Cooperação, alguns vinculados à Integração, mas, todos, tendo por escopo a Coexistência. Os emergentes,

de atuação regional e inter-regional, ocupam, cada vez com maior intensidade, espaço positivo no plano internacional. São Potências Médias Recém-Industrializadas – PMRiIs, onde se destacam os BRICS, com seus importantes percentuais particularizados de enriquecimento.

Quanto à eficácia dos tratados e convenções, a influência da tecnologia já constara de trabalho clássico sobre a matéria, relacionado às fontes do Direito Internacional, de Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva. É que o progresso da tecnologia exigiu da sociedade mundial a adoção de regras destinadas a antecipar os fatos ou fenômenos, nascendo o Direito da previsão do que virão a ser os próprios fatos, quando o normal é o fato gerar o Direito. Isto lembra o âmagô da Teoria Tridimensional do Direito, de Miguel Reale, ao lidar com o fato (momento situacional), com o valor (momento funcional) e com a norma (momento estrutural).

A importância da tecnologia está, pois, na geração de uma Nova Ordem Mundial (Econômica, Política, Estratégica, Social), pelo sistemático encadeamento de atividades de pesquisa e de desenvolvimento experimental, cujas características compreendem o aperfeiçoamento (pela constante utilização), o processo de produção de novos bens e serviços (de resultado incerto em tempo imprevisível) e a interdependência de forma implícita ou explícita (entre uma tecnologia e outra). Por isso, é fatal sua incidência sobre o próprio Direito, imerso no mundo da vida (Lebenswelt), parte essencial da experiência histórica do Homem, uma experiência de “estruturas práticas” (a realizabilidade de Jhering), as quais constituem “estruturas sociais” através de modelos jurídicos (prospectivos), que convivem com as fontes jurídicas (retrospectivas).

São precisamente as normas que constituem o conteúdo material dessas fontes jurídicas (Kelsen), que se apresentam sob a forma de tratados e convenções (onde prevalece a validade formal) ou do costume (onde prevalece a validade empírica), com vistas, sempre, à segurança jurídica, à justiça e ao progresso social. Novos atores, novos blocos, novos grupos, novos clubes e novos modelos – em geral sem completude e com transitoriedade – têm surgido no cenário mundial contemporâneo. O BRICS pode vir a constituir um Novo Modelo de Relações Internacionais, cooperando para à institucionalização do Direito Internacional, se levar em conta:

- 1 – A convivência com o Velho Modelo (ONU, etc., com as devidas revisões e atualizações), com base na relação do Direito Internacional com outros ramos jurídicos, inclusive o Direito Administrativo.
- 2 – A manutenção do multilateralismo (EUA – UE – BRICS).
- 3 – A convivência da Soberania com a Interdependência.
- 4 – A coexistência pacífica entre Direito Internacional e Relações Internacionais.
- 5 – A flexibilidade (salvaguardas, etc).

- 6 – A transparência (enquanto for necessária a comprovação do óbvio...).
- 7 – O respeito ao desenvolvimento (global, isto é, econômico, político, social, ambiental, HUMANO, o que dispensa outro óbvio, o sustentável...).
- 8 – Equilíbrio econômico, que repercute no emprego, juros e moeda – numa linha keynesiana – o que nos leva ao problema da renda nacional (a partir da produção, com vistas ao consumo, poupança e investimento), a que se aliam oscilações nas bolsas e pacotes do G-7, dependentes (Setembro/2011) do comportamento dos emergentes.
- 9 – Preocupação com a dimensão humana da vida econômica (produção, consumo, mercados, bens, serviços, investimentos, emprego, renda), enfatizando seu enfoque social.
- 10 – À recentralização humanista do Direito Internacional (Paulo Borba Casella), com a interação entre Integração e Direitos Humanos (André de Carvalho Ramos), unindo o HUMANO ao SOCIAL.

Do exposto, temos que a presença atuante dos BRICS, representando cerca de um quinto da economia mundial, é uma esperança de cooperação e de coordenação – que tende a crescer – e de certeza de respeito às instituições, jurisdições e competências dos seus participantes e dos demais países, o que tem surpreendido países de economia cêntrica. Ligando desenvolvimento e tradição, os BRICS geram esferas operantes em meio a bolsões inoperantes e a grupos populistas, corporativistas, demagógicos e factóides. Daí decorre o citado alcance internacional dos BRICS, levando em conta sua organização político-administrativa – no contexto da Nova Ordem Mundial.

Essa organização político-administrativa dos BRICS nos remete àquela colaboração que o Direito Internacional recebe do Direito Administrativo em sua ação no plano exterior e na aplicação de medidas econômicas (inclusive bancárias) e de medidas políticas (inclusive diplomáticas), contribuindo para a difusão dos BRICS no plano internacional.

CONCLUSÃO

BRICS, CIRBS, BASICS, BICS, IBAS, NOVO BRICS, (BRICAS?), qual seu papel na Nova Ordem Mundial? Não se trata de um Grupo (tipo G-20), de uma Organização de Cooperação (tipo ONU), de uma Organização de Integração (tipo União Européia), de uma Aliança, de um Clube ou de uma Associação. Trata-se de uma reunião – talvez um bloco político informal com base indiscutivelmente econômica – de países emergentes, com semelhanças e divergências, com interesses recíprocos e desafios semelhantes, gerando indisfarçável temor e paradoxal surpresa a países centrais, muitos deles envoltos em terríveis e prolongadas crises, a exemplo dos Estados Unidos e de componentes da União Europeia.

É que a política internacional mudou, enquanto Programa de Ação (Policy), vinculada à sociedade internacional (Karl Deutsch), que também mudou. Por isso, não mais se fala em mundo bipolar, Terceiro Mundo ou em LCD's. Na Europa, não se cogita mais do Pacto de Varsóvia, do COMECOM, da AELC ou da CEF (esta, hoje, UE – União Europeia). Na Ásia, da OTASE, do ANZUS ou do CENTO. E na América Latina – hoje ligada positivamente aos BRICS – da ALALC e do MCLA.

Mudou, também, o eixo do poder mundial. Não mais prevalece o poder-dominação de Morgenthau ou o poder-imposição de vontade de Max Weber, mas o poder-influência de Aron e o poder-multiforme de Cline, este, o somatório de elementos como território, população, PIB, vontade nacional e, obviamente, Soberania. Aliás, sua presença, no BRICS, é marcante, na acepção de Jellinek (auto-limitação), razão por que convive pacificamente com a Interdependência, resultante do presente mundo integrado e globalizado.

No caso do BRICS, a ausência de uma forma predeterminada convive com a capacidade de formular um modelo de inserção mundial institucional (normativo?), respeitados os princípios básicos do Direito Internacional e sua competente internalização. Não agride, mas, ao contrário, resguarda – como retro afirmado – a Soberania, de forma que se apresenta progressiva e não-transitória.

É importante frisar, finalmente, o aspecto positivo de sua atuação nos mais diversos ângulos (demográfico, territorial, político-econômico, tecnológico), apesar das sensíveis assimetrias de seus componentes. Respeitando o statu quo. Defendendo a ordem constitucional. Acatando conjuntos normativos internos, especialmente a estrutura político administrativa de seus componentes, tendo sempre em vista a manutenção da Coexistência.

REFERÊNCIAS

- ACHAR, Gilbert – Le Nouvel Ordre Impérial ou La Mondialisation de Empire États-Unies, in Le Nouvel Ordre Impérial Presses Universitaires de France, Nanterre, 2003.
- ALMEIDA, João Genésio – O Fórum de Diálogo Índia, Brasil e África do Sul: Análise e Perspectivas, FUNAG, Brasília, 2009
- ALMEIDA, Paulo Roberto de – O Papel dos BRICS na Economia Mundial, in Cebri-Icone - Embaixada Britânica Brasília: Comércio e Negociações Internacionais para Jornalistas, Rio de Janeiro, 2009.
- CASELLA, Paulo Borba – BRIC, Atlas, S. Paulo, 2011.
- CELLI, Umberto et alli – Mercosur in the South-South Agreements: in the Middle of Two Models of Regionalism, in Cadernos de Pós-Graduação, USP, Manole Editora, S. Paulo, 2011.
- RAMOS, André de Carvalho – Os Modelos de Interação entre Direitos Humanos e os Processos de Integração Econômica, in Direito Internacional – Homenagem a Adherbal Meira Mattos, Coord. P. B.Casella e A. C. Ramos, Quartier Latin e FUNAG, S. Paulo, 2009.
- SOBEL, Clifford – United States/Brazil Relations: a Shared Commitment to Global Leadership, Brazilian Yearbook of Law, CEDIN, 2009.
- ZIBETTI, Fabíola et alli – Acordos Internacionais e sua Internalização: um Estudo de Caso Comparativo entre Brasil e China no Âmbito da Propriedade Intelectual, in Estudos de Direito Internacional, Coord. Wagner Menezes, vol. XII, Juruá, Curitiba, 2008.