

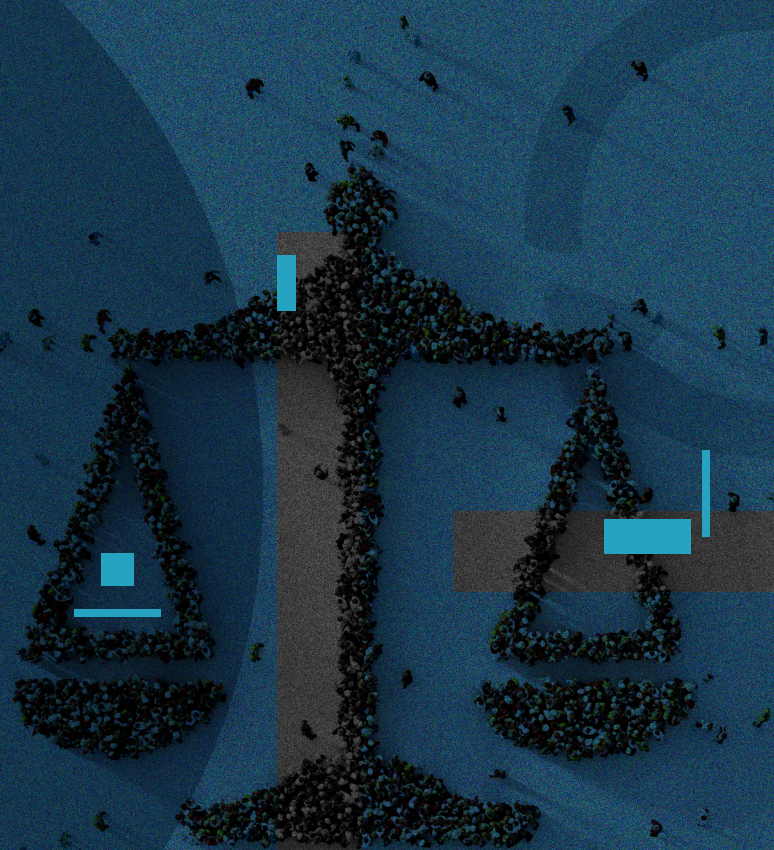


REVISTA DE
**DIREITO E
ATUALIDADES**

ABRIL/JUNHO 2021

VOLUME 1, NÚMERO 2

DIREITO EM PAUTA



idp

Editores-chefe:

Janete Ricken

João Paulo Branco

Conselho editor:

Carol Bello

Davi Galletti

João Pedro Fonseca

João Pedro Pacheco

Laura Granja

Rafael Branco

Conselho Consultivo:

Alexandre Arlota

Ana Paula Carvalhal

Bárbara Toni

Breno Magalhães

Carlos Elias

Daniel Falcão

Danilo Vieira

Fábio Quintas

Flávio José Roman

Felipe Schvartzman

Fernando Natal

Flávio Jardim

Gilmar Mendes

Janete Barros

João Trindade

João Paulo Bachur

Jorge Paschoal

Júlia Lenzi

Marcelo do Val

Marcus Caldeira

Mateus Rocha

Paulo Catta Preta

Paulo Gonet Branco

Paulo Roberto Iotti

Pedro Wambier

Raphael Arnaud

Rodrigo Becker

Rodrigo Mudrovitsch

Rodrigo Numeriano

Ronaldo Silva

Ticiano Figueiredo

Ulisses Schwarz

Vicente Coelho

DIREITO EM PAUTA

SUMÁRIO

Artigos Acadêmicos

QUEM DEVE REGULAR A INTERNET?

WHO SHOULD REGULATE THE INTERNET?

Pedro Henrique de Moura Gonet Branco.....2

LICENCIAMENTO AMBIENTAL E PARTICIPAÇÃO DOS ÓRGÃOS INTERVENIENTES
EM CASOS QUE AFETEM UNIDADES DE CONSERVAÇÃO FEDERAIS

ENVIRONMENTAL LICENSING IN CASES OF FEDERAL CONSERVATION UNITS

Felipe Pires M. de Brito.....18

HABEAS CORPUS COLETIVO COMO INSTRUMENTO DE IGUALDADE E DE ACESSO
À JUSTIÇA: O CASO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO DE DROGAS

COLLECTIVE HABEAS CORPUS AS AN INSTRUMENT OF EQUAL ACCESS TO
JUSTICE SYSTEM: THE CASE OF PRIVILEGED DRUG TRAFFICKING

Thiago da Cunha Brito.....34

CONTRATOS DE AFORAMENTO: ATUALIZAÇÃO, JURISPRUDÊNCIA E
ALTERNATIVAS

LEASE CONTRACTS: ATUALIZATION, JURISPRUDENCE AND ALTERNATIVES

Waldek Ferreira de Alcântara.....61

ALGUNS PONTOS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

SOME POINTS OF THE CRIMINAL NON-PERSECUTION AGREEMENT

Alneir Fernando Santos Maia

Matheus Henrique Menezes Sabino.....86

O DIREITO FUNDAMENTAL À NACIONALIDADE E A PROBLEMÁTICA DOS APÁTRIDAS NO BRASIL

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO NATIONALITY AND THE PROBLEM OF STATELESS PEOPLE IN BRAZIL

Flávia dos Santos Cabral

Henrique Gonzalez Ramos

Mariana Cruz de Cerqueira Rodrigues

Ronald Monteiro de Araújo Neto 101

A INFLUÊNCIA DO CONSTITUCIONALISMO LIBERAL PARA A EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA DE 1988

THE INFLUENCE OF LIBERAL CONSTITUTIONALISM ON THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL EXPERIENCE OF 1988 *ABSTRACT*

Marcelo Eduardo da Cruz Cascaes.....123

O CONCEITO DE VANTAJOSIDADE DA PRORROGAÇÃO ANTECIPADA NO SETOR FERROVIÁRIO

THE CONCEPT OF ADVANTAGEOUS FROM THE EARLY EXTENSION IN THE RAILWAY SECTOR

Vanessa Schinzel Pereira.....142

OS IMPACTOS FISCAIS E TRIBUTÁRIOS IMPLÍCITOS NO CADASTRO DE MATERIAIS E PRODUTOS

THE FISCAL AND TAX IMPACTS IMPLICIT IN THE REGISTRATION OF MATERIALS AND PRODUCTS.

André Luiz Reis Evangelista.....175

A CRISE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

THE CRISIS OF THE DEMOCRATIC STATE OF LAW IN BRAZIL

Beatriz de Oliveira.....190

O ENSINO JURÍDICO DIANTE DOS NOVOS PARADIGMAS TECNOLÓGICOS: A NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DOS CURRÍCULOS DOS CURSOS DE DIREITO A PARTIR DA EDIÇÃO DA RESOLUÇÃO CNE/CES Nº 2/2021

LEGAL EDUCATION IN FRONT OF THE NEW TECHNOLOGICAL PARADIGMS: THE NEED TO ADEQUATE THE CURRICULA OF THE LAW COURSES FROM THE EDITION OF RESOLUTION CNE/CES Nº 2/2021

Thaíse Amaral Dantas

Edimar Batista dos Santos..... 203

O ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO AS OMISSÕES LEGISLATIVAS E SUAS REPERCUSSÕES JURÍDICAS DECORRENTES DO JULGAMENTO DA ADO Nº 26

THE JUDICIAL ACTIVISM OF THE SUPREME FEDERAL TRIBUNAL REGARDING LEGISLATIVE OMISSIONS AND THEIR LEGAL IMPACTS ARISING FROM THE JUDGMENT OF ADO Nº 26

Arley Luna Nogueira

<i>Kyev Moura Maia</i> <i>Camila Vila Moésia</i>	224

A POSSIBILIDADE DE RESTABELECIMENTO DO FINANCIAMENTO DE PARTIDOS E CAMPANHAS POR PESSOAS JURÍDICAS

THE POSSIBILITY OF REINSTATING LEGAL PROVISIONS TO ALLOW POLITICAL PARTIES AND ELECTORAL CAMPAIGNS TO RAISE FUNDS FROM LEGAL ENTITIES

<i>Humberto José de Rezende Rocha</i>	245

ISS - LOCAL DE INCIDÊNCIA E PAGAMENTO DO IMPOSTO NAS OPERAÇÕES DE CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO

ISS- PLACE OF INCIDENCE AND PAYMENT OF ISS IN THE ACTIVITY OF CREDIT AND DEBIT CARD MANAGEMENT

<i>Rodrigo Carvalho de Santana Pinho</i> <i>Elias Pereira Lopes Júnior</i>	271

O ACÓRDÃO QUE CONFIRMA SENTENÇA CONDENATÓRIA COMO MARCO DE INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO PENAL: UMA ANÁLISE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

THE JUDGMENT THAT CONFIRMS THE CONDEMNATORY JUDGMENT AS A CRIMINAL PRESCRIPTION FRAMEWORK: AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE JURISPRUDENCE OF THE HIGHER COURTS

<i>Laís Araújo Loureiro</i>	292

A SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL EM PERSPECTIVA COMPARADA

THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES OF AMERICA AND THE SUPREME FEDERAL COURT OF BRAZIL IN COMPARATIVE PERSPECTIVE

<i>João Aviani Melo</i>	303

UBER: UMA RELAÇÃO DE EMPREGO OU UMA RELAÇÃO EMPRESARIAL? A UBER
COMO UMA FRANQUIA SUI GENERIS

UBER: AN EMPLOYMENT CONTRACT OR A BUSINESS RELATIONSHIP? UBER AS
A SUI GENERIS FRANCHISING

Cássio Thito Alvares de Castro.....321

ASPECTOS RELIGIOSOS DA CARTA IMPERIAL À CONSTITUIÇÃO CIDADÃ:
TRANSIÇÃO, AVANÇOS E MUDANÇAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO

RELIGIOUS ASPECTS OF THE IMPERIAL LETTER TO THE CITIZEN CONSTITUTION:
TRANSITION, ADVANCES AND CHANGES IN THE BRAZILIAN LEGAL ORDER

Antonio Igor Tomaz da Silva.....344

Artigo acadêmico em língua estrangeira

SULLA TECNICA NELLA POLITICA E L'EFFETTIVITÀ DELLA DEMOCRAZIA:
QUALE RUOLO PER I PARTITI?

THE TECHNIQUE IN POLITICS AND THE EFFECTIVENESS OF DEMOCRACY:
WHAT'S THE ROLE FOR PARTIES?

Pierdomenico Logroscino

Marcello Salerno.....361

Carta Editorial

A Revista de Direito e Atualidades (RDA) - projeto oficial do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), idealizada por alunos da graduação do IDP, preza por promover a aproximação de integrantes do meio do direito, dos mais variados níveis acadêmicos, com temas da maior importância no âmbito jurídico.

Esta edição da Revista de Direito e Atualidades (RDA) traz aos leitores um conjunto de artigos sobre temas diversos do direito aprovados pelo sistema do *Double blind review* e produzidos por acadêmicos integrantes de programas de graduação, pós-graduação, mestrado e doutorado que vêm de Institutos nacionais e estrangeiros.

Na segunda edição, com satisfação, expomos à comunidade acadêmica os dezanove artigos aprovados pelos pareceristas que integram a equipe da Revista.

Os artigos trarão discussões sobre temas relevantes em âmbito nacional, bem como em âmbito internacional. Diante de todo o material qualificado reunido na presente edição, esperamos que a revista contribua para promover a divulgação de conhecimento científico qualificado e desejamos, deste modo, estimular a pesquisa, o pensamento crítico e a produção acadêmica.

É com grande alegria que apresentamos a segunda edição da RDA.

Janete Ricken e João Paulo Branco

QUEM DEVE REGULAR A INTERNET?

WHO SHOULD REGULATE THE INTERNET?

Pedro Henrique de Moura Gonet Branco¹

Resumo: A regulação da internet é tarefa complexa, que envolve muitos atores no cenário internacional. É difícil o estabelecimento de bases comuns entre os países que se propõem a regular o ciberespaço. Essa atividade se tornará praticamente impossível se cada país estiver dividido internamente. Por esse motivo, os Estados soberanos devem adotar posições únicas no cenário global para que não se inviabilize a existência do mundo virtual.

Palavras-chave: Regulação da Internet; Soberania; Direito Internacional; Direito Constitucional; Repartição de Competências.

Abstract: The regulation of the internet is a complex task that involves many actors on the international scene. It is difficult to establish common bases between all the countries that tries to regulate the cyberspace. This activity will be practically impossible if each country gets internally divided. That is why sovereign States must adopt unique positions in the global scenario, so that the existence of the virtual world does not become unfeasible.

Keywords: Regulation of the Internet; Sovereignty; International Law; Constitutional Law; Division of Legislative Competences.

Sumário: Introdução. 1. Regulação do ciberespaço. 2. Ciberlibertarismo. 3. Bem público global. 4. Ciberpaternalismo. 5. Pathetic dot theory. 6. Competência para influenciar o código. 7. O papel da União na gestão da internet no Brasil. 8. A atuação do STF no assunto. Conclusão.

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento tecnológico nos séculos XX e XXI promoveu, na concepção de Murray², a transição de um mundo de átomos para um mundo de *bits*. Esse processo começou na

¹ Graduando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), *visiting student* na University of California Berkeley, editor-chefe da Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília (RED|UnB) e autor dos trabalhos *O Ensino Religioso Confessional e a Laicidade Estatal à luz da ADI 4.439*, *Las 100 Reglas de Brasilia y el acceso a la justicia en Brasil* e *Structural ways of governing the Internet – the Brazilian position*.

² MURRAY, 2016.

década de 1970 e representa a transformação de uma sociedade industrial em uma sociedade conectada (*network society*).

Manuel Castells, um dos principais teóricos dessa nova forma de organização social, define sociedade como uma estrutura social contraditória, baseada em conflitos e negociações entre diferentes atores político-sociais, em contraste com comunidades, que partilham valores e interesses³. Ressalta que sociedades sempre tiveram fronteiras bem delimitadas, mesmo com o processo de globalização do século XX, pois sua formação espaço-temporal era restrita, em grande medida, a uma estrutura nacional. O que alterou esse quadro e permitiu o surgimento da sociedade conectada foi o que ele chamou de *network*, uma “complexa estrutura de comunicação [...] que garante unidade de propósitos e flexibilidade de execução dada sua adaptabilidade ao ambiente operacional”⁴.

Assim, a sociedade conectada – uma sociedade global – “é uma estrutura dinâmica altamente suscetível a forças sociais, a cultura, a política e a estratégias econômicas”⁵. O fato de ser uma sociedade global, entretanto, “não significa que pessoas de todos os lugares estejam incluídas nas *networks*. [...] A estrutura social é global, mas a maior parte da experiência é local, tanto territorial quanto culturalmente”⁶. Da mesma forma, ao contrário do que pode parecer à primeira vista, “a tecnologia não determina a sociedade. A sociedade molda a tecnologia de acordo com suas necessidades, seus valores e os interesses das pessoas que utilizam a tecnologia”⁷. Essa tese é corroborada com a ideia de que os governos devem influenciar a arquitetura da internet, como veremos adiante.

1. REGULAÇÃO DO CIBERESPAÇO

É, portanto, no contexto da sociedade global conectada que surgem as discussões mais interessantes a respeito do ciberespaço (*cyberspace*), onde está a internet. Nas palavras de Mueller, “o ciberespaço é um espaço virtual [isto é, definido por software] de interação”⁸. Muito se discutiu

³ CASTELLS, 2013, p. 14.

⁴ CASTELLS, 2013, p. 21. Tradução minha.

⁵ CASTELLS, 2013, p. 26. Tradução minha.

⁶ CASTELLS, 2013, p. 25. Tradução minha.

⁷ CASTELLS; CARDOSO, 2005, p. 3. Tradução minha.

⁸ MUELLER, 2019, p. 10.

a respeito da natureza jurídica do ciberespaço e das formas de se justificar a intervenção – ou ausência de intervenção – no mundo virtual.

Há autores que sustentam ser um ambiente que não pode ser regulado – os adeptos do ciberlibertarianismo –, completamente distinto do mundo real, onde as leis e os governos não teriam legitimidade⁹. Há outros que defendem que princípios do Direito Internacional deveriam guiar as relações *online*, tratando o ambiente como bem público global. Há, ainda, os que sustentam a necessidade de regulação do ciberespaço – os adeptos do ciberpaternalismo –, tanto enquanto um espaço à parte, quanto como extensão da soberania nacional¹⁰.

2. CIBERLIBERTARISMO

O principal teórico da doutrina do ciberlibertarismo é John Perry Barlow, que escreveu em 1996 a Declaração da Independência do Ciberespaço. Sua teoria baseava-se na falta de legitimidade de governos e leis do mundo real para interferir no espaço em tese soberano e separado do espaço real. Afirmava que o ciberespaço é um lugar onde é preciso cruzar uma fronteira virtual para entrar e, portanto, os internautas estariam além do mundo real.

Barlow argumenta que apenas com o consentimento dos cidadãos do ciberespaço um sistema regulatório prosperaria. Ele acreditava que seria possível ingressar nesse novo mundo virtual da mesma forma que alguém pega um avião para entrar em outro país. Este novo “país” proposto seria um “mundo onde qualquer um, em qualquer lugar, pode expressar suas crenças, por mais singulares que sejam, sem medo de ser coagido ao silêncio ou à conformidade”.¹¹

Não é difícil perceber quão utópica é essa perspectiva. Não existe uma nítida divisória entre o mundo real e o virtual. Sempre que alguém está no ciberespaço está também em, no mínimo, um ambiente físico. As relações sociais sempre se iniciam e terminam fora do ciberespaço – no caso extremo, perpassa o cérebro da pessoa que interage, que está no mundo real. Por isso, escapa ao bom senso a tese de que é possível sair do mundo real e ingressar no ciberespaço, como se ele fosse

⁹ BARLOW, 1996.

¹⁰ Vide SCHMITT; VIHUL, 2016; e REIDENBERG, 1996.

¹¹ BARLOW, 2001. Tradução minha.

um local à parte. Também não prospera a ideia de que seria possível estar em um lugar do ciberespaço com um equivalente exato no mundo físico.

Um pequeno comerciante francês, por exemplo, que acessa do seu território nacional um *website* hospedado no Reino Unido, de uma empresa norte-americana de distribuição de produtos, que vende produtos também no Brasil, estará em alguma medida subordinado às determinações legais da França, do Reino Unido, dos Estados Unidos e do Brasil. Percebe-se, portanto, que o indivíduo estará sempre em diferentes lugares e sujeito à incidência de diferentes sistemas normativos.

3. BEM PÚBLICO GLOBAL

Há quem defenda, por isso, que ciberespaço deve ser tratado como um bem público global (*global common*), como o oceano, o espaço sideral, a Antártica¹². Para os adeptos dessa linha:

[...] os estados não podem afirmar sua soberania sobre o ciberespaço. Eles só podem regular a maneira como as pessoas (ou coisas) sujeitas à sua autoridade acessam o ciberespaço global. Não existe um ciberespaço nacional sobre o qual eles exercem controle supremo; em vez disso, existe um ciberespaço global compartilhado e eles aproveitam sua soberania sobre atores e dispositivos físicos em seu território para restringir, de maneira imperfeita e limitada, as conexões com determinados sites ou aplicativos. As autoridades territoriais simplesmente não estão no controle de quem entra no ciberespaço fora do seu território ou dos serviços ou aplicativos que os atores externos fornecem sobre ele. Eles só podem identificar e bloquear as coisas após o fato. Essas limitações não conferem soberania aos estados sobre o ciberespaço, assim como o licenciamento de navios de um país e a aprovação de sua entrada e saída de seus portos não lhes confere soberania sobre o oceano, tampouco o faz a posse de satélites e instalações de lançamento de um Estado no o espaço sideral. A situação se assemelha muito ao regime de governança oceânica, onde os estados têm propensão a territorializar ou estabelecer jurisdição sobre o máximo de território possível, mas o alto mar ainda é reconhecido como um espaço não-soberano e existem importantes limitações à soberania, mesmo nas zonas territorializadas.¹³

Apesar de engenhosa a solução de tratar o ciberespaço como um bem público global, o *locus* digital se distingue dos bens que de fato se enquadram nessa categoria por depender de

¹² BETZ; STEVENS, 2011.

¹³ MUELLER, 2019. Tradução minha.

infraestrutura que, necessariamente, existe em determinada localização geográfica e pertence a alguma entidade, que realiza sua operação e manutenção¹⁴.

Parece mais razoável, portanto, compreender o ciberespaço não como um bem público global, mas como um ambiente artificial – criado pelo ser humano e passível de modificação por ele – que perpassa várias soberanias ao mesmo tempo e precisa de um tratamento diferenciado para salvaguardar a soberania dos Estados que entram em contato com esse ambiente digital.

Nessa vertente, é interessante a aplicação das determinações do Manual de Tallinn, um documento elaborado em 2013 por acadêmicos e profissionais das áreas do Direito Internacional e da cibersegurança. Esses especialistas, nacionais de países-membros da Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN), reuniram-se em Tallinn, na Estônia, para elaborar diretrizes relacionadas a operações cibernéticas que se enquadrariam como ataques armados. A primeira versão do Manual tratava principalmente sobre as regras de reação a equivalentes a ataques armados, como a legítima defesa, um paralelo ao artigo 51 da Carta das Nações Unidas.

Em 2017, uma extensão do estudo foi publicada para compreender também circunstâncias que não se enquadram nas duas hipóteses analisadas na primeira edição do documento (*jus ad bellum*¹⁵ e *jus in bello*¹⁶). O chamado Manual de Tallinn 2.0 foi assinado por dezenove especialistas em Direito Internacional, com a pretensão de analisar legalmente os incidentes cibernéticos mais comuns que os Estados encontram no cotidiano, em períodos de paz. Apesar de não ser um documento oficial, o Manual foi elaborado por especialistas em Direito Internacional e em operações cibernéticas e militares sob a supervisão de mais de cinquenta Estados e organizações internacionais, o que reforça sua relevância para o Direito.¹⁷

Dividido em vinte capítulos, o Manual de Tallinn dedica suas primeiras cinco regras à soberania. Os especialistas concordaram que “os Estados gozam de soberania sobre qualquer infraestrutura cibernética localizada em seu território e sobre as atividades associadas a essa infraestrutura”¹⁸. Analisou-se a hipótese de compreender o ciberespaço como bem público global, mas descartou-se essa possibilidade, pois todas as ações realizadas no espaço virtual “são tomadas por indivíduos ou entidades sujeitos à jurisdição de um ou mais Estados”¹⁹. Também por isso os

¹⁴ BARCOMB et al., 2012.

¹⁵ Direito que regula o uso da força pelos Estados.

¹⁶ Direito que regula a condução de operações militares em períodos de guerra.

¹⁷ SCHMITT, 2017, p. 2-6.

¹⁸ SCHMITT, 2017, p. 11. Tradução minha.

¹⁹ SCHMITT, 2017, p. 12. Tradução minha.

Estados não podem reivindicar soberania sobre o ciberespaço, dado que a infraestrutura que permite a sua existência está, via de regra, localizada no território soberano de outros Estados²⁰.

Os autores do Manual foram claros, portanto, em fazer a distinção entre o espaço virtual e a estrutura que permite a existência desse espaço. Os servidores físicos, por exemplo, que são condição para a criação do ciberespaço, são diferentes do espaço virtual em si. É sobre essa estrutura que os Estados podem reivindicar soberania, não sobre o ciberespaço.

4. CIBERPATERNALISMO.

O chamado ciberpaternalismo, por sua vez, afirma que o ciberespaço não é resistente aos reguladores do mundo real. Joel Reidenberg foi um dos primeiros estudiosos a endossar essa ideia. Ele trouxe do século XI a ideia da *Lex Mercatoria*, código originado nas atividades dos comerciantes que precisavam regular seus negócios independentemente de sua localização. Uma vez que a lei podia variar em questões substanciais entre os locais onde costumavam fazer comércio, esses comerciantes começaram a resolver seus problemas com base nos costumes mercantis. A codificação que resultou dessa desse compilado de normas foi capaz de dar segurança à atividade econômica dos comerciantes, independentemente da jurisdição a que estivessem submetidos.

A ideia de Reidenberg era adaptar a ideia posta em prática pelos comerciantes do século XI para a realidade dos usuários da Internet. Buscava, assim, garantir segurança jurídica aos cidadãos online que, como visto, podem estar sob diferentes e numerosas jurisdições ao mesmo tempo. Defendia, igualmente, a noção de que uma lei feita pelo governo não é a única fonte de regulamentação, mas que “as capacidades tecnológicas e as opções de design do sistema impõem regras aos participantes”. Esse conjunto de regras forma o que ele chamou de *Lex Informatica*.

5. PATHETIC DOT THEORY

O conceito criado por Reidenberg está intimamente ligado ao apresentado por Lawrence Lessig, a *Pathetic Dot Theory*, ou Teoria do Ponto Patético. Lessig defende que os indivíduos são controlados por quatro forças que atuam em conjunto para regular suas vidas. São elas a Lei

²⁰ SCHMITT, 2017, p. 12.

(mecanismo tradicional que tem o Estado para exercer seu poder de coerção, pela ameaça de punição), as Normas Sociais (padrões de conduta esperados pelos indivíduos), o Mercado (influência que preços e outros elementos econômicos têm no comportamento dos cidadãos) e a Arquitetura (o *design* de um sistema, limites impostos pelo modo como algo foi criado)²¹.

A tese de Lessig é que essas restrições regulam as interações do mundo real e virtual. A venda de bebida alcoólica é um exemplo de atividade do mundo real regulada pelas quatro modalidades. No Brasil, a lei determina que é preciso ter mais de dezoito anos para comprar álcool. Esse requisito legal é uma restrição imposta pela lei para os indivíduos que ainda não somam dezoito anos de idade e que poderiam pretender beber. As normas sociais também atuam como uma restrição à relação entre indivíduos e bebidas alcoólicas. Essas normas preceituam, por exemplo, que não se deve beber de manhã cedo nem excessivamente. Aqueles que quebram essas expectativas sociais sofrem sanções, da crítica ao ostracismo. O mercado também interfere no uso do álcool, como quando estabelece preços que controlam a quantidade de bebidas que se pode comprar e, portanto, consumir. Finalmente, a arquitetura da bebida alcoólica inibe as pessoas de beber sem restrições. Após o consumo de determinada quantidade de álcool, o corpo reage de modo que se torna desconfortável continuar a ingerir bebidas alcoólicas.

A regulamentação do consumo de álcool, portanto, é determinada por esses quatro aspectos limitantes da vida - leis, normas, mercado e arquitetura. Eles interagem entre si e a soma de suas atividades tudo regula. É interessante observar como cada um desses quatro elementos prevaleceu em períodos específicos dos últimos três séculos. Lessig sugere que no século XIX as principais restrições da vida social eram impostas pelas normas sociais; no início do século XX, as leis eram preeminentes na orientação das ações humanas; em meados do século XX, o mercado era o grande regulador; e o século XXI estaria experimentando a prevalência da arquitetura como o mais importante moderador de comportamento.

Lessig argumenta que esses quatro padrões de regulação são observados, também, no ciberespaço. Ressalta que, dadas as peculiaridades do mundo virtual, as leis ali não são o elemento limitador mais importante. A arquitetura da Internet é o principal fenômeno que estabelece limites para atividades e escolhas.

²¹ LESSIG, 2006.

Explicando o elemento da arquitetura, Lessig destaca que, assim como tijolos e cimento modelam um edifício – funcionando como sua arquitetura –, um conjunto de códigos, presente em hardwares e softwares, é responsável pela estrutura do ciberespaço – a plataforma. “O software e o hardware, que tornam o ciberespaço o que ele é, constituem um conjunto de restrições sobre como o indivíduo pode se comportar. [...] Eles restringem determinados comportamentos, tornando outros comportamentos possíveis ou impossíveis”²².

Ele prossegue mencionando que o código “incorpora certos princípios; define os termos em que se utiliza o espaço; define o que é possível nesse espaço virtual. E esses termos e possibilidades afetam a inovação no espaço. Algumas arquiteturas convidam à inovação; outras inibem.”²³ É por isso que Lessig defende que o código é a restrição mais importante quando se trata de regulação da Internet.

O professor norte-americano argumenta que as pessoas obedecem a essas leis em forma de código não porque querem, mas porque não se pode fazer mais nada. Não há escolha possível entre ceder ou não à demanda feita pelo sistema para nele ingressar: se o usuário se negar a cumprir com o que determina o código, simplesmente não participará do ambiente virtual. Dessa suposição vem a famosa afirmação de Lessig de que o código é a lei (*code is law*), o que significa que o código é a principal entidade que controla o comportamento online.

6. COMPETÊNCIA PARA INFLUENCIAR O CÓDIGO

A grande dificuldade surge no momento de identificar quem tem competência para tentar exercer influência sobre o Código. Ao mesmo tempo que não se pode prescindir da regulação da internet, um espaço excessivamente regulado prejudicaria o desenvolvimento do mundo digital.

O Reino Unido tem interessantes leis de regulação da internet que se destinam a influenciar o Código, com o objetivo de coibir, em seu território, alguns crimes que consideram graves. Exige-se, por exemplo, que os Provedores de Serviços de Internet (ISP) “adotem medidas técnicas para evitar que seus clientes acessem sites que contenham imagens ilegais de abuso infantil”. A identificação desses sites é feita em parceria com a *Internet Watch Foundation (IWF)*. Influencia-

²² LESSIG, 2006, p. 124

²³ Palestra ministrada no pcForum, em 2000, nos Estados Unidos.

se a Arquitetura porque se o *ISP* bloquear o acesso a um site o usuário final não poderá ver o conteúdo ilegal. É por isso que Lessig diz que obedecer à lei como um código não é uma opção, mas é a única opção.

Também nos Estados Unidos há exemplos de regulação do ciberespaço que influenciam o Código. O *website* do Canadá iCraveTV transmitia ao vivo pela internet canais de televisão canadenses e norte-americanos. Nada obstante a intenção de permitir o acesso ao *website* apenas aos clientes que habitassem no Canadá, era fácil burlar o sistema de bloqueio geográfico, dando margem a que usuários estadunidenses assistissem aos canais disponíveis. Apesar de estar de acordo com a legislação canadense, grandes produtoras americanas questionaram a legalidade da plataforma nos EUA. Um tribunal da Pensilvânia, nos Estados Unidos, que julgou o pedido dessas produtoras, exigiu que a empresa canadense removesse o sistema de transmissão do seu *website* ou bloqueasse efetivamente o acesso ao portal no território norte-americano. O iCraveTV acabou encerrando suas operações.

Da mesma forma que o Reino Unido e os Estados Unidos, a grande maioria dos países adota medidas para preservar valores caros ao seu ordenamento por meio da regulação do ciberespaço. Também no Brasil existe essa preocupação.

É possível encontrar no sistema regulatório brasileiro eco da tese de Lessig, segundo a qual leis, mercado e normas sociais atuam para moldar o código – a arquitetura. Em outras palavras, o legislador brasileiro consegue, em alguma medida, valer-se desses elementos para estimular um comportamento online considerado desejável.

7. PAPEL DA UNIÃO NA GESTÃO DA INTERNET NO BRASIL

No ordenamento jurídico brasileiro, há legislações editadas em nível federal que dispõem sobre a regulação da internet. Destacam-se o Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014), diploma legal que “estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria”, conforme o art. 1º da referida Lei; e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018), que regula o tratamento de dados pessoais, tema intimamente ligado à internet.

Ambas as legislações fazem referência à figura do Comitê Gestor da Internet no Brasil (GCI.br). O Comitê foi criado pela Portaria Interministerial n. 147, de 31 de maio de 1995, para “coordenar e integrar todas as iniciativas de serviços Internet no país”, “com o objetivo de assegurar qualidade e eficiência dos serviços ofertados, a justa e livre competição entre provedores, e a manutenção de padrões de conduta de usuários e provedores”, como se apreende do preâmbulo da referida Portaria.

Entre as atribuições do GCI.br, estão, conforme art. 1º da Portaria Interministerial n. 147/1995:

- “I - acompanhar a disponibilização de serviços Internet no país;
- II - estabelecer recomendações relativas a: estratégia de implantação e interconexão de redes, análise e seleção de opções tecnológicas, e papéis funcionais de empresas, instituições de educação, pesquisa e desenvolvimento (IEPD);
- III - emitir parecer sobre a aplicabilidade de tarifa especial de telecomunicações nos circuitos por linha dedicada, solicitados por IEPDs qualificados;
- IV - recomendar padrões, procedimentos técnicos e operacionais e código de ética de uso, para todos os serviços Internet no Brasil;
- V - coordenar a atribuição de endereços IP (Internet Protocol) e o registro de nomes de domínios;
- VI - recomendar procedimentos operacionais de gerência de redes;
- VII - coletar, organizar e disseminar informações sobre o serviço Internet no Brasil; e
- VIII - deliberar sobre quaisquer questões a ele encaminhadas.”

O Comitê conta com representantes governamentais – de Ministérios, de Agências Reguladoras e de Conselhos relacionados ao tema –, empresariais, acadêmicos, técnicos e do terceiro setor. Não se configura como órgão de governo e não goza de poder normativo, mas deve, por previsão legal, ser consultado em assuntos que envolvam a neutralidade de rede e a adequada prestação de serviços e aplicações.

O Comitê, criado por iniciativa da União, foi objeto de análise pelo Tribunal de Contas da União (TCU), no Acórdão n 1.164/2012, de 16 de maio de 2012, relator o Ministro Raimundo Carreiro. No julgamento, ficou assentado que “não há como enquadrar os serviços de administração da Internet como serviços públicos, porquanto inexistente lei que assim os declare e confira suas titularidades ao Estado, em particular à União”²⁴.

²⁴ BRASIL, 2012.

Pode parecer, à primeira vista, que o TCU afastou da União a competência para regular a internet. Nada obstante essa possível interpretação, o Tribunal reconheceu que

o Comitê relaciona-se com a administração pública, como também com entidades privadas, estando em total compasso com a melhor prática internacionalmente aceita para a administração da Internet em diversos países, os quais têm tido a **participação da sociedade civil e do governo por intermédio de um comitê que represente de forma ampla toda a sociedade**. Ou seja, **o modelo que é adotado no Brasil segue a tendência mundial de boa governança no que concerne à administração da Internet**. (Grifos acrescidos)²⁵

Assim, se é necessária a representação de ampla parcela da sociedade na governança da internet, parece fazer sentido que à União compita o dever de legislar sobre o assunto, não aos Estados, aos Municípios ou ao Distrito Federal.

Como leciona Fernanda Dias de Almeida, “a preponderância da União no federalismo contemporâneo é um dado com que se tem de aprender a conviver”, reconhecendo-se que o sistema federativo “é o melhor para o Brasil, considerada sua vocação nata para equilibrar a diversidade na unidade, o que – como já se afirmou – é particularmente adequado a um país como o nosso, com grandes disparidades de toda ordem”²⁶.

Nada obstante, já há na realidade brasileira episódios de Estados-membros que tentam influenciar a Arquitetura da internet. O Estado de Pernambuco, por exemplo, que ganhou notoriedade por ser a primeira unidade da federação a instituir um Código Estadual de Defesa do Consumidor (Lei estadual n. 16.559, de 15 de janeiro de 2019), criou determinações para os comerciantes que desempenhavam suas atividades no ciberespaço:

Art. 42. O fornecedor é obrigado a informar em sua loja virtual:

I - a disponibilidade do produto em estoque para envio imediato; e,

II - o preço do produto de forma legível e ostensiva, sendo vedada a utilização de canais privados ou não acessíveis a outros consumidores para a divulgação do seu valor.

§ 1º Entende-se como produto em estoque para envio imediato aquele disponível na central de distribuição do próprio fornecedor, no momento em que consultado pelo consumidor.

§ 2º Não estando o produto disponível em estoque para envio imediato, tal circunstância deverá ser informada, sendo vedado ao fornecedor entregar produto diverso, salvo se permitido pelo consumidor.

²⁵ BRASIL, 2012.

²⁶ ALMEIDA, 2014.

§ 3º Em qualquer caso, a informação de que trata o caput deverá anteceder o momento do pagamento, independentemente da forma pela qual este seja realizado, ainda que por meio de boleto bancário.

§ 4º O descumprimento ao disposto no caput sujeitará o infrator à penalidade de multa prevista no art. 180, nas Faixas Pecuniárias B ou C, sem prejuízo da aplicação cumulativa de outras sanções previstas neste Código.

Imagine-se, no entanto, uma empresa multinacional que venda produtos pela internet para os mais diferentes países do globo. Ela seria obrigada a adicionar elementos ao seu *website* internacional para cumprir com as determinações do Estado de Pernambuco.

A situação seria ainda mais complexa se, além do Estado de Pernambuco, cada um dos Estados-membros da Federação decidisse obrigar os fornecedores que entregam produtos em seus territórios a expor determinada informação na página virtual de suas lojas.

Os pontos já levantados sobre a busca por um ciberespaço global, com pequenos ajustes para adaptar a internet aos valores inscritos nos ordenamentos jurídicos dos países soberanos, são suficientes para compreender que não se deve permitir uma descentralização da regulação do ciberespaço entre as unidades da federação.

8. ANÁLISE DO ASSUNTO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A lei pernambucana foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 6.214²⁷, apreciada pelo Supremo Tribunal Federal. Os autores da ação questionavam uma série de dispositivos da legislação estadual, entre os quais o referido art. 42.

O redator para o Acórdão, Ministro Alexandre de Moraes, não analisou o fato de um Estado-membro tentar influenciar a arquitetura da internet. Limitou-se a identificar no dispositivo impugnado determinações semelhantes às existentes em lei federal, encontrando, na atuação do Estado de Pernambuco, legislação restrita à defesa dos direitos do consumidor, matéria de competência concorrente:

embora os arts. 40, 41 e 42 do Código estadual de Defesa do Consumidor disciplinem acerca de obrigações relativas à loja virtual dos fornecedores, apenas dispõe acerca de informações importantes ao consumidor que devem constar no espaço virtual, a fim de instruí-lo adequadamente sobre as especificações necessárias do produto ou serviço antes de o adquirir.

²⁷ No momento do fechamento deste artigo, 8 de junho de 2021, a ADI 6.214 está com embargos de declaração pendentes de julgamento e, portanto, a decisão ora analisada ainda não foi estabilizada pelo trânsito em julgado.

Notadamente em relação aos arts. 40, 41 e 42, cumpre ainda registrar que as normas contestadas estão em total consonância com a regulamentação federal sobre o tema (Decreto 7.962/2013), que assim dispõe:

Art. 2º Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, as seguintes informações:

I - nome empresarial e número de inscrição do fornecedor, quando houver, no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda;

II - endereço físico e eletrônico, e demais informações necessárias para sua localização e contato;

III - características essenciais do produto ou do serviço, incluídos os riscos à saúde e à segurança dos consumidores;

IV - discriminação, no preço, de quaisquer despesas adicionais ou acessórias, tais como as de entrega ou seguros;

V - condições integrais da oferta, incluídas modalidades de pagamento, disponibilidade, forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto; e

V - condições integrais da oferta, incluídas modalidades de pagamento, disponibilidade, forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto; e

VI - informações claras e ostensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta.

Não me parece, nessa linha, que a legítima e salutar preocupação com a informação ao consumidor, possibilitando o acesso a informações essenciais relativas a preços e condições dos produtos, serviços e das empresas e sem contrariar a legislação federal sobre os temas, possa ser considerada inconstitucional, sob pena de inviabilização de qualquer regulamentação sobre o tema.

A propósito, uma das grandes conquistas legislativas no que tange às relações de consumo é justamente o direito à ampla e correta informação sobre produtos e serviços oferecidos no mercado.

(...)

Assim, ao estabelecer as obrigações acessórias de veicular informações essenciais ao consumidor em anúncios e lojas virtuais dos fornecedores, tenho para mim que os arts. 30, 34, 37, 40, 41 e 42 da Lei estadual 16.559/2019 possuem reflexos tanto no campo da propaganda comercial e do comércio interestadual e eletrônico quanto também no rol de direitos do consumidor, porém, claramente, com especificidade e priorização deste, pois, embora a lei tenha como destinatários diversos fornecedores arrolados na legislação pernambucana, a principal razão de ser da norma não está na interferência na prestação de serviços e no fornecimento das mercadorias em si, mas na implementação de um modelo de informação ao consumidor usuário daqueles produtos e serviços. Desse modo, quando da análise dessas questões, deve o intérprete priorizar o fortalecimento das autonomias locais e o respeito às suas diversidades consagrando o já citado e imprescindível equilíbrio federativo.²⁸

Essa posição pode trazer consequências complexas no futuro. Se houver, por exemplo, mudanças na legislação federal e o legislador estadual não atualizar as suas determinações legais, será instaurada grave insegurança jurídica.

²⁸ BRASIL, 2021, p. 23 e 24.

O relator, Ministro Gilmar Mendes, compreendeu o perigo da determinação legal pernambucana e votou pela inconstitucionalidade do art. 42 do Código pernambucano:

“É cada vez maior a necessidade de se considerar a profunda alteração no quadro fático e econômico pela qual temos passado, marcada pela evolução dos meios de comunicação e, conseqüentemente, pelo significativo incremento do comércio eletrônico.
(...)

Como se vê, a preocupação atual é no sentido de se encontrar uma forma de regular o comércio eletrônico globalmente. Isso demonstra a necessidade de que os países busquem, domesticamente, normas uniformes.

No cenário brasileiro, o comércio eletrônico é regulamentado pelo Decreto n. 7.962, de 15 de março de 2013. O ato normativo federal já dispõe sobre as informações que devem constar dos sítios eletrônicos. Não pode o Estado-membro, portanto, determinar o modo como as empresas que exploram atividades comerciais *online* para o Estado de Pernambuco dispõem as informações em seus *websites*.”²⁹

O ministro concluiu que, a pretexto de legislar sobre direito do consumidor, matéria de competência concorrente, o legislador pernambucano se imiscuiu em matérias de competência privativa da União, nomeadamente informática e comércio interestadual.

O posicionamento do Ministro Gilmar Mendes acabou sendo minoritário – ficou vencido, com seis votos contrários e cinco favoráveis. Nada obstante não ter formado maioria, sua argumentação foi importante pontapé inicial na discussão sobre a competência legislativa para tentar influenciar a arquitetura internet.

Não é improvável que situações como a do Estado de Pernambuco se repitam em outras unidades federativas, motivo pelo qual é essencial o reconhecimento de que a gestão da internet compete privativamente à União.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A regulação da internet é tarefa complexa, que envolve muitos atores no cenário internacional. É difícil a tarefa de estabelecer bases comuns entre os países que se propõem a regular o ciberespaço. Essa atividade se tornará praticamente impossível se cada país estiver dividido internamente. Por esse motivo, os Estados soberanos devem adotar posições únicas no cenário global para que não se inviabilize a existência do mundo virtual.

²⁹ BRASIL, 2021, p. 22

Assim sendo, no contexto brasileiro, o Poder Público deverá se articular em nível federal para editar normas que possibilitem o desenvolvimento do ciberespaço conforme o conjunto de valores do ordenamento jurídico nacional. Apesar disso, não se pode olvidar de que o ciberespaço não é um ambiente doméstico sobre o qual se exerce plena soberania, mas de um espaço internacional, artificial e sem fronteiras, o que exige a consciência de que há limites à atuação de cada país. Essa postura, aliada a acordos internacionais, permitirá o pleno desenvolvimento das potencialidades da internet e, conseqüentemente, das nações que nela interagem.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda D. M. Doutrina contemporânea do federalismo. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, n. 80, p. 13-36, 2014.

BARCOMB, Kris E.; KRILL, Dennis J.; MILLS, Robert F.; SAVILLE, Michael A. "Establishing cyberspace sovereignty." *International Journal of Cyber Warfare and Terrorism (IJCWT)* 2, no. 3, p. 26-38. 2012.

BARLOW, John. A Declaration of the Independence of the Cyberspace. In: LUDLOW, Peter. *Crypto Anarchy, Cyberstates, and Pirate Utopias*. Cambridge: MIT Press, 2001.

BETZ, David; STEVENS, Tim. *Cyberspace and the State: Towards a Strategy for Cyber Power*. Oxford: Routledge, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 6.214*. Relator Ministro Gilmar Mendes, redator para o acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 20.05.2021. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1.164/2012, de 16 de maio de 2012, Relator Ministro Raimundo Carreiro. 2012.

CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (org.). *The Network Society: From Knowledge to Policy*. Washington, DC: Johns Hopkins Center for Transatlantic Relations, 2005

CASTELLS, Manuel. *Communication Power*. OUP Oxford, 2013.

LESSIG, Lawrence. *Code 2.0: Code and Other Laws of Cyberspace*. New York: Basic Books, 2006.

LESSIG, Lawrence. *The Zones of Cyberspace*. *Stanford Law Review* 48, no. 5, 1996.

MUELLER, Milton L. Against Sovereignty in Cyberspace. *International Studies Review*, 2019.

MURRAY, Andrew. *Information technology law: the law and society*. Orxford: Oxford University Press, 2016.

REIDENBERG, Joel. Governing networks and rule-making in cyberspace. *Emory Law Journal*, v. 45, p. 911, 1996.

REIDENBERG, Joel. Lex informatica: The formulation of information policy rules through technology. *Tex. L. Rev.*, 76, 1997.

SCHMITT, Michael; VIHUL, Liis. Respect for sovereignty in cyberspace. *Texas Law Review*, v. 95, p. 1639, 2016.

LICENCIAMENTO AMBIENTAL E PARTICIPAÇÃO DOS ÓRGÃOS INTERVENIENTES EM CASOS QUE AFETEM UNIDADES DE CONSERVAÇÃO FEDERAIS

ENVIRONMENTAL LICENSING IN CASES OF FEDERAL CONSERVATION UNITS

Felipe Pires M. de Brito¹

Resumo: O licenciamento ambiental é um importante instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente no Brasil (Lei nº 6.938/1981) que possui uma série de peculiaridades as quais devem ser observadas por aqueles que atuam na prática do Direito Ambiental. Dentre estas, destaca-se no presente artigo a participação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade-ICMBio como órgão interveniente de procedimentos de licenciamento ambiental de empreendimentos ou atividades. Nesse aspecto, cumpre assinalar a importância e obrigatoriedade da autorização/ciência do ICMBio nos casos que afetem Unidades de Conservação Federais ou sua Zona de Amortecimento. Tal tema foi objeto recentemente da Instrução Normativa nº. 10/2020 para dirimir controvérsias e nortear as atividades a serem seguidas. Ocorre, porém, que no que se refere à ciência do ICMBio em situações que não demandam a elaboração de Estudos de Impactos Ambientais e Relatórios de Impactos Ambientais (“EIA/RIMA”), há ainda o que ser debatido. Isso porque o artigo 28 da Instrução Normativa ICMBio nº. 10/2020 determina o cumprimento pelos órgãos licenciadores de certos requisitos para que o ICMBio possa ser considerado ciente, o que, em tese, pode causar discussões sobre possíveis violações quanto ao pacto federativo e a autonomia entre os entes federativos diante da vinculação à normativa em questão. Nesse tanto, busca-se amparo na doutrina, jurisprudência e entendimentos de instituições e órgãos ambientais para enfrentar o debate proposto e, desse modo, contribuir para o avanço do tema no Brasil.

Palavras-Chave: Licenciamento ambiental; ICMBio, Unidade de Conservação Federais; IN ICMBio nº. 10/2020.

Abstract: Environmental licensing is an important tool of the National Environmental Policy in Brazil, which has a series of peculiarities that must be observed by those who work in Environmental Law practice. Among these peculiarities, the participation of ICMBio as an intervening body in environmental licensing procedures for undertakings or activities stands out in this article. In this regard, it is important to note the importance and obligation of ICMBio authorization / communication in cases that affect Federal Conservation Units or their Buffer Zone, which was recently the subject of Normative Instruction no. 10/2020 to settle disputes and guide the activities to be followed. It happens, however, that it does not refer to the

¹ Mestre em Ciências Jurídico-Ambientais na Faculdade de Direito de Lisboa - FDUL, Portugal. Pesquisador no Erasmus Program na Università degli Studi di Roma Sapienza. Facoltà di Giurisprudenza, Itália. Pós-Graduação em Direito Ambiental na Pontifícia Universidade Católica - PUC-Rio. Pós-Graduação em Direito e Meio Ambiente Sustentável na Universidade Federal do Paraná - UFPR. Pós-Graduação em Estado e Direito na Universidade Cândido Mendes - UCAM. Pós-Graduação em Direito Mineral no CEDIN. LLM em Direito do Estado e da Regulação na Fundação Getúlio Vargas - FGV-RJ. Formado em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-Rio. Foi Presidente da Comissão de Direito Ambiental da OAB/RJ, subseção Leopoldina, Vice-Presidente da Comissão de Direito Urbanístico da OAB/RJ, subseção Barra da Tijuca. Membro da Comissão de Direito Ambiental da OAB/RJ, da União Brasileira de Advogados Ambientais - UBAA e da Rede de Ação Política pela Sustentabilidade - RAPS, da organização LACLIMA e da The Climate Reality Project. E-mail: felipepiresmb@gmail.com.

communication of ICMBio in hypotheses that do not require the preparation of Environmental Impact Studies and Environmental Impact Reports. Because in article 28 of Normative Instruction ICMBio no. 10/2020 determines compliance by licensing agencies with certain requirements for ICMBio to be considered, which, in theory, may cause the fulfillment of possible violations regarding the federative pact and the autonomy between federative entities in view of the binding to the regulations in question. In this way, we seek support in the doctrine, jurisprudence and understandings of environmental institutions and bodies to face the proposed debate and, thus, contribute to the advancement of the theme in Brazil.

Keywords: Environmental licensing; ICMBio, Federal Conservation Unit; IN ICMBio nº. 10/2020.

Sumário: Introdução. 1. Licenciamento ambiental e órgãos intervenientes. 2. Obrigatoriedade da autorização/ciência do ICMBio nos casos que envolvam Unidades de Conservação Federais de caráter não vinculante. 3. Instrução Normativa ICMBio nº. 10/2020 e ciência ao ICMBio. 4. Possibilidade de cumprimento pelos órgãos ambientais dos requisitos do art. 28 da ICMBio nº. 10/2020. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Por preceito constitucional, o Estado brasileiro possui o poder-dever da busca do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presente e futuras gerações (art. 225, *caput* e parágrafos). Para tanto, o constituinte estipulou um sistema compartilhado de competências, tanto em matéria administrativa (art. 23) como em legislativa (art. 24) para todos os entes da Federação. No plano infraconstitucional, estrutura-se o arcabouço jurídico na matéria ambiental, com especial relevância para a Política Nacional de Meio Ambiente e para a Lei Complementar nº. 140/2011, que disciplina a repartição de competências entre os entes federativos.

Em comum, os dois diplomas legislativos consolidam a ideia de federalismo de cooperação com auxílio mútuo entre os entes federativos em matéria ambiental. Nessa linha, erige-se também a construção do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), o qual estão presentes, por exemplo, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - ICMBio, os órgãos ambientais estaduais e os órgãos ambientais municipais (Art. 6º, IV - Lei Federal nº. 6.938/1981).

Nesse mesmo sentido, a legislação ambiental brasileira determina que as atividades efetiva ou potencialmente poluidoras devem passar pelo crivo do procedimento do licenciamento ambiental, que devem estar a cargo do órgão ambiental licenciador definido pela Lei Complementar nº. 140/2011. Salienta-se também a participação de outros atores no

licenciamento ambiental: os órgãos intervenientes. A ideia, mais uma vez, passa pela compreensão sistemática de cooperação.

Dentre as possibilidades de participação citadas, cabe mencionar a necessidade de autorização/ciência do ICMBio em licenciamentos ambientais de atividades ou empreendimentos que afetem Unidades de Conservações federais ou suas Zonas de Amortecimento e foi, recentemente, regulamentada pela Instrução Normativa ICMBio nº. 10/2020. No que se refere à ciência, que deve ser realizada em situações que não necessitem de apresentação de EIA-RIMA, o art. 28 da citada norma apresenta um rol de requisitos para que o ICMBio possa ser considerado ciente para fins de participação como interveniente do procedimento de licenciamento ambiental em curso no órgão ambiental licenciador. Ocorre, porém, a existência de debate sobre a possibilidade da submissão à Instrução Normativa ICMBio nº. 10/2020 de órgãos ambientais de outros entes federativos, que, em tese, poderia violar a autonomia e o pacto federativo, além da necessidade de compreensão sobre a forma adequada de comunicação do órgão licenciador ao ICMBio nesses casos.

Para enfrentar a discussão, o presente artigo visa apontar caminhos, mesmo sem a pretensão de esgotar o tema, através de uma interpretação sistêmica do artigo 28 da Instrução Normativa ICMBio nº. 10/2020 sobre a ciência do ICMBio em licenciamento ambiental que afetem Unidades de Conservação Federal e não necessitam de EIA-RIMA.

1. LICENCIAMENTO AMBIENTAL E ÓRGÃOS INTERVENIENTES

O licenciamento ambiental, instrumento da Política Nacional do Meio Ambiental, é definido em lei como o “procedimento administrativo destinado a licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental” (art. 2º, I - Lei Complementar nº. 140/2011). Trata-se, nessa medida, do meio pelo qual o Estado verifica a viabilidade de atividade ou empreendimento efetiva ou potencialmente, que, nas palavras de Eduardo Bim, significa o “processo decisório estatal, decorrente do poder de polícia, exclusivo do Executivo, no qual se permite que uma atividade ou empreendimento seja realizado” (BIM, 2014, p. 338)².

² Marcos Saes e Bruno Christofoli, descrevem o licenciamento ambiental como uma “sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem a um resultado final e conclusivo, consistente numa licença ambiental”. SAES, Marcos André Bruxel e CHRISTOFOLI, Bruno de Andrade. Política Nacional do Meio Ambiente. In: AHMED, Flávio o e COUTINHO, Ronaldo. Curso de Direito Ambiental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 84.

Dessa forma, é possível entender que o objetivo do licenciamento ambiental é a prevenção para seja possível, ao menos, mitigar as externalidades ambientais negativas das atividades produtivas, ou seja, almeja-se “o menor impacto ambiental possível” (AHMED; COUTINHO, 2012, p 161). Nesses termos, possui a finalidade de assegurar o respeito ao meio ambiente nos processos de planejamento, de instalação e funcionamento de empreendimentos e obras³ com a estipulação de condicionantes e, caso necessário, compensações ambientais⁴, que devem ser suportadas pelos próprios empreendedores e em corolário do princípio do poluidor-pagador⁵.

Diante do acima descrito, verifica-se que o licenciamento ambiental está relacionado com uma cadeia de atos, que, por fim, devem ou não resultar na emissão da Licença Ambiental (ex. Licença Ambiental Prévia, Licença de Instalação ou Licença de Operação). Porém, ao longo do procedimento se torna necessária para avaliação do órgão ambiental licenciador a apresentação de determinados documentos pelo empreendedor como, por exemplo, EIA-RIMA para casos considerados mais complexos, conforme descrito pela Resolução CONAMA nº. 237/1997.

No que se refere à competência para licenciar, a Lei Complementar nº. 140/2011, após longo tempo de celeuma doutrinária pela lacuna legislativa, impôs a obrigatoriedade de que exista um único ente licenciador (art. 13, *caput*), o que acaba por desconstruir a tese antes disposta sobre o múltiplo licenciamento ambiental⁶. No entanto, cabe advertir que a Lei

³ FARIAS, Talden. Pontos Relevantes do Licenciamento Ambiental. In: PHILLIPPI JR., Arlindo; FREITAS, Vladimir Passos de; SPÍNOLA, Ana Luiza Silva. Direito Ambiental e Sustentabilidade. Coleção Ambiental. v. 18. Barueri: Manole, 2016. p. 251.

⁴ “As medidas mitigadoras são direcionamentos dados pela Administração Pública com o objetivo de diminuir ou de evitar determinado impacto ambiental negativo ou de aumentar determinado impacto ambiental positivo. Já em relação aos impactos ambientais impossíveis de serem evitados, devem ser propostas medidas compensatórias propriamente ditas”. FARIAS, Talden. Condicionantes para concessão do licenciamento ambiental. *Conjur*. Publicado em 28 set. 2019. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-set-28/ambiente-juridico-condicionantes-concessao-licenciamento-ambiental>. Acesso em 04 dez. 2020.

⁵ Trata-se da vedação de privatização dos lucros e socialização dos prejuízos, que no caso são refletidos em impactos ambientais e, assim sendo, corrigir o fato de toda a sociedade arcar com os custos ambientais do processo produtivo. Tais características são reunidas no clássico princípio do Direito Ambiental, o poluidor-pagador, que impõe ao causador da poluição os “custos necessários à diminuição, eliminação ou neutralização deste dano”. DERANI, Cristiane. Direito Ambiental Econômico. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 111-113. MOREIRA, Danielle de Andrade. Responsabilidade Ambiental Pós-Consumo. Prevenção e Reparação de danos à luz do princípio do poluidor-pagador. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas. Editora PUC-Rio, 2015. p. 85-155. ARAGÃO, Alexandra. O princípio do poluidor pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente. In: BENJAMIN, Antônio Herman e MORATO LEITE, José Rubens. Série Direito Ambiental para o Século XXI. 1. ed. São Paulo: Inst. O Direito por um Planeta Verde., v. 1, 2014. p. 31-42.

⁶ Paulo Affonso Lema Machado, por exemplo, se mostrou contrário a unicidade do licenciamento ambiental, por considerar que tornaria o controle ambiental mais rígido, na medida em que maior número de órgãos ambientais diminuiria a possibilidade de falhas. MACHADO, Paulo Affonso Leme. Legislação florestal (Lei 12.651/2012) e competência e licenciamento ambiental (LC 140/2011). São Paulo: Malheiros: 2012. p. 81-82. Porém, parte da doutrina, como Paulo de Bessa Antunes e Romeu Thomé, compreender a importância da unicidade do

Complementar nº. 140/2011 não afastou a participação de órgãos intervenientes (ex. Fundação Palmares - FCP, Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional -IPHAN e Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - ICMBio), que atuam através das suas respectivas competências e especialidades para aprimorar o processo de Avaliação dos Impactos Ambientais.

Pelo contrário, a leitura sistêmica desse diploma está voltada para o mútuo auxílio entre os entes federativos nas figuras, dentre outras, das atuações supletivas, atuações subsidiárias e Comissões Tripartites, no intuito de concretizar os preceitos do federalismo de cooperação e do próprio Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA). O ICMBio, por exemplo, é o órgão ambiental federal responsável pela proteção das Unidades de Conservação Federais, que são espaços especialmente protegidos que são divididos pela Lei Federal nº. 9.985/2000 como Unidades de Proteção Integral e Unidades de Uso Sustentável e, nesse sentido, torna-se compreensível que licenciamentos ambientais em curso, que de alguma forma possa afetar essas áreas especialmente protegidas, devem passar pelo crivo ou ao menos do conhecimento do ICMBio para tomar as medidas que considere cabíveis conforme o caso.

Desse modo, parte-se, no tópico seguinte, para investigação sobre a obrigatoriedade da autorização/ciência do ICMBio em casos que envolvam as Unidades de Conservações Federais ou suas Zonas de Amortecimento.

2. OBRIGATORIEDADE DA AUTORIZAÇÃO/CIÊNCIA DO ICMBio NOS CASOS QUE ENVOLVAM UNIDADES DE CONSERVAÇÃO FEDERAIS DE CARÁTER NÃO VINCULANTE

A participação dos órgãos intervenientes como o ICMBio nos licenciamentos ambientais são, como já referido, extremamente relevantes pela capacidade de contribuição na mitigação dos impactos ambientais negativos que determinada atividade possa causar no meio ambiente, em especial nas Unidades de Conservações ("UC") Federais e respectivas Zonas de Amortecimento. Com esse intuito, o legislador federal dispôs:

Art. 36. § 3º. Lei Federal nº. 9.985/2000. § 3º. Quando o empreendimento afetar unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento, o licenciamento a que se refere o caput deste artigo só poderá ser concedido mediante autorização do

licenciamento ambiental, que consideram já está solidificada. ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 14. Ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 202-203. THOMÉ, Romeu. Manual de Direito Ambiental. 2. Ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 255-256. FARIAS, Talden. Licenciamento Ambiental em um único nível competência. Conjur. Publicado em 25 jun. 2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-jun-25/ambiente-juridico-licenciamento-ambiental-unico-nivel-competencia>. Acesso em 04 dez. 2020.

órgão responsável por sua administração, e a unidade afetada, mesmo que não pertencente ao Grupo de Proteção Integral, deverá ser uma das beneficiárias da compensação definida neste artigo.

Como forma de regulamentar o dispositivo acima transcrito, a Resolução CONAMA nº. 428/2020 determina que somente pode ser concedida Licença Ambiental de empreendimentos passíveis de EIA-RIMA “após autorização do órgão responsável pela administração da UC ou, no caso das Reservas Particulares de Patrimônio Natural (RPPN), pelo órgão responsável pela sua criação” (art. 1º).

Em sequência, dispõe que a autorização deve ser “solicitada pelo órgão ambiental licenciador, antes da emissão da primeira licença prevista, ao órgão responsável pela administração” da Unidade de Conservação “que se manifestará conclusivamente após avaliação dos estudos ambientais exigidos dentro do procedimento de licenciamento ambiental, no prazo de até 60 dias, a partir do recebimento da solicitação” (art. 2º), além da imposição de que decida de forma motivada (i) pela emissão da autorização; (ii) pela exigência de estudos complementares, desde que previstos no termo de referência; (iii) pela incompatibilidade da alternativa apresentada para o empreendimento com a UC ou (iv) pelo indeferimento da solicitação (art. 3º).

Sob o enfoque de empreendimentos não sujeitos ao EIA-RIMA, estabelece a Resolução CONAMA nº. 428/2020:

Art. 5º. Resolução CONAMA nº. 428/2020. Nos processos de licenciamento ambiental de empreendimentos não sujeitos a EIA/RIMA o órgão ambiental licenciador deverá dar ciência ao órgão responsável pela administração da UC, quando o empreendimento: I - puder causar impacto direto em UC; II – estiver localizado na sua ZA; III - estiver localizado no limite de até 2 mil metros da UC, cuja ZA não tenha sido estabelecida no prazo de até 5 anos a partir da data da publicação desta Resolução. III - estiver localizado no limite de até 2 mil metros da UC, cuja ZA não tenha sido estabelecida no prazo de até 5 anos a partir da data da publicação da Resolução nº 473, de 11 de dezembro de 2015. § 1º Os órgãos licenciadores deverão disponibilizar na rede mundial de computadores as informações sobre os processos de licenciamento em curso. § 2º Nos casos das Áreas Urbanas Consolidadas, das APAs e RPPNs, não se aplicará o disposto no inciso III. § 3º Nos casos de RPPN, o órgão licenciador deverá dar ciência ao órgão responsável pela sua criação e ao proprietário.

Nota-se, então, que não se trata de mera liberalidade do órgão ambiental licenciador, mas de caráter obrigatório da autorização ou ciência do órgão ambiental interveniente, que no caso de afetar Unidades de Conservações Federais é o ICMBio⁷. Frisa-se que esse ato é imprescindível para cumprimento da legalidade dos atos encadeados nos licenciamentos ambientais, os quais estejam na descrita situação e, nessa medida, não se demonstra crível

⁷ No mesmo sentido. Procuradoria Federal Especializada ICMBio. Parecer n. 00023/2020/SEPFE-MG/PFE-ICMBIO/PGF/AGU. Elaborado pela Procuradora Federal Marly Librelon Pires no dia 26.10.2020.

entendimentos sobre a ausência de obrigatoriedade de tais atos. Em interpretação teleológica dessas disposições, cabe verificar a busca pela cooperação entre distintos entes e órgãos ambientais em prol de maximizar os preceitos constitucionais de proteção ambiental. Em consonância com tais conclusões, o Superior Tribunal de Justiça, em decisão, compreendeu⁸:

13. O empreendimento provoca inequívoco impacto ambiental à unidade de conservação federal Parque Nacional de Itatiaia e à sua zona de amortecimento impondo-se a prévia anuência do órgão federal encarregado da administração da unidade ambiental, que, no caso, é o ICMBio, no processo de licenciamento ambiental, bem como a realização do Estudo de Impacto Ambiental conforme previsto no art. 36 e seus parágrafos da Lei 9.985/2000, que aqui se têm por prequestionados. 14. Como se sabe, o princípio da prevenção (implícito no art. 225, § 1º, IV, da CF/88) exige que as autoridades ambientais competentes examinem exaustivamente os danos possíveis à unidade de conservação decorrentes do empreendimento potencialmente impactantes antes de implantá-lo, de forma a minimizar seus efeitos. Na lição da doutrina, esse princípio impõe ao empreendedor a obrigação de tomar medidas que possam evitar ou minimizar a ocorrência de dano ambiental, utilizando medidas mitigadoras e preventivas. Tem na sua essência a ideia de “agir antecipadamente” e, para tanto, é necessário que o empreendedor tenha conhecimento do que sua atividade pode causar para poder prevenir. Por meio de sua utilização podem ser evitados empreendimentos inviáveis ambientalmente, muito embora não se destine a evitar o desenvolvimento de atividades econômicas, mas, sim, minimizar seus impactos ambientais.

Na mesma toada e ainda de forma mais incisiva, a 1ª Vara Federal de Guaratinguetá no Estado de São Paulo, decidiu que em caso de empreendimento nos limites da Área de Proteção Ambiental da Serra da Mantiqueira, que a Companhia Ambiental do Estado de São Paulo - CETESB, órgão ambiental licenciador estadual de São Paulo, “se abstenha de conceder novas licenças/autorizações ou de renová-las, em área compreendida nos limites da Área de Proteção Ambiental (APA) da Serra da Mantiqueira, sem a devida observância do disposto no artigo 36, § 3º, da Lei 9.985/2000 e nos artigos 1º e 5º da Resolução CONAMA n. 428/2010”. Isso porque não foi dada a devida ciência formal ao ICMBio por se tratar de Unidade de Conservação Federal. Dispõe a decisão⁹:

Em sua resposta (contestação), a CETESB admite não ter dado ciência formal ao ICMBio quanto a renovação de licença de operação de empreendimento, no caso especificado (fl. 63), alegando, no entanto, que tal ato não é impedimento ao poder de polícia ambiental com vista à proteção da unidade de conservação. Tal afirmação da ré, aliada à sua resistência em conciliar, demonstra a necessidade de intervenção judicial no caso concreto (lide) e reforça a credibilidade das afirmações arquetadas na petição inicial, porque o exercício cooperativo de fiscalização ambiental, em especial preventiva (princípios da prevenção e da precaução), previsto na LC 140, é viabilizado com a ampla publicidade dos atos e procedimentos administrativos e nessa publicidade inclui-se, com é de se esperar, a ciência aos órgãos e/ou pessoas interessadas (princípio democrático ou da participação comunitária - art. 225, “caput”, da CF e § 1º do art. 17 da LC 140/2011). Tal dever de publicidade (abrangendo a ciência ou comunicação requerida na petição inicial do MPF) decorre dos princípios

⁸ STJ. Processo AREsp 1446798. Relator Ministro Herman Benjamin. Data da Publicação 02/09/2020.

⁹ Justiça Federal. 1ª Vara Federal de Guaratinguetá. Ação Civil Pública nº. 0001627-42.3013.403.6118.

e normas constitucionais, figurando a publicidade como princípio reitor da administração pública em qualquer esfera (art. 37, “caput”, da CF).

A constatação, contudo, de que as autorizações ou ciências dos órgãos intervenientes são obrigatórias não significa que tais atos sejam vinculantes às tomadas de decisões do órgão ambiental licenciador, conforme expressa disposição do § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº. 140/2011. Nesse prisma, leciona Talden Farias¹⁰:

Por fim, calha lembrar que o § 1º do dispositivo transcrito dispositivo transcrito dispôs sobre a participação não vinculante dos demais entes federativos, seja por meio dos órgãos ambientais ou de outros órgãos públicos interessados. Há autores que entendem que essa participação é vinculante, de forma que estaria a atuação do órgão licenciador condicionada aos demais órgãos. Entretanto, além de atentar contra a autonomia federativa, admitir a interferência vinculante seria invalidar a unicidade do licenciamento, premissa que permeia toda a lei em questão. Ademais, isso seria um estímulo à permanência dos conflitos federativos, exatamente a situação que se pretendeu combater, uma vez que o ente não licenciador poderia tentar determinar o que poderia ou não poderia ser feito. (...). Logo parece não proceder o entendimento de que a previsão de manifestação não vinculativa prevista no § 1º do art. 13 não alcançaria os órgãos não integrantes do SISNAMA, uma vez que não é essa a redação da norma, que faz referência a entes federativos e não a órgãos ambientais. Existe realmente uma lacuna, que é a falta de disciplinamento mais rígido do momento e da forma dessa participação. Com efeito, até hoje não se sabe ao certo se a manifestação dos órgãos públicos interessados será antes, durante ou após a finalização do estudo ambiental, nem se deverá ocorrer um convite ou edital de convocação específico ou se a simples publicação do requerimento da licença será o suficiente. Como as interpretações têm resultado em insegurança jurídica, em virtude das divergências entre os órgãos interessados, é preciso regulamentar tais procedimentos por meio de decreto.

Infere-se, portanto, que os órgãos intervenientes possuem extrema relevância para contribuir nos processos de licenciamentos ambientais, que tramitam nos órgãos ambientais licenciadores e, nessa feita, precisam emitir autorização ou ciência, conforme existência ou não de EIA-RIMA¹¹. Tais atos são obrigatórios por força normativa, porém não vinculantes.

¹⁰ FARIAS, Talden. Licenciamento Ambiental em um único nível competência. Conjur. Publicado em 25 jun. 2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-jun-25/ambiente-juridico-licenciamento-ambiental-unico-nivel-competencia>. Acesso em 04 dez. 2020. Bruno Chirstofoli, por sua vez, compreende que a “aplicação da técnica da interpretação conforme a Constituição ao artigo 36, § 3º, da Lei n. 9.985/00 para assegurar que a autorização dos órgãos gestores de unidades de conservação não tem efeitos vinculantes, porém, não implica na facultatividade de que o órgão licenciador realize essa consulta ao outro ente federativo, nos casos em que uma unidade de conservação é afetada por um empreendimento de significativo impacto ambiental que está sendo licenciado. Garante-se, apenas, a sua autonomia no âmbito do processo de licenciamento ambiental para, fundamentadamente, acatar ou não as recomendações do órgão gestor da área protegida”. CHRISTOFOLI, Bruno de Andrade. A interpretação conforme a constituição do instituto da autorização para o licenciamento ambiental dos órgãos gestores de unidade de conservação. Revista Veredas do Direito - Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável. v. 11 n. 22. jul. - dez. Belo Horizonte, 2014. p. 77-111.

¹¹ CÂMARA, Ana Stela Vieira; TEIXEIRA, Zaneir Gonçalves. A proteção das Unidades de Conservação e suas zonas de amortecimento face à unicidade do licenciamento ambiental na Lei Complementar nº. 140/2011. In: PADILHA, Norma Sueli; CAMPELLO, Gaigher Bosio; FREITAS, Vladimir Passos. Direito ambiental I. CONPEDI/UNINOVE. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 60-85.

3. IN ICMBio Nº. 10/2020 E CIÊNCIA AO ICMBio

Ultrapassadas as considerações sobre a importância dos órgãos intervenientes e a obrigatoriedade de autorização/ciência do ICMBio nos licenciamentos ambientais que afetem Unidades de Conservações federais ou suas Zonas de Amortecimento, concentra-se nas hipóteses de dispensa de EIA-RIMA. Isso porque tais situações carecem de maior aprofundamento normativo, doutrinário e mesmo jurisprudencial sobre a forma e amplitude da “ciência” ao órgão responsável pela Unidade de Conservação requerida pelo art. 5º. Resolução CONAMA nº. 428/2020.

Cumprе ressaltar a inexistência de amplo conteúdo doutrinário sobre a hipótese de ciência ao órgão interveniente. Mesmo quando abordado, costuma-se transcrever os dispositivos normativos ou indicar que se trata de uma “simples ciência”¹², o que pode apontar para uma comunicação meramente formal. No intuito de esclarecer a questão, João Machado Lundgreen, Daniele Pessoa e Talden Farias, indicam que “a resolução nº 428/2010 do Conselho Nacional do Meio Ambiente, nada fala a respeito de atividades que não sejam potencialmente poluidoras, portanto, o desempenho dessas simples atividades prescinde de qualquer ato administrativo emanado do Instituto Chico Mendes de Biodiversidade - ICMBio para sua realização”¹³. No entanto, nota-se que “qualquer ato administrativo” permanece vago, o que demonstra ser imprescindível direcionamento normativo para maior segurança jurídica.

Internamente, a questão passou a ser objeto de análise pela Procuradoria Federal Especializada do ICMBio sob a perspectiva da forma e amplitude da ciência em casos de licenciamento ambiental que afetem Unidades de Conservações federais ou suas Zonas de Amortecimento, mas não estão sujeitos ao EIA-RIMA. Nesse patamar, o Parecer nº.

¹² FARIAS, Talden. Há limites para o poder de polícia do Instituto Chico Mendes. *Conjur.* Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-jan-20/ambiente-juridico-limites-poder-policia-instituto-chico-mendes>). Publicado em 20 jan. 2018. Acesso em 04 dez. 2020. No mesmo sentido, indica-se o Parecer MCC nº19/2015 da Procuradoria do Inea que concluiu que “nos processos de licenciamento ambiental de empreendimentos não sujeitos a EIA/RIMA, o órgão ambiental licenciador deverá apenas dar ciência ao órgão responsável pela administração da UC, quando i) puder causar impacto direto em unidade de conservação; estiver localização na sua zona de amortecimento ou iii) estiver localizado no limite de até dois mil metros da unidade, caso não tenha sido estabelecida a zona de amortecimento”. Procuradoria do Instituto Estadual do Ambiente do Estado do Rio de Janeiro. Parecer MCC nº. 19/2015. Elaborado por de Maria Helena da Costa Chianca e cancelado por Ana Luiza Gayoso no dia 27 fev. 2015.

¹³ LUNDGREEN, Frederico João Machado; MELO, Daniele de Castro Pessoa; FARIAS, Talden Queiroz”. A competência para o licenciamento ambiental no Arquipélago de Fernando de Noronha, após a promulgação da Lei Complementar 140/2011”. *Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales* outubro-diciembre 2016. Disponível em <http://www.eumed.net/rev/cccss/2016/04/licenciamento.html>. Acesso em 04 dez. 2020.

58/2016/PFE-ICMBIO-CR8/PGF/AGU, da lavra do Procurador Federal Frederico Rios Paula, estabelece¹⁴:

58. O procedimento de ciência não poderá ser um ato inócuo para o órgão gestor, uma vez que a própria Constituição Federal impõe a adequada tutela e gestão das unidades de conservação sob o enfoque de suas diretrizes, objetivos e respectivos planos de manejo, ainda que não haja a prerrogativa de impor, no âmbito do licenciamento, condicionantes ou promover a alteração/cassação de licenças expedidas. O objetivo é possibilitá-lo tomar as providências administrativas e/ou judiciais necessárias em tempo hábil, de modo a afastar ou minorar os riscos de degradação ambiental que comprometa a integridade dos atributos naturais da unidade de conservação que mereceram especial proteção. 59. De duas, uma. Ou o órgão licenciador cumpre o § 1º do art. 5º da Resolução CONAMA nº. 428/2010 e disponibiliza em seu sítio eletrônico as informações (completas) sobre o processo de licenciamento em curso, ou as envia junto ao instrumento pelo qual dará ciência ao órgão gestor. Não se pode admitir que o ICMBio deixe de exercer plenamente o seu poder de polícia para a proteção das unidades de conservação por carência de informações mínimas repassadas pelo órgão licenciador. 60. No mais, vale adotar, primeiramente, a via diplomática da interlocução institucional entres o órgão gestor e o licenciador por meio de ofício ou outro instrumento próprio. Caracterizada mora ou recusa injustificada, torna-se viável o ajuizamento da medida processual cabível.

Nessa mesma linha, o Parecer nº. 00050/2018/SEPFE-CR8/PFE-ICMBIO/PGF/AGU, da lavra do Procurador Federal Frederico Rios Paula, dispõe¹⁵:

21. Desse modo, em se tratando de empreendimento não sujeito ao EIA/RIMA, que causar impacto direto, mas não significativo, à UC, bem como não causa degradação ambiental que comprometa a integridade dos atributos naturais que mereceram especial proteção, com base no zoneamento indicado no respectivo plano de manejo, deve ser submetido à Ciência da APA Petrópolis, não sendo caso de Autorização. (...). 23. Nesse sentido, o procedimento de ciência pressupõe os seguintes atos: a. Comunicação ao ICMBio pelo órgão licenciador quanto às informações definidas nos incisos I a VI do art. 28 da IN n. 07/2014; b. As informações devem ser prestadas antes da emissão da primeira licença; c. As contribuições técnicas eventualmente fornecidas pelo ICMBio não terão caráter vinculante. 24. E quando se diz "ciência", não significa apenas ter conhecimento da existência do licenciamento, mas exige análise técnica da observância do zoneamento ambiental especial indicado no respectivo plano de manejo e, nos termos do art. 29 da IN n.º 07/2014, apresentar ao órgão licenciador, se for o caso, contribuições técnicas com sugestões de condições, restrições e medidas de controle ambiental, que não terão caráter vinculantes.

De forma clara e objetiva, os Pareceres acima mencionados concluem que a ciência não pode ser um “ato inócuo” de comunicação para o órgão responsável pela Unidade de Conservação, visto que perderia a sua função principal de tornar possível a busca das medidas cabíveis para proteção desses espaços especialmente protegidos determinadas constitucionalmente. Além disso, as manifestações jurídicas referidas tratam da cooperação entre entes federativos e instituições para que logrem o objetivo comum de proteção ambiental.

¹⁴ Procuradoria Federal Especializada ICMBio. Parecer nº. 58/2016/PFE-ICMBIO-CR8/PGF/AGU, elaborado pelo Procurador Federal Frederico Rios Paula em 30 ago. 2016

¹⁵ Procuradoria Federal Especializada ICMBio. Parecer nº. 00050/2018/SEPFE-CR8/PFE-ICMBIO/PGF/AGU elaborado pelo Procurador Federal Frederico Rios Paula em 27 ago. 2018,

Cumprir salientar que os dois Pareceres foram elaborados respectivamente em 2016 e 2018 e, assim, fizeram expressa menção à Instrução Normativa ICMBio nº. 07/2014, vigente naquele momento, a qual regulamentava a questão. Mais adiante, a citada norma foi substituída pela Instrução Normativa ICMBio nº. 10/2020, que passou a ser importante marco regulamentador sobre o tema da ciência ao órgão responsável pelas Unidades de Conservação (órgão intervenientes) nos licenciamentos ambientais. Nesse diploma, o art. 28 descreve os requisitos para que o ICMBio possa ser considerado ciente para fins de cumprimento do art. 5º da Resolução CONAMA nº. 428/2020, conforme se observa da transcrição abaixo:

Art. 28. Instrução Normativa ICMBio nº. 10/2020. O Instituto Chico Mendes considerar-se-á ciente do licenciamento ambiental de atividades e empreendimentos que se enquadram nos termos do artigo 5º da Resolução Conama nº 428/2010, quando for comunicado quanto a, pelo menos, as seguintes informações: I - dados cadastrais da atividade ou empreendimento (razão social e CNPJ ou nome e CPF do responsável pela atividade ou empreendimento e endereços eletrônico e para correspondência; II - tipo de licença ambiental (LP, LI, LO); III - unidades de conservação afetadas; IV - localização georreferenciada da atividade ou empreendimento em relação às unidades de conservação federais enquadradas nos casos previstos pelo art. 5º da Resolução Conama nº 428/2010; V - impactos potenciais às unidades de conservação federais; e VI - medidas para mitigar os impactos às unidades de conservação federais. § 1º. As informações acima devem ser protocoladas acompanhadas dos estudos ambientais existentes. § 2º. A insuficiência de informações ou estudos ambientais ensejará comunicação ao órgão licenciador sobre a necessidade da apresentação de estudos complementares, para que o Instituto Chico Mendes possa fazer, caso necessário, contribuições técnicas ao licenciamento ambiental da atividade ou empreendimento.

Com tais requisitos e determinações, o art. 28 da Instrução Normativa ICMBio nº. 10/2020 supre a lacuna normativa sobre a forma e amplitude da ciência determinada pelo art. 36 da Lei nº 9.985/2000 e pelo art. 5º da Resolução CONAMA nº. 428/2020, quando se tratar de empreendimentos que afetem Unidades de Conservações federais ou suas Zonas de Amortecimento sob regência do ICMBio e não estão sujeitos ao EIA-RIMA. Ora, o art. 28 da Instrução Normativa ICMBio nº. 10/2020 está totalmente em consonância com a importância dos órgãos intervenientes nos licenciamentos ambientais, com a ideia de auxílio mútuo entre instituições, com o modelo de federalismo de cooperação e, por fim, com os preceitos constitucionais do dever estatal de defender e preservar o meio ambiente.

4. POSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO PELOS ÓRGÃOS AMBIENTAIS LICENCIADORES DOS REQUISITOS DO ART. 28 DA IN ICMBio Nº 10/2020

A edição da Instrução Normativa ICMBio nº. 10/2020, como já descrito, contribuiu para compreensão do alcance do que estabelecido pelo art. 36 da Lei nº 9.985/2000 e pelo art. 5º da

Resolução CONAMA nº. 428/2020, mas, por outro lado, passou a criar outras controvérsias: seria possível que os órgãos ambientais licenciadores fossem submetidos aos requisitos mínimos estabelecidos por norma elaborada pelo ICMBio? Haveria, nesse sentido, violação ao pacto federativo e a autonomia dos entes da federação e suas instituições como, por exemplo, os órgãos ambientais licenciadores estaduais ou municipais?

Para responder tais perguntas, é preciso avaliar seguintes pontos: (i) há uma lacuna normativa no que concerne à forma de ciência dos órgãos licenciadores para os órgãos responsáveis por Unidades de Conservação nos licenciamentos ambientais de empreendimentos ou atividades que afetem os espaços especialmente protegidos e não demanda EIA-RIMA; (ii) a estrutura jurídica de proteção ambiental é formada por um sistema que preza pelo mútuo auxílio, pelo compartilhamento de esforços dos entes federais diante do modelo de federalismo de cooperação, o que pode ser inferido tanto da Política Nacional do Meio Ambiente como do SISNAMA e na repartição de competência constitucionais definidas pela Lei Complementar nº. 140/2011 e (iii) o ICMBio, membro do SISNAMA, é responsável pela tutela e gestão das Unidades de Conservação e, assim sendo, prescinde de elementos mínimos para atuar como órgão interveniente em procedimentos de licenciamento ambiental e exercer suas competências de forma efetiva.

No primeiro ponto, cabe esclarecer, de forma breve, o panorama constitucional e legislativo sobre licenciamento ambiental e unidades de conservação. Nesse prisma, os espaços especialmente protegidos (ex. unidades de conservação) decorrem de previsão constitucional para proteção ambiental (art. 225, III - CRFB/88) e, no caso federal, a gestão está a cargo do ICMBio. No que se refere aos licenciamentos ambientais, a leitura conjunta do art. 13 da LC 140/2011, do art. 36, § 3º da Lei nº 9.985/2000 e do art. 5º da Resolução CONAMA nº. 428/2020, determina que devem ser realizados por um único ente federativo, mas prevê a figura do órgão interveniente para situações que afetem Unidades de Conservação, que devem autorizar ou cientificar, quando a atividade for sujeita ou não aos EIA-RIMA.

Ocorre que, no caso de Unidades de Conservações federais, há uma lacuna da Lei nº 9.985/2000 e da Resolução CONAMA nº. 428/2020 sobre a forma da cientificação¹⁶. Nessa medida, editou-se a Instrução Normativa ICMBio nº. 10/2020 para indicar que essa ciência

¹⁶ A lacuna da legislação federal sobre a forma de cientificação dos órgãos responsáveis por Unidades de Conservações federais nem sempre é existente também quanto aos órgãos responsáveis por Unidades de Conservações estaduais. Cita-se, por exemplo, regramento do Estado de Minas Gerais sobre a forma de ciência dos órgãos responsáveis pelas Unidades de Conservação em licenciamentos ambientais que não estão sujeitos aos Estudos de Impactos Ambientais (EIA) e Relatórios de Impactos Ambientais (RIMA). Art. 14. Decreto Estadual Minas Gerais nº 47.941/2020.

deve conter requisitos mínimos como dados do empreendimento, tipo de licença pretendida, potenciais impactos e as medidas mitigadoras para mitigar os impactos. Ora, mediante a inexistência de lei em sentido estrito e nem mesmo de disposição do CONAMA sobre a questão, revela-se necessário o direcionamento dado pelo ICMBio, que nada mais fez que determinar o teor da ciência, a qual já é determinada aos órgãos ambientais como um todo pelos dispositivos acima referidos (art. 13 da LC 140/2011, do art. 36, § 3º da Lei nº 9.985/2000 e do art. 5º da Resolução CONAMA nº. 428/2020).

No segundo ponto, revela-se pertinente a compreensão sobre o modelo de federalismo de cooperação, que no caso ambiental está relacionado com um sistema compartilhado de competências com institutos colaborativos. É inegável que o modelo não significa comunhão total de competências para legislar e para executar as políticas públicas ambientais, mas, noutro sentido, aponta por uma construção coletiva no dever estatal de proteção ambiental determinado constitucionalmente.

Mediante a ausência de outra norma federal (lei em sentido estrito ou Resolução do CONAMA) sobre o tema e pela importância da atuação do ICMBio na tutela e gestão das Unidades de Conservações federais, compreende-se que tais requisitos mínimos dispostos na Instrução Normativa ICMBio nº. 10/2020 estão em consonância com a legislação ambiental brasileira¹⁷. Isso porque a lógica da participação de outros atores no licenciamento ambiental (órgãos intervenientes) está inserida nessa ideia de cooperação e, dessa forma, o ICMBio terá condições de contribuir para a tomada de decisão do órgão ambiental licenciador e, por outro lado, também exercer suas competências de proteger as Unidades de Conservações federais.

E, por fim, no último ponto, cabe salientar que o ICMBio é o órgão ambiental federal, membro do SISNAMA, responsável por executar ações da Política Nacional de Unidades de Conservação federais (proposição, implantação, gestão, proteção, fiscalização e monitoramento), além de competente para exercer o poder de polícia ambiental para a proteção

¹⁷ Discorda-se, aqui, de determinação da Procuradoria do INEA sobre essa possibilidade. Dispõe o Parecer Parecer MCC nº. 19/2015. “O art. 23 da Constituição Federal de 1988 estabeleceu as competências administrativas comuns dos entes da federação, de modo que em razão da autonomia, não existe hierarquia entre eles, e a Lei Complementar. no 140/2011 veio dirimir os eventuais conflitos de atuação entre os entes no que tange a proteção do meio ambiente. (...). Sendo assim, se os dispositivos em comento vinculassem o ente licenciador, estar-se-ia diante de violação clara da autonomia dos entes da federação, visto que o ente responsável pela promoção do licenciamento ambiental, teria a sua autonomia - relacionada a sua capacidade de autoadministração da competência de licenciar - condicionada ao entendimento de outro ente da federação responsável pela emissão da autorização. (...). Em relação aos atos administrativos infralegais estabelecidos por órgãos administrativos da Administração Pública Federal, referidos atos só produzem efeitos internos. Logo, uma Portaria do Ministério do Meio Ambiente ou uma Instrução Normativa do ICMBio não vinculam o Estado do Rio de Janeiro, o qual não está obrigado a observá-las”. Procuradoria do Instituto Estadual do Ambiente do Estado do Rio de Janeiro. Parecer MCC nº19/2015. Elaborado por de Maria Helena da Costa Chianca e chancelado por Ana Luiza Gayoso no dia 27 fev. 2015.

das unidades de conservação instituídas pela União (art. 1º. I a V - Lei Federal nº. 11.516/2007). Cumpre, portanto, ao ICMBio a defesa das Unidades de Conservação federal, que são espaços especialmente protegidos determinados pelo próprio texto constitucional (art. 225, III - CRFB/88).

Diante do exposto, torna-se nítido que a participação como órgão interveniente para proteger as Unidades de Conservações federais precisa de requisitos mínimos que possibilitem essa atuação de forma efetiva como determinado normativamente pelo texto constitucional e normas infraconstitucionais.

CONCLUSÃO

Os procedimentos do licenciamento ambiental, instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente são constantemente aperfeiçoados e regulamentados por legislações específicas e, nesse tanto, prescinde de estudos doutrinários, que possam subsidiar tais questões. Isso ocorre, aliás, tanto nas esferas federais como estaduais, distritais e municipais.

Nesse tanto, o presente artigo buscou estabelecer parâmetros relacionados com as atuações dos órgãos intervenientes, em especial do ICMBio nos casos em que afetem Unidades de Conservação federal. Como descrito, a LC nº. 140/2011 estabeleceu a determinação de unicidade dos licenciamentos ambientais, mas, por outro lado, não afastou a possibilidade de auxílios de outros atores como FUNAI e IBAMA, porém a escolha do ICMBio foi por conta da edição da Instrução Normativa ICMBio nº. 10/2020, que regulamentou o tema nesse âmbito.

Isso porque a Instrução Normativa ICMBio nº. 10/2020 regulamentou especificamente as autorizações/ciências do ICMBio para casos de licenciamento ambiental que envolvam Unidades de Conservação federais ou suas Zonas de Amortecimento, mas ainda pairavam dúvidas sobre essa questão sobre, por exemplo, violações ao pacto federativo de submissão dos órgãos licenciadores de outras unidades federativas ao que estabelecido pela norma referida.

Assim, buscou-se responder objetivamente os seguintes questionamentos: seria possível que os órgãos ambientais licenciadores fossem submetidos aos requisitos mínimos estabelecidos por norma elaborada pelo ICMBio? Haveria, nesse sentido, violação ao pacto federativo e a autonomia dos entes da federação e suas instituições como, por exemplo, os órgãos ambientais licenciadores estaduais ou municipais?

Para tanto, estabeleceu-se os seguintes parâmetros: (i) existência de uma lacuna normativa para determinar o real alcance da ciência/autorização mencionada, na medida em

que o artigo 36, § 3º, da Lei 9.985/2000 e os artigos 1º e 5º da Resolução CONAMA n. 428/2010 indicam a necessidade desse procedimento, mas, por outra via, não definem como seria realizado; (ii) o sistema jurídico-constitucional brasileiro optou pela escolha do federalismo de cooperação presente marcadamente na estrutura jurídica ambiental, em que há uma relação mútua de auxílio para melhor construção da proteção ambiental no Brasil, ou seja, para que o ICMBio possa efetivamente contribuir como órgão interveniente no licenciamento ambiental de outro órgão licenciador, é preciso o mínimo de condições e (iii) o ICMBio é membro do SISNAMA, responsável, dentre outras funções, pela tutela e gestão das Unidades de Conservação federais e, assim sendo, o respeito aos parâmetros mínimos estabelecidos pelo art. 28 da Instrução Normativa ICMBio nº. 10/2020 contribui com essa proteção ambiental.

Ante o exposto, considera-se o art. 28 da Instrução Normativa ICMBio nº. 10/2020 constitucional e adequado ao sistema normativo ambiental brasileiro, nos moldes da construção apresentada e ao considerar ausência de amparo normativo sobre a forma e intensidade da manifestação de ciência do ICMBio nos procedimentos de licenciamento ambiental que envolvam Unidades de Conservação federais, os quais não estão sujeitos ao EIA-RIMA. Por outro lado, aponta-se também a necessidade de proteção ambiental desses espaços especialmente protegidos, que dependem de forma indireta das condições mínimas de informações a serem recebidas pelo ICMBio para que possa tomar as providências necessárias diante do caso concreto em processo de licenciamento ambiental, o que reforça a importância do cumprimento do referido artigo.

REFERÊNCIAS

AHMED, Flávio. **Licenciamento Ambiental**: Instrumento de Prevenção de Lesão ao Meio Ambiente. In: AHMED, Flávio e COUTINHO, Ronaldo. Curso de Direito Ambiental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

ARAGÃO, Alexandra. **O princípio do poluidor pagador**: pedra angular da política comunitária do ambiente. In: BENJAMIN, Antônio Herman e MORATO LEITE, José Rubens. **Série Direito Ambiental para o Século XXI**. 1. ed. São Paulo: Inst. O Direito por um Planeta Verde., v. 1, 2014.

BIM, Eduardo Fortunato. **Licenciamento Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

BRITO, Felipe Pires M. de. **Licenciamento ambiental municipal e LC nº. 140/2011**: pensar global, agir local. Revista de Direito, Viçosa, v. 6, n. 1, 2014.

CÂMARA, Ana Stela Vieira; TEIXEIRA, Zaneir Gonçalves. **A proteção das Unidades de Conservação e suas zonas de amortecimento face à unicidade do licenciamento ambiental na Lei Complementar nº. 140/2011.** In: PADILHA, Norma Sueli;

CAMPELLO, Gaigher Bosio; FREITAS, Vladimir Passos. **Direito ambiental I.** CONPEDI/UNINOVE. Florianópolis: FUNJAB, 2013.

CHRISTOFOLI, Bruno de Andrade. **A interpretação conforme a constituição do instituto da autorização para o licenciamento ambiental dos órgãos gestores de unidade de conservação.** Revista Veredas do Direito - Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável. v. 11 n. 22. jul. - dez. Belo Horizonte, 2014.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FARIAS, Talden. **Condicionantes para concessão do licenciamento ambiental.** Conjur. Publicado em 28 set. 2019. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-set-28/ambiente-juridico-condicionantes-concessao-licenciamento-ambiental>. Acesso em 04 dez. 2020.

FARIAS, Talden. **Há limites para o poder de polícia do Instituto Chico Mendes.** Conjur. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-jan-20/ambiente-juridico-limites-poder-policia-instituto-chico-mendes>. Publicado em 20 jan. 2018. Acesso em 04 dez. 2020.

FARIAS, Talden. **Licenciamento Ambiental em um único nível competência.** Conjur. Publicado em 25 jun. 2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-jun-25/ambiente-juridico-licenciamento-ambiental-unico-nivel-competencia>. Acesso em 04 dez. 2020.

FARIAS, Talden. **Pontos Relevantes do Licenciamento Ambiental.** In: PHILLIPPI JR., Arlindo; FREITAS, Vladimir Passos de; SPÍNOLA, Ana Luiza Silva. Direito Ambiental e Sustentabilidade. Coleção Ambiental. v. 18. Barueri: Manole, 2016.

LUNDGREEN, Frederico João Machado; MELO, Daniele de Castro Pessoa; FARIAS, Talden Queiroz. **A competência para o licenciamento ambiental no Arquipélago de Fernando de Noronha, após a promulgação da Lei Complementar 140/2011.** Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales. Octubre-Diciembre 2016. Disponível em <http://www.eumed.net/rev/cccss/2016/04/licenciamento.html>. Acesso em 04 dez. 2020.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Legislação florestal (Lei 12.651/2012) e competência e licenciamento ambiental (LC 140/2011).** São Paulo: Malheiros: 2012.

MOREIRA, Danielle de Andrade. **Responsabilidade Ambiental Pós-Consumo: Prevenção e Reparação de danos à luz do princípio do poluidor-pagador.** 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas. Editora PUC-Rio, 2015.

SAES, Marcos André Bruxel e CHRISTOFOLI, Bruno de Andrade. **Política Nacional do Meio Ambiente.** In: AHMED, Flávio o e COUTINHO, Ronaldo. **Curso de Direito Ambiental.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental.** 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

HABEAS CORPUS COLETIVO COMO INSTRUMENTO DE IGUALDADE E DE ACESSO À JUSTIÇA: O CASO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO DE DROGAS

COLLECTIVE HABEAS CORPUS AS AN INSTRUMENT OF EQUAL ACCESS TO JUSTICE SYSTEM: THE CASE OF PRIVILEGED DRUG TRAFFICKING

Thiago da Cunha Brito¹

Resumo: Inicialmente, contextualizou-se a situação do sistema carcerário nacional, apresentando-se a sua evolução ao longo das últimas 3 (três) décadas. Comparou-se o índice de crescimento da população carcerária geral com o de indivíduos em situação de constrangimento de liberdade por tráfico de drogas. Buscou-se entender o motivo do aumento relativo de presos por tráfico de drogas nos presídios nacionais e a influência da Lei de Crimes Hediondos nesse aumento. Ademais, procurou-se compreender os requisitos para a classificação de uma conduta como tráfico privilegiado de entorpecentes e drogas afins. Fez-se um apanhado sobre as principais teses dos tribunais superiores no tocante à necessidade de fundamentação idônea para a imposição de regime mais severo de cumprimento de pena e a vedação de utilização de fundamentações abstratas. Finalmente, ressaltou-se a importância da utilização do *habeas corpus* coletivo como instrumento de igualdade e de acesso à justiça.

Palavras-chave: habeas corpus coletivo; acesso à justiça; igualdade material.

Abstract: Initially, the situation of the national prison system was contextualized, presenting its evolution over the last 3 (three) decades. The growth rate of the general prison population was compared to individuals in a situation of constraint of freedom due to drug trafficking. We sought to understand the reason for the relative increase in prisoners for drug trafficking in national prisons and the influence of the Heinous Crimes Law in this increase. In addition, we sought to understand the requirements for the classification of the conduct as privileged trafficking in narcotics and related drugs. An overview of the main theses of the higher courts was made regarding the need for adequate reasoning for the imposition of a stricter regime for serving time and forbidding the use of abstract justifications. Finally, the importance of using the collective habeas corpus as an instrument of equal access to justice was stressed.

Keywords: collective habeas corpus; access to justice; material equality.

¹ Graduando em direito pelo Instituto Brasiliense de direito público. Pós graduando em direito penal econômico pelo Instituto de Direito Público. Graduado em engenharia informática pelo Instituto Superior de engenharia do Porto, Portugal. Pós-graduado em marketing e gestão estratégica pela Universidade do Minho em Braga, Portugal.

Sumário: Introdução. 1. Dos crimes hediondos e do tráfico de drogas. 2. Do tráfico privilegiado. 3. A jurisprudência dos tribunais superiores no tocante às justificativas para prisão e para o cumprimento de pena. 3.1. Imposição de regime mais severo de cumprimento de pena e as fundamentações abstratas. 3.2. Medidas alternativas, prisão preventiva e princípio da proporcionalidade. 3.3. Conclusão parcial. 4.1. Precedentes judiciais no processo penal. 4.2. Conclusões do estudo “Prisão a qualquer custo” do Instituto Conectas. 4.3. A inobservância da jurisprudência dos tribunais superiores pelo TJSP. 5. Habeas corpus coletivo como instrumento de igualdade e acesso à justiça. Conclusão.

INTRODUÇÃO

A disposição do Estado brasileiro para combater o tráfico de drogas remonta ao período colonial. Segundo consta (SENADO FEDERAL²), as Ordenações Filipinas, de 1603, previam penas graves para aqueles que portassem, usassem ou vendessem substâncias tóxicas. Atualmente, o debate a respeito da forma mais adequada para lidar com as drogas tendem a utilizar argumentos relacionados à segurança ou saúde públicas (GARCIA et al. 2008).

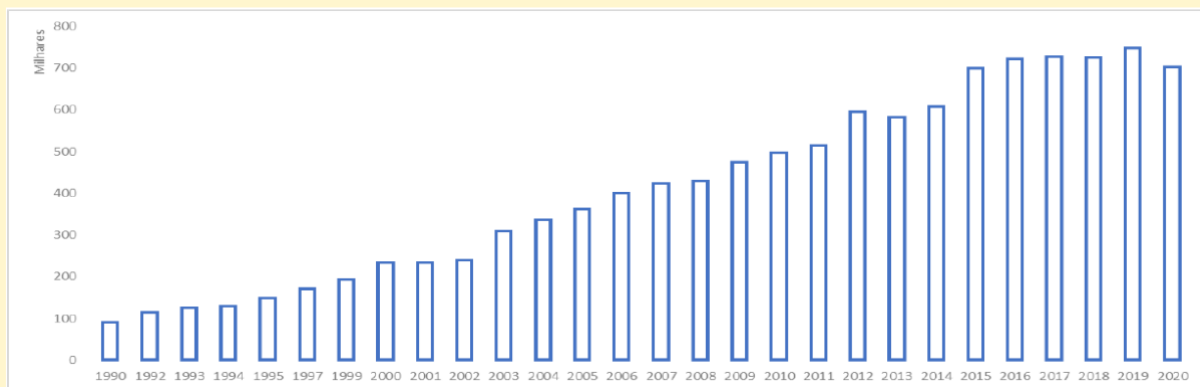
Apesar da existência de um debate acadêmico qualificado na busca de soluções sustentáveis para o problema das drogas (GARCIA et al, 2008), os discursos políticos de repressão ao consumo e ao tráfico encontram terreno fértil no seio da sociedade e fomentam uma sistemática que se retroalimenta, fundada na política de encarceramento massivo, influenciada pela política *war on drugs* disseminada a partir dos anos de 1970s pelo presidente norte americano Richard Nixon (*DRUG POLICY*), e que nutre a hoste das facções criminosas com novos integrantes diuturnamente.

A respeito da política de encarceramento em massa adotada no Brasil, é importante apresentar a evolução das pessoas privadas de liberdade nas últimas 3 (três) décadas. Como se observa (Figura 1), a população carcerária no Brasil passou de cerca de 90 (noventa) mil pessoas, em 1990, para mais de 700 mil pessoas, em 2020, crescimento que representa um aumento de cerca de 680% (seiscentos e oitenta) por cento na população carcerária nacional nos últimos 30 (trinta) anos.

De acordo com dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN, 2020), atualmente a população carcerária brasileira, incluindo todos os regimes prisionais, ultrapassa os 702.000 (setecentos e dois mil) presos. Desse universo, cerca de 33% (trinta e três) por cento dos presos respondem por algum crime tipificado na Lei de Drogas (Lei 11.343/2006). Desta

forma, pode-se concluir que 33 (trinta e três) em cada 100 (cem) pessoas privadas de liberdade no Brasil, estão presas por algum crime relacionado à Lei de Drogas.

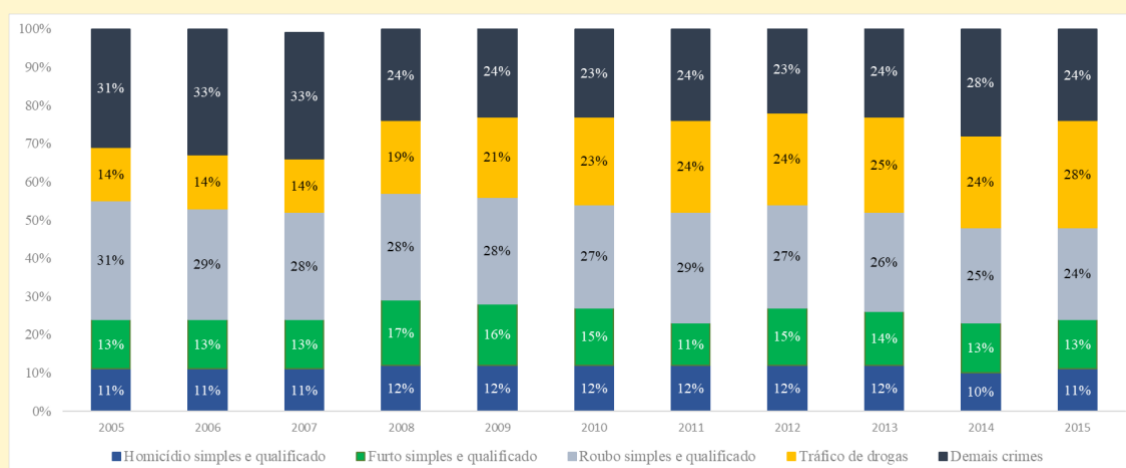
Figura 1 - Evolução das pessoas privadas de liberdade entre 1990 e 2020



Fonte: elaboração própria com base nas informações do SISDEPEN (DEPEN, 2020)

Analisando-se as informações disponíveis no sítio eletrônico do Departamento Penitenciário Nacional, observa-se que o número de pessoas presas por tráfico de drogas passou de 172.241 (sento e setenta e duas mil, duzentos e quarenta e um), em 2015, para 232.341 (duzentos e trinta e duas mil, trezentos e quarenta e um), em 2020, marcando um aumento de cerca de 34,9% (trinta e quatro e nove décimos) por cento, em apenas 5 (cinco) anos, fato que sugere uma seletividade do sistema de justiça e segurança pública.

Figura 2 - Evolução do percentual de pessoas privadas de liberdade por tipo penal



Fonte: elaboração própria com base nas informações do INFOPEN (INFOPEN, 2015)

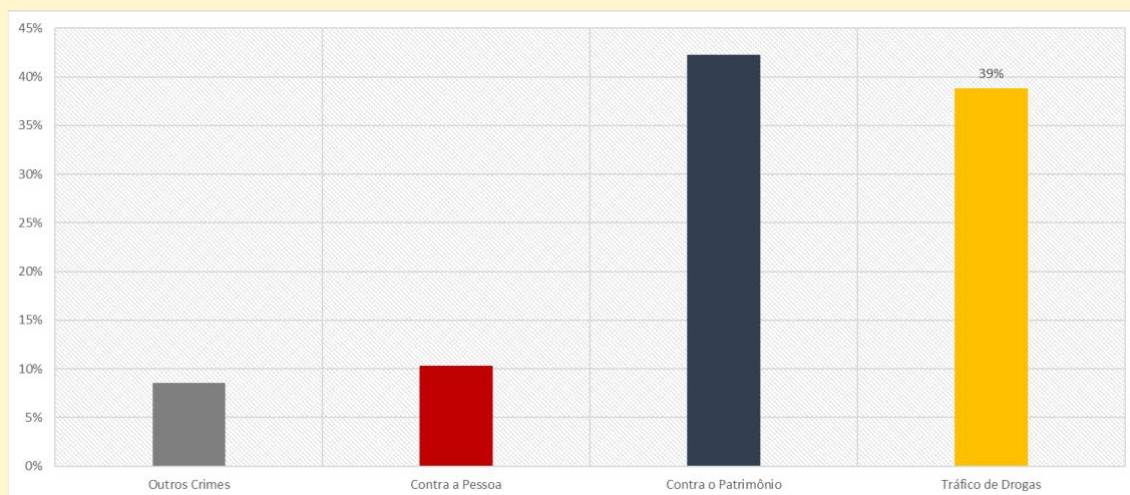
Alargando-se o horizonte da análise, como podemos observar pela ilustração acima (Figura 2), essa seletividade do sistema de segurança pública e do judiciário sobre os crimes relacionados ao tráfico de drogas fica patente. Em 2005, o percentual de pessoas privadas de liberdade por tráfico de drogas correspondia a cerca de 14% (quatorze) por cento do universo de detentos. Em apenas uma década, no ano de 2015 esse percentual passou para 28% (vinte e

oito) por cento, representando um aumento de 100% (cem) por cento em relação ao período anterior.

Importante lançar luz sobre a evolução do sistema carcerário e a dos presos por crimes relacionados ao tráfico de drogas. Comparando-se o crescimento da população carcerária total com o crescimento dos presos por tráfico de drogas, nota-se uma evidente dessemelhança. De acordo com os dados do DEPEN, enquanto o crescimento da população carcerária nacional se mostrou praticamente estável entre o período de 2015 a 2020, com crescimento de apenas 0,49%, o número de presos por tráfico de drogas apresentou uma evolução de mais de 34% (trinta e quatro) por cento. De acordo com o Instituto Conectas (CONNECTAS, 2019, p. 5), entre 2006 e 2016, a população carcerária ligada ao comércio de drogas saltou de 42 mil para 200 mil pessoas, um aumento de 302% (trezentos e dois) por cento. Por outro lado, segundo o referido estudo, o aumento da população carcerária como um todo, no mesmo período, foi de 81% (oitenta e um) por cento.

Esse quadro de seletividade se mostra ainda mais evidente ao se recortar os dados da análise, limitando-os ao estado de São Paulo. Enquanto no sistema carcerário nacional o número de indivíduos em situação de constrangimento de liberdade por tráfico de drogas representa cerca de 28% (vinte e oito) por cento do total de pessoas encarceradas, no estado de São Paulo esse número chega próximo aos 40% (quarenta) por cento.

Figura 3 - Quantidade de incidências por tipo penal no estado de São Paulo



Fonte: elaboração própria com base nas informações do SISDEPEN (DEPEN, 2020)

Diversas podem ser as variáveis capazes de explicar os números do estado de São Paulo em relação aos presos por tráfico de drogas, quando comparados com os nacionais. Contudo, recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) apontam que reiteradas decisões do

Tribunal de Justiça Bandeirante ignoram, por completo, a jurisprudência das cortes superiores nacionais, nomeadamente no que tange aos seguintes aspectos: i) decretação de prisão a partir da gravidade em abstrato do crime; ii) alusão à gravidade do delito e comoção social para justificar a necessidade de prisão; iii) imposição de regime de cumprimento de pena mais severo do que a pena aplicada sem a devida motivação; e iv) hediondez do crime de tráfico de drogas em sua vertente privilegiada.

Nesse sentido, em face de inúmeros constrangimentos de liberdade, prolatados pelo Tribunal de Justiça Paulista, antagônicos à jurisprudência pacífica dos tribunais de cúpula do Poder Judiciário nacional, a Corte da Cidadania foi instada a se manifestar e impôs uma medida coletiva para assegurar e proteger a liberdade e garantias constitucionais, tais como o devido processo legal, o acesso à justiça e a igualdade material entre indivíduos possuidores de abastados ou diminutos recursos.

1. DOS CRIMES HEDIONDOS E DO TRÁFICO DE DROGAS

Interessante a reflexão de Maria Rita Rodrigues (RODRIGUES, 2014) quando afirma que a segurança pública induzida por meio da via legislativa produz, somente, uma aparente sensação de segurança. Segundo aquela autora, quando uma iniciativa legislativa é direcionada para combater determinado crime, seja para tipificá-lo de maneira originária ou para exasperar sua pena ou regime, somente o sentimento de impunidade e de insegurança que oprime a sociedade de maneira geral é que são, de certa forma, amenizados. A realidade fática subjacente, por outro lado, queda inalterada.

No ano de 1990, influenciado por um aumento desenfreado dos casos de sequestro, o legislador ordinário editou uma lei com intuito de coibir aquelas e outras atividades que, segundo a exposição de motivos acessível no portal da Câmara dos Deputados (CÂMARA, 1990), poderiam ser consideradas as *mais nefastas* e nocivas à sociedade. Em 25 de julho daquele ano, foi sancionada a Lei de Crimes Hediondos, Lei 8.072/1990, que dispôs sobre diversos crimes considerados apavorantes, com fundamento de validade no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, que tomamos a liberdade de transcrever, *in verbis*:

Art. 5º [...] XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem. (grifos nossos)

Como se observa pela leitura da referida exposição de motivos, os objetivos primordiais do legislador com a edição da Lei de Crimes Hediondos eram os seguintes: i) limitar drasticamente qualquer abrandamento da pena, que deveria ser cumprida em regime fechado, sem possibilidade de livramento condicional e sem remissão da pena pelo trabalho; ii) impedir a decretação de liberdade provisória; iii) tornar imprescritível a punibilidade do delito; e iv) aumentar a pena dos crimes selecionados, com o claro objetivo de *desestimular os eventuais criminosos*.

Nas palavras de Schuster (SCHUSTER, 2019, p. 17), a Lei de Crimes Hediondos “*veio reforçar a equiparação para o crime de tráfico de drogas feita pela Constituição Federal*”. Deveras, vários foram os crimes considerados como hediondos pelo referido diploma legal. Por força constitucional, outros crimes passaram a sofrer as mesmas consequências penais reservadas aos crimes definidos como hediondos pela Lei 8.072/1990. Nesse sentido, o crime de tráfico de drogas, que já era considerado hediondo pela Constituição Federal, passou a ser considerado um crime equiparado aos crimes hediondos pela própria Lei de Crimes Hediondos.

A Lei 8.072/1990 previu que os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo não poderiam ser objeto de anistia, graça e indulto, além impor que o cumprimento da pena deveria ocorrer, inicialmente, em regime fechado. Todavia, o Supremo Tribunal Federal (STF), como resultado do julgamento do HC 111.840/ES, de relatoria do MINISTRO DIAS TOFFOLI, declarou a inconstitucionalidade desse dispositivo legal, por ofensa à garantia constitucional da individualização da pena, ementado da seguinte forma:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME PRATICADO DURANTE A VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.464/07. PENA INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. OBRIGATORIEDADE DE IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI Nº 8.072/90. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). FUNDAMENTAÇÃO NECESSÁRIA (CP, ART. 33, § 3º, C/C O ART. 59). POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO, NO CASO EM EXAME, DO REGIME SEMIABERTO PARA O INÍCIO DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.
3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.
4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.
5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que “[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado. (grifos nossos)

Existe ainda uma indicação jurisprudencial emanada pelo Supremo Tribunal Federal, com fundamento no art. 103-A da Constituição Federal de 1988 (Sumula Vinculante 26), que determina que o juízo, para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo – ou equiparado, como é o caso do tráfico de drogas –, deverá observar a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072/1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Importante destacar que o art. 2º, *caput*, da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas) estabelece que o crime de tráfico de drogas é inafiançável e insuscetível de *sursis*, graça, indulto, anistia e *liberdade provisória*. Estabelece, também, que o livramento condicional para o crime de tráfico de drogas somente poderá ocorrer após o cumprimento de dois terços da pena, sendo vedada sua concessão ao reincidente específico.

Apesar da vedação legal para concessão de liberdade provisória ao preso por tráfico de drogas, o STF, em julgamento do HC 104.339/SP, de relatoria do MINISTRO GILMAR MENDES, declarou, por maioria de votos, a inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da expressão *liberdade provisória*, constante do *caput* do art. 44 da Lei de Drogas.

Em sintonia com a Lei de Drogas, o art. 83, V, do Código Penal (Decreto-Lei 2.848/1940) determina que o juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado por crime de tráfico de drogas, após cumpridos mais de dois terços da pena, *caso o apenado não seja reincidente específico em crimes dessa natureza*. Por sua vez, o art. 323 do Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689/1941) estabelece que nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins não deverá ser concedida fiança.

Portanto, observa-se que, como regra geral, a política criminal relacionada ao tráfico de drogas é uma política repressiva e fundamentada no encarceramento, caracterizada pela impossibilidade de fiança, *sursis*, graça, indulto e anistia e pelo cumprimento de pena mais alargado para o alcance do direito à liberdade provisória. Tais características, associadas à política de guerra às drogas, podem explicar o crescimento de pessoas privadas de liberdade por tráfico de drogas nos presídios nacionais.

2. DO TRÁFICO PRIVILEGIADO

Apesar das graves consequências impostas ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins pela legislação federal, a Lei de Drogas trouxe uma importante diferenciação entre o tráfico de drogas comum e o tráfico de entorpecentes em sua modalidade privilegiada, observada quando o agente for primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e não integrar organização criminosa, nos termos do art. 33, §4º.

Em face do tratamento penal mais brando dirigido ao tráfico privilegiado, discute-se se as características do tráfico de drogas equiparado a crime hediondo (impossibilidade de fiança, *sursis*, graça, indulto e anistia e pelo cumprimento de pena mais alargado para o alcance da liberdade provisória) seriam aplicáveis ao delito privilegiado.

Registra-se que o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar sobre a matéria. No julgamento do HC 118.533/MS, de relatoria da MINISTRA CÁRMEM LÚCIA, o plenário da Corte Superior, *de forma unânime*, considerou que o crime de tráfico de drogas em sua modalidade privilegiada não deveria ser considerado como crime equiparável aos crimes hediondos, em razão das particularidades elencadas no §4º do art. 33 da Lei de Drogas, cuja decisão fora ementada da seguinte maneira:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO:

INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos.
2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa.
3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90.
4. Ordem concedida. (grifos nossos)

Segundo entendimento manifestado no voto da MINISTRA CÁRMEM LÚCIA, a relatora afirma que o reconhecimento do tráfico de drogas privilegiado – art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006 – possibilitaria o livramento condicional e a progressão de regime nos termos do regime geral estabelecido pela Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1994). Importa trazer ao conhecimento um breve trecho do voto da MINISTRA CÁRMEM LÚCIA no referido *habeas corpus*, por completa pertinência temática:

A própria etiologia do crime privilegiado é incompatível com a natureza hedionda, pois não se pode ter por repulsivo, ignóbil, pavoroso, sórdido e provocador de uma grande indignação moral um delito derivado, brando e menor, cujo cuidado penal visa beneficiar o réu e atender à política pública sobre drogas vigente. [HC 118.533/MS – 26/6/2016 – Ministra Cármem Lúcia]

Em sintonia com a jurisprudência trazida acima, Crislaine Schuster (SCHUSTER, 2019, p. 18) afirma que a eventualidade e não reincidência são critérios relevantes para o afastamento da hediondez para o delito de tráfico de drogas em sua forma privilegiada.

A jurisprudência da Corte da Cidadania também se encontra em sintonia fina com o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a menor ofensividade do crime de tráfico de drogas privilegiado. Em julgamento de recurso repetitivo (Pet 11.796/DF), de relatoria da MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, a Terceira Seção, por unanimidade, acolheu a tese segundo a qual o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada não é crime equiparado a hediondo.

Destarte, como se pode notar pela jurisprudência das Cortes de Vértice do país, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins em sua modalidade privilegiada, nos moldes do art. 33, §4º, da Lei de Drogas, não pode ser entendido como um crime hediondo. Assim, não se pode impor aos sentenciados por esse tipo penal as proibições relativas à possibilidade de fiança,

sursis, graça, indulto e anistia e as exasperações temporais para o alcance da liberdade provisória.

3. A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NO TOCANTE ÀS JUSTIFICATIVAS PARA PRISÃO E PARA O CUMPRIMENTO DE PENA

Como visto anteriormente, tanto as penas aplicáveis quanto o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade ou a sua substituição por outra espécie deve ser justificada pelo juiz, considerando-se a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime, bem como o comportamento da vítima, nos termos do art. 59 do Código Penal.

Por seu turno, conforme o art. 282, §6º, do Código de Processo Penal, a prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar. Ressalta-se que o não cabimento da substituição da pena privativa de liberdade por outra medida cautelar deverá ser justificada de forma fundamentada, considerando-se sempre os elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.

Nesse sentido, além do art. 282, §6º, do Código de Processo Penal, considerar a prisão preventiva um instrumento de *ultima ratio*, deverá haver um juízo de proporcionalidade no caso concreto de forma a garantir que não haja excesso no decreto prisional; deve-se demonstrar a inadequação das medidas cautelares diversas da prisão definidas no art. 319 do Código de Processo Penal. Ademais, como será visto em maiores detalhes a seguir, a jurisprudência das cortes superiores nacionais veda tanto o estabelecimento de pena privativa de liberdade como a imposição de regime prisional mais gravoso fundamentadas, exclusivamente, na gravidade em abstrato ou na hipotética comoção social do delito.

3.1. Imposição de regime mais severo de cumprimento de pena e as fundamentações abstratas

Apesar de ser possível a imposição de regime de cumprimento mais severo do que aquele indicado legalmente pelo *quantum* da pena aplicada, a jurisprudência do STF e do STJ é uníssona no sentido de se exigir motivação idônea para a aplicação do agravamento. Nesse sentido, encontram-se as súmulas abaixo:

Súmula 718 – STF. A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

Súmula 719 – STF. A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Súmula 440 – STJ. Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Observe-se que, em sede de julgamento de *habeas corpus* de relatoria do MINISTRO TEORI ZAVASCKI (HC 117.813/SP), a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal manifestou entendimento de que a invocação abstrata das causas de aumento de pena não pode ser considerada, por si só, como fundamento apto e suficiente para agravar o regime prisional, nos seguintes termos.

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. PACIENTE CONDENADO À PENA INFERIOR A OITO ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE ESTABELECIDA NO MÍNIMO LEGAL. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO COM BASE NA INVOCAÇÃO ABSTRATA DAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA DOS INCISOS I, II E III DO § 2º DO ART. 157 DO CP. INVIABILIDADE. SÚMULA 718/STF. ORDEM CONDEDIDA.

1. A fixação da pena-base (art. 59) no mínimo legal, porque favoráveis todas as circunstâncias judiciais, e a imposição do regime mais gravoso do que aquele abstratamente imposto no art. 33 do Código Penal revela inequívoca situação de descompasso com a legislação penal. A invocação abstrata das causas de aumento de pena não podem ser consideradas, por si sós, como fundamento apto e suficiente para agravar o regime prisional, por não se qualificarem como circunstâncias judiciais do art. 59. Inteligência do enunciado 718 da Súmula do STF. Precedentes.

2. Ordem concedida para que o juízo competente aplique ao paciente o regime semiaberto de cumprimento de pena. (grifos nossos)

No mesmo sentido a decisão da Segunda Turma do STF no julgamento do HC 123.432/SP, de relatoria do MINISTRO GILMAR MENDES.

Observe-se que a gravidade abstrata do delito ou a eventual hediondez do crime não são fundamentações idôneas para a imposição de um regime prisional mais gravoso, à margem dos critérios objetivos estabelecidos pelo art. 33, §2º, do Código Penal.

Finalmente, no julgamento do HC 83.605/SP, de relatoria da MINISTRA ELLEN GRACIE, a Segunda Turma, no ano de 2004, refutou a higidez de argumento relacionado à

grande comoção social, de forma abstrata, para fundamentar regime mais gravoso do que aquele definido pelo art. 33, §2º, do Código Penal, nos termos transcritos a seguir:

HABEAS CORPUS. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. SÚMULA N 718 DO STF. SÚMULA 719 DO STF.

Fixada a pena em seu mínimo legal, inferior a 8 (oito) anos, não sendo caso de reincidência, e reconhecidos, tanto pela sentença como pelo acórdão do Tribunal estadual, os bons antecedentes e a primariedade do réu, não há falar em adoção do regime inicial fechado para o cumprimento da pena sob o argumento de que a referida modalidade de crime vem causando grande comoção social, restando, assim, evidente a ofensa no art. 33, §2º, "b" e §3 c/c art. 59 do Código Penal. Incidência das Súmulas 718 e 719 do STF.

Como se verifica, para a imposição de um regime mais gravoso do que aquele definido pela regra estabelecida pelo art. 33 do Código Penal, faz-se necessária a fundamentação com os fatos inerentes ao caso em concreto. Nesse sentido, conforme a jurisprudência acima citada, a invocação abstrata de causas de aumento de pena não pode ser considerada, por si só, como fundamento apto e suficiente para agravar o regime prisional (HC 117.813/SP, relatoria MINISTRO TEORI ZAVASKI).

3.2. Medidas alternativas, prisão preventiva e princípio da proporcionalidade

Recentemente, com a promulgação da Lei 13.964/2019 a subsidiariedade da cautelar de prisão preventiva ficou patente. Manifestou-se o legislador pela garantia processual de que a prisão preventiva somente seria determinada quando da impossibilidade de sua substituição por outra medida cautelar diversa da prisão, destacando, ainda, a necessidade de fundamentação idônea afastar o cabimento de medidas alternativas à prisão, nos termos do art. 282, §6º, que tomamos a liberdade de transcrever:

Art. 282. §6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada. (grifos nossos)

Como se observa, o art. 282, §6º, do Código de Processo Penal, destacou que a prisão preventiva somente poderá ser determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar. Ressalta-se que o não cabimento da substituição da pena privativa de liberdade por outra medida cautelar deverá ser justificada de forma fundamentada, considerando-se sempre os elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.

Conforme abordado anteriormente, é importante lembrar que tanto as penas aplicáveis quanto o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade ou a sua substituição por outra espécie de pena deve ser justificada pelo juiz, considerando-se a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime, bem como o comportamento da vítima, nos termos do art. 59 do CP.

Neste momento, cumpre trazer ao conhecimento a lição do doutrinador Gustavo Henrique Badaró (BADARÓ, 2020, p. 1185) sobre a necessidade de justificação, por parte do juiz, da inaplicabilidade ou da inadequação da adoção de medidas alternativas em substituição ao decreto de prisão preventiva:

Ao mais, tendo em vista que, de um lado, a existência de um rol de medidas cautelares alternativas à prisão (CPP, arts 319 e 320) e, de outro, o caráter excepcional da prisão preventiva, que somente será adequada “*quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar*” (CPP, art. 282, §6º), **deverá o juiz justificar porque nenhuma das medidas alternativas a prisão é no caso concreto adequada para a necessidade cautelar** que se apresenta. Tal exigência foi reforçada pela nova redação do referido §6º, ao qual a lei 13.964 de 2019 acrescentou que “o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto de forma individualizada ponto”. (grifos originais)

No tocante à decretação de prisão preventiva, o Código de Processo Penal é de uma claridade notória ao estabelecer que a prisão preventiva somente poderá ser decretada para a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, e somente na hipótese da existência do crime e indício suficiente de autoria, além do perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado (CP, art. 312, *caput*).

Adianta-se que a jurisprudência dos tribunais superiores caminha firme com a necessidade de se definir os contornos fáticos e jurídicos que alicerçam a imposição da prisão preventiva. Nesse sentido, a jurisprudência do STF ressalta alguns pilares para a decretação da prisão preventiva, a saber: i) excepcionalidade da medida; ii) justificada por elementos idôneos e concretos; e iii) sendo vedada a adoção de conjecturas e suposições.

Destaca-se a existência de extensa base de precedentes nesse sentido, cuja transcrição teria apenas a infeliz consequência de tornar deveras extensa e tediosa a argumentação. Assim, em honra à objetividade, convém evidenciar um precedente relevante e contemporâneo que bem sintetiza a compreensão vigente no Supremo Tribunal Federal, nomeadamente, o

juízo do HC 127.186, relativo à prisão preventiva imposta no âmbito da Operação Lava-Jato.

No bojo do voto do saudoso MINISTRO TEORI ZAVASCKI, relator do HC 127.186/PR, encontram-se, de forma didática e elucidativa, as premissas necessárias para a imposição da cautelar de prisão preventiva, conforme se observa no fragmento do voto transcrito a seguir:

Algumas premissas são fundamentais para um juízo seguro a respeito das questões suscitadas no presente pedido de *habeas corpus*. A **primeira delas** é a de que, conforme reconhecido expressamente pela decisão que decretou a prisão preventiva, essa medida cautelar é a mais grave no processo penal, que desafia o direito fundamental da presunção de inocência, **razão pela qual somente “deve ser decretada quando absolutamente necessária. Ela é uma exceção à regra da liberdade”** (HC 80282, Relator(a): Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ de 02-02-2001). Ou seja, a medida somente se legitima em situações em que ela for o **único meio eficiente para preservar os valores jurídicos que a lei penal visa a proteger**, segundo o art. 312 do Código de Processo Penal. Fora dessas hipóteses excepcionais, a prisão preventiva representa simplesmente uma antecipação da pena, o que tem merecido censura pela jurisprudência desta Suprema Corte, sobretudo porque antecipa a pena para acusado que sequer exerceu o seu direito constitucional de se defender (HC 122072, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 26/09/2014; HC 105556 Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 29/08/2013).

A **segunda premissa** importante é a de que, a teor do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva pressupõe, sim, prova da existência do crime (materialidade) e indício suficiente de autoria; **todavia, por mais grave que seja o ilícito apurado e por mais robusta que seja a prova de autoria, esses pressupostos, por si sós, são insuficientes para justificar o encarceramento preventivo**. A eles deverá vir agregado, necessariamente, pelo menos mais um dos seguintes fundamentos, indicativos da razão determinante da medida cautelar: (a) a garantia da ordem pública, (b) a garantia da ordem econômica, (c) a conveniência da instrução criminal ou (d) a segurança da aplicação da lei penal. O devido processo penal, convém realçar, obedece a fórmulas que propiciam tempos próprios para cada decisão. O da prisão preventiva não é o momento de formular juízos condenatórios. Decretar ou não decretar a prisão preventiva não deve antecipar juízo de culpa ou de inocência, nem, portanto, pode ser visto nem como antecipação da reprimenda nem como gesto de impunidade. Juízo a tal respeito será formulado em outro momento, o da sentença final, após oportunizar aos acusados o direito ao contraditório e à ampla defesa. É a sentença final, portanto, e não a decisão da preventiva, o momento adequado para se for o caso sopesar a gravidade do delito e aplicar as penas correspondentes.

Mas há ainda uma **terceira premissa**: em qualquer dessas situações, além da demonstração concreta e objetiva das circunstâncias de fato indicativas de estar em risco a preservação dos valores jurídicos protegidos pelo art. 312 do Código de Processo Penal, **é indispensável ficar evidenciado que o encarceramento do acusado é o único modo eficaz para afastar esse risco**. Dito de outro modo: **cumprir demonstrar que nenhuma das medidas alternativas indicadas no art. 319 da lei processual penal tem aptidão para, no caso concreto, atender eficazmente aos mesmos fins**. É o que estabelece, de modo expresso, o art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal: **“a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”**. (grifos nossos)

Tendo em vista a gravidade da medida, repisa-se que, sob a lente das premissas destacadas no voto do MINISTRO TEORI ZAVASCKI, qualquer decisão cautelar que decretar a prisão preventiva deve demonstrar o concreto e efetivo prejuízo à garantia da ordem pública, da ordem econômica, à conveniência da instrução criminal ou à segurança da aplicação da lei penal. Ademais, em decorrência do princípio da proporcionalidade, na espécie vedação ao excesso, é indispensável que o juiz, ou autoridade coatora, evidencie que nenhuma outra medida alternativa pode ser aplicada no caso concreto, em sintonia com o supracitado §6º, do art. 282 do Código de Processo Penal.

3.3. Conclusão parcial

Em resumo, considerando-se a jurisprudência das cortes superiores do país, a figura do privilégio no tráfico de drogas não se coaduna com a natureza hedionda do crime em sua forma ordinária. Disso decorrem consequências mais benéficas para os acusados, quando esses indivíduos forem primários, apresentarem bons antecedentes, não se dedicarem a atividades criminosas, tampouco integrarem organização criminosa.

A imposição de prisão preventiva, bem como de regime mais severo de cumprimento de pena, demanda uma fundamentação idônea, sendo ilegal a fundamentação abstrata, baseada em meros receios ou em expressões de baixa densidade semântica, como é o caso de *clamor social*. Nessa linha, para os casos de tráfico privilegiado, não se deveriam impedir a aplicação de fiança, sursis, graça, indulto ou anistia.

Além disso, a decretação de prisão preventiva deve estar lastreada na fundamentação idônea, baseada nas peculiaridades do caso em concreto, demonstrando-se o efetivo prejuízo à garantia da ordem pública, da ordem econômica, à conveniência da instrução criminal ou à

segurança da aplicação da lei penal, evidenciando a inadequação da aplicação de medidas alternativas à prisão.

4. A REALIDADE DO CRIME DE TRÁFICO PRIVILEGIADO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Considerando-se a moldura jurídico-jurisprudencial desenvolvida até o momento, analisaremos em que medida o Tribunal de Justiça de São Paulo cumpre a jurisprudência dos Tribunais de Vértice do Poder Judiciário, em relação aos crimes de tráfico privilegiado de drogas.

Para tanto, inicialmente, traremos uma breve reflexão sobre o peso dos precedentes no processo penal e, em seguida, apresentaremos algumas conclusões do estudo desenvolvido pelo INSTITUTO CONECTAS (CONNECTAS, 2019), denominado “**Prisão a qualquer custo**”, com intuito de compreender a linha decisória do TJSP aos crimes relacionados ao tráfico privilegiado, notadamente ao que toca às fundamentações para a prisão preventiva, incluindo a sua não hediondez, bem como em relação à análise de medidas alternativas em substituição à prisão provisória.

4.1. Precedentes judiciais no processo penal

Importante destacar, nesse ponto, que a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça no recente julgado do HC 596.603/SP, de relatoria do MINISTRO ROGÉRIO SCHIETII, comunicou o entendimento de que os julgados dos Tribunais Superiores, por força do art. 927, III e V do Código de Processo Civil, e “*em razão da norma de abertura positivada no art. 3º do CPP, devem ser observados por juízes e tribunais do país, em nome da segurança jurídica, da estabilidade das decisões do Poder Judiciário, da coerência sistêmica e da igualdade de tratamento dos jurisdicionados, que não podem ficar à mercê de interpretações divergentes, sobre questões de cunho eminentemente jurídico*”.

DANYELLE DA SILVA GALVÃO (GALVÃO, 2019, p. 25), em manifestação defendida em tese de doutorado em processo penal da Universidade de São Paulo (USP), afirma que a observância dos precedentes no processo penal é causa para uma atuação judicial pautada pela busca da uniformização das decisões judiciais em diferentes níveis jurisdicionais, culminando em um tratamento mais igualitário do Estado para com os seus subordinados.

De nossa parte, entendemos que a observância dos precedentes no processo judicial, além de introduzir maior segurança jurídica nas relações litigiosas, contribui para racionalizar o processo penal, além de trazer maior eficiência e celeridade ao processo. Não bastasse, o respeito dos órgãos julgadores inferiores às decisões proferidas pelos tribunais de cúpula do país, tende a permitir uma maior igualdade entre os sujeitos passivos da ação penal, uma vez que indivíduos que não teriam condição de chegar com suas demandas às cortes superiores poderiam ser beneficiados por decisões emanadas em outros processos.

4.2. Conclusões do estudo “Prisão a qualquer custo” do Instituto Conectas

De acordo com o estudo *Prisão a qualquer custo* (CONNECTAS, 2019, p. 3), o STF, no julgamento do HC 118.533/MS, firmou entendimento de que o tráfico de entorpecentes privilegiado não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no *caput* do §1º do art. 33 da Lei de Tóxicos. Como consequência – no mesmo racional desenvolvido ao longo do presente trabalho –, o Instituto Conectas afirma que tal posicionamento “reforça a excepcionalidade da prisão provisória, permite uma progressão de regime de cumprimento de pena minimamente razoável e, inclusive, que pessoas nessa situação sejam beneficiadas pelo indulto presidencial” (CONNECTAS, 2019, p. 3).

Todavia, o estudo destaca (CONNECTAS, 2019, p. 26) que, na prática dos tribunais, a amostra analisada indica que o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 118.533/MS, tem sido amplamente relaxado.

Na análise de processos criminais de acusados por tráfico de drogas, muitos magistrados de primeiro e segundo grau têm negligenciado os requisitos necessários para enquadrar os réus por tráfico privilegiado: ser primário, com bons antecedentes, sem qualquer vínculo com grupos criminosos. Tais requisitos poderiam implicar na diminuição da pena e em regimes de cumprimento de sentença diversos à prisão – em resumo, alternativas ao falido sistema prisional brasileiro.

Ainda segundo o referido estudo (CONNECTAS, 2019, p. 26), tanto o Ministério Público como o Judiciário Estadual impõem resistência deliberada em aplicar as decisões do Supremo Tribunal Federal, utilizando-se de fundamentações abstratas que não entram no mérito e nas peculiaridades fáticas do caso concreto, para impor regime de cumprimento de pena mais gravoso, impedir a progressão de regime ou decretar prisão preventiva.

Diversas foram as recomendações do estudo para vários órgãos que integram o sistema de justiça. Para o Ministério Público, o estudo recomendou que o órgão acusatório deveria

solicitar medidas alternativas à prisão para indivíduos acusados por tráfico privilegiado, já na audiência de custódia (CONNECTAS, 2019, p. 27).

Para os Magistrados, o estudo recomendou que sejam deferidas as medidas alternativas à prisão e que os pedidos de liberdade provisória sejam concedidos “para indivíduos que preencham os requisitos do art. 33, §4”, da Lei de Drogas. Além disso, aponta que seria necessária a aplicação de “regimes menos graves aos condenados, observando-se a não hediondez do tráfico privilegiado” (CONNECTAS, 2019, p. 27).

Ainda recomendou à Defensoria Pública a necessidade de “efetuar pedidos de liberdade provisória e *habeas corpus* para aqueles acusados por tráfico que se enquadram nas características de tráfico privilegiado”, de forma a obrigar o Poder Judiciário a cumprir a lei e a jurisprudência das cortes superiores, garantindo o direito à liberdade, o acesso à justiça e o princípio da igualdade.

4.3. A inobservância da jurisprudência dos tribunais superiores pelo TJSP

No início desse trabalho, apresentamos que o índice (presos por tráfico de drogas / total de presos) de indivíduos em situação de constrangimento de liberdade por tráfico de drogas no estado de São Paulo é cerca de 39,2% (trinta e nove e dois décimos) por cento, fato que aponta para uma maior seletividade secundária do estado mais abastado do país em relação ao tráfico de drogas.

Segundo Nilo Batista e Raúl Zaffaroni (BATISTA e ZAFFARONI, 2017, p. 43), “a criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre uma pessoa que se supõe tenha praticado certo ato criminalizado primariamente, investigam-na, em alguns casos privam-na de sua liberdade de ir e vir, submetem-na à agência judicial, que legitima tais iniciativas e admite um processo”.

De acordo com os referidos doutrinadores (BATISTA e ZAFFARONI, 2017, p. 46), a seleção secundária é erguida sobre dois pilares. No primeiro, busca selecionar atos de mais fácil identificação. Para os autores, esses atos são classificados como fatos grosseiros: uma “obra tosca da criminalidade”. No segundo pilar, a criminalização secundária busca selecionar pessoas de maior vulnerabilidade, que não tenham condições de se defender contra as acusações do sistema de justiça, “por sua incapacidade de acesso [...] ao poder político e econômico ou à comunicação massiva”.

Nota-se, pois, que a criminalização secundária, em sua essência, além de violar o princípio da isonomia, também é fruto de um estereótipo criado com o objetivo de fixar uma “imagem pública do delinquente com componentes de classe social, étnicos, etários, de gênero e estéticos” (BATISTA e ZAFFARONI, 2017, p. 46). Como o estereótipo de delinquente criado é o principal critério de seleção secundária, não é difícil concluir o porquê de a população carcerária apresentar características físicas e sociais semelhantes.

Nesse ponto, cumpre direcionar luz ao voto do MINISTRO ROGÉRIO SCHIETTI, relator do HC 596.603/SP, quando afirma que:

Há anos são perceptíveis, em um segmento da jurisdição criminal, os reflexos de uma postura judicial que, sob o afirmado escudo da garantia da independência e da liberdade de julgar, reproduz **política estatal** que se poderia, não sem exagero, qualificar como **desumana, desigual, seletiva e preconceituosa**. Tal orientação, que se forjou ao longo das últimas décadas, parte da premissa equivocada de que não há outro caminho, para o autor de qualquer das modalidades do crime de tráfico – nomeadamente daquele considerado pelo legislador como de menor gravidade –, que não o seu encarceramento. [HC 596.603/SP – 8/9/2020 – RELATOR MIN. ROGÉRIO SCHIETTI]

Em decorrência do julgamento do referido *habeas corpus*, o STJ apontou a necessidade de a decisão ter caráter coletivo “diante do que chamaram de insistência do Tribunal de Justiça de São Paulo em desrespeitar a jurisprudência das cortes superiores” (POMPEU e FREITAS, 2020), no tocante ao tráfico privilegiado de drogas.

Destaca-se que o estudo *Prisão a qualquer custo* (CONNECTAS, 2019) aponta diversos descompassos entre as decisões do TJSP e a jurisprudência dos tribunais superiores, no tocante ao tráfico privilegiado de drogas. Tais diferenças podem ser classificadas em quatro dimensões: i) hediondez do crime de tráfico privilegiado; ii) prisão preventiva determinada sem a análise da necessidade e da adequação da medida e ignorando a possibilidade de aplicação de medidas alternativas à prisão; iii) fundamentação abstrata para decretação da prisão preventiva; e iv) fundamentação abstrata para o agravamento do regime inicial de cumprimento de pena.

Cita-se, a título de exemplo, decisão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em sede de Agravo Regimental no *Habeas Corpus* (AgRg no HC 515.775/SP), de relatoria do MINISTRO NEFI CORDEIRO, que considerou injustificada a imposição de regime inicialmente fechado a paciente primária, condenada à pena de 1 ano e 8 meses, em razão da inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, da seguinte forma ementada:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME MAIS GRAVOSO.

FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PACIENTE PRIMÁRIA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. WRIT CONCEDIDO PARA FIXAR O REGIME INICIAL ABERTO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, pois está em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior.

2. **Não se justifica a imposição de regime inicial fechado a paciente primária, condenada à pena reclusiva de 1 ano e 8 meses, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, em razão da inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, fazendo jus a paciente ao regime aberto, em atenção ao disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c 59, ambos do Código Penal, mesmo que tenha sido apreendida uma grande diversidade de drogas, a quantidade de 21,8g de maconha, 2,3g de crack e 34,8g de cocaína não se mostra relevante.**

3. Agravo regimental improvido. (grifos nossos)

Em outra oportunidade, a Quinta Turma do STJ, no julgamento do HC 482.223/SP, de relatoria do MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA, reviu o regime inicial de cumprimento de pena, reformando a decisão do tribunal *a quo* em face de referências genéricas acerca da gravidade do delito, conforme se pode notar pelo enxerto abaixo:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REFERÊNCIAS GENÉRICAS ACERCA DA GRAVIDADE DO DELITO. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA DE ENTORPECENTES. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. PACIENTE PRIMÁRIO, COM ANÁLISE FAVORÁVEL DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS E CONDENADO A PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...] 4. Hipótese em que o regime prisional foi recrudescido e a substituição da pena foi negada com base em referências genéricas acerca da gravidade do delito, além da quantidade dos entorpecentes apreendidos, que não é expressiva na hipótese dos autos (9,1g de cocaína e 33,3g de maconha).

5. **O quantum da condenação (1 ano e 8 meses de reclusão), a primariedade e a análise favorável das circunstâncias judiciais permitem ao paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto e ter sua pena substituída por medidas restritivas de direitos, a teor do disposto nos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44, ambos do Código Penal.**

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, confirmando a liminar anteriormente deferida, bem como substituir a pena privativa de liberdade por medidas

restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais. (grifos nossos)

Como se observa, nesse caso (HC 482.223/SP) o tribunal *a quo* impôs ao paciente o cumprimento inicial da pena em regime fechado, a paciente condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei de Drogas, incidente a minorante constante do §4 do mesmo artigo.

Apesar do reconhecimento, pelo juízo de primeiro grau, da possibilidade de enquadramento do crime no tráfico privilegiado – dada a primariedade, a não reincidência e a pouca quantidade de drogas apreendidas –, o magistrado sentenciante fixou o regime inicial fechado para cumprimento de pena, nos termos a seguir expostos:

O regime de cumprimento da pena é o fechado, **dada a diversidade de drogas e diante da gravidade da conduta a ensejar uma maior reprimenda, e ainda, porque se assim não fosse estabelecido gerar-se-ia a certeza de impunidade. Pelos mesmos motivos, não reúne requisitos subjetivos para a aplicação da substituição de que trata o artigo 44, do Código Penal.** Não poderá recorrer em liberdade, **porque presentes os requisitos da prisão preventiva**, em especial, garantia da aplicação da lei penal, ainda que provisoriamente. (Voto do MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA no HC 482.223/SP) (grifos nossos)

Nota-se que a utilização de fundamentação abstrata e vinculada à gravidade em tese do delito, segundo firme jurisprudência dos tribunais de vértice do país, não é fundamentação idônea para impor o agravamento do regime de cumprimento de pena, conforme amplamente discorrido no âmbito do presente trabalho.

Por seu turno, o Tribunal *a quo*, em sede de apreciação do recurso de apelação interposto pela defesa, manteve o regime inicialmente fechado e negou a substituição da pena, fundamentando sua decisão nos seguintes termos:

O regime inicial deve ser o fechado, **ante a hediondez do delito por equiparação, a gravidade e nocividade concreta da conduta e também evidenciada pela quantidade da droga apreendida,** com fundamento no §3º do artigo 33 do Código Penal, e entendo inviável substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. (grifos nossos)

Não obstante à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (HC 118.533/MS) ser firme no sentido de que o tráfico de entorpecentes privilegiado não se harmonizar com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no *caput* do §1º do art. 33 da Lei de Drogas, o argumento do Tribunal Paulista no julgamento da referida apelação foi no sentido de considerá-lo hediondo, impedindo, desta feita, a alteração do regime inicial de cumprimento de pena.

Nesse sentido, considerando-se a primariedade do paciente, cuja pena não excedeu 4 (quatro) anos de reclusão e com circunstâncias judiciais favoráveis, inclusive a pouca quantidade de droga apreendida, o STJ entendeu que o paciente faria jus ao regime inicial aberto e à substituição da pena.

Diante de inúmeros casos dessa natureza, o STJ ao acatar o pedido de *habeas corpus* coletivo impetrado pela Defensoria Pública de São Paulo, garante uniformidade e segurança jurídica na aplicação da Lei de Drogas, atua de forma eficiente e com economia processual e assegura o acesso à justiça a centenas de indivíduos em situação de constrangimento de liberdade por tráfico privilegiado de drogas, ao mesmo tempo em que garante maior isonomia entre esse grupo de indivíduos.

5. HABEAS CORPUS COLETIVO COMO INSTRUMENTO DE IGUALDADE E ACESSO À JUSTIÇA

Diante de reiteradas decisões prolatadas pelo TJSP, na contramão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo impetrou um *habeas corpus* coletivo, pedindo a revisão do regime inicial de cumprimento de pena para todos os condenados por tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, §4º, da Lei de Drogas, com o objetivo de dar efetividade ao que as normas e os tribunais superiores garantem aos cidadãos.

No mérito, os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, acordaram em conceder o *habeas corpus*, nos termos do voto do relator MINISTRO ROGÉRIO SCHIETTI, determinando: i) a fixação do regime aberto aos condenados por tráfico privilegiado, a 1 ano e 8 meses, inicialmente fixado em regime fechado; ii) reavaliação do regime de cumprimento de pena, para verificar a possibilidade de progressão, dos presos condenados por tráfico privilegiado a penas menores do que 4 (quatro) anos de reclusão; iii) que não se imponha o regime inicial fechado de cumprimento de pena a nenhum indivíduo que vier a ser condenado por tráfico privilegiado, quando todas as circunstâncias foram reconhecidamente favoráveis ao acusado.

Em seu voto, o MINISTRO ROGÉRIO SCHIETTI destaca a coerência das decisões do Poder Judiciário como um dos vetores de seu voto. Ademais, ressalta que a análise coletiva do pedido favorece a igualdade de tratamento dos jurisdicionados, uma vez que elimina interpretações divergentes, sobre questões eminentemente jurídicas.

A utilização do *habeas corpus* coletivo é recente na realidade forense nacional. De acordo com o magistério do MINISTRO GILMAR MENDES (MENDES e BRANCO, 2017, p. 431), “o *habeas corpus* destina-se a **proteger o indivíduo** contra qualquer medida restritiva do Poder Pública à sua liberdade de ir, vir e permanecer”.

Gustavo Henrique Badaró, aparentemente, já apresenta uma visão mais alargada sobre o conceito de paciente. Para o douto doutrinador, “o paciente tem de ser uma pessoa [...] cuja liberdade de locomoção esteja violada ou ameaçada”. Continua lecionando que “[t]ambém deve ser tratar de **pessoa ou pessoas individualizadas**, não se admitindo a medida em favor de pessoas indeterminadas” (BADARÓ, 2020, pp. 1087-1088). Nota-se por este posicionamento que, caso os potenciais beneficiários por um *habeas corpus*, sejam indivíduos determinados por características fático-jurídicas, pelo menos em tese, teríamos a possibilidade de implementação da medida.

A Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ – Universidade do Estado do Rio de Janeiro – foi instada a se manifestar, por meio de consulta realizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, sobre o cabimento do *habeas corpus* coletivo na ordem constitucional brasileira (SARMENTO et al, 2015).

Na referida consulta, Daniel Sarmiento aponta diversos benefícios decorrentes da tutela coletiva de direitos: i) redução do congestionamento de processos no Poder Judiciário; ii) maior eficiência e economia de tempo e recursos para a prestação jurisdicional; iii) maior isonomia no tratamento entre os jurisdicionados; iv) promoção de efetivo acesso à justiça, nomeadamente em relação aos mais necessitados (SARMENTO et al, 2015, pp. 5-6).

No tocante à maior isonomia no tratamento de interesses similares pertencentes a diferentes indivíduos, o doutrinador destaca que a “disparidade entre as respostas penais diante de situações similares se reveste de maior gravidade, contribuindo para o descrédito do sistema de justiça” (SARMENTO et al, 2015, p. 7).

Ademais, defende o racional de que “se a ofensa à liberdade for individual, a impetração do *habeas corpus* individual será suficiente” (SARMENTO et al, 2015, p. 21). Todavia, na presença de um ato ou evento danoso que afete o direito subjetivo de liberdade de muitos indivíduos, dando origem a idênticas violações de direito, a impetração de *habeas corpus* coletivo é a via processual mais eficiente.

Desta forma, pode-se afirmar que além de atuar como um instrumento de igualdade e acesso à justiça, o *habeas corpus* coletivo proporciona maior eficiência ao processo penal, nos casos de lesões a direitos de um conjunto determinável de indivíduos.

CONCLUSÃO

A evolução do número de indivíduos em situação de constrangimento de liberdade por tráfico de drogas apresenta um crescimento exponencial nos últimos anos. Aparentemente, as condições agravadas para obtenção da liberdade condicional e para a progressão de regime, decorrente da hediondez do crime de tráfico de drogas, contribui para o aumento do índice de presos por esse delito, quando comparado à evolução do número total de detentos nas cadeias brasileiras.

Todavia, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é uníssona ao afirmar que o crime de tráfico privilegiado de entorpecentes – quando o agente for primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas, tampouco integrar organização criminosa – não se coaduna com a hediondez do crime de tráfico de drogas em sua vertente ordinária.

Nesse sentido, as consequências decorrentes da equiparação do delito de tráfico privilegiado de entorpecentes aos crimes hediondos, notadamente quanto à impossibilidade de fiança e *sursis*, graça, indulto e anistia, não devem ser aplicadas.

Apesar da firme jurisprudência dos tribunais superiores no tocante à necessária fundamentação para decretação de prisão preventiva e para a imposição de regime de cumprimento de pena mais gravoso do que o estabelecido abstratamente pelo art. 33, §2º, do Código Penal, o TJSP, em inúmeras decisões, utiliza-se de fundamentações abstratas para a imposição de regime mais gravoso de cumprimento de pena para os delitos de tráfico privilegiado de drogas.

Além disso, o TJSP em diversos julgados se utiliza da argumentação de que o tráfico privilegiado seria um delito equiparável aos crimes hediondos, razão pela qual impõe, na contramão da jurisprudência das Cortes de Vértice, o regime inicial fechado para cumprimento de pena, desconsiderando a possibilidade de regime inicial aberto para o cumprimento de pena e de aplicação de medidas alternativas à prisão para penas inferiores a 4 (quatro) anos de reclusão.

Diante das decisões reiteradas do TJSP, o STJ, por unanimidade, em sede de julgamento do HC 596.603/SP, determinou as seguintes medidas: i) a fixação do regime aberto aos condenador por tráfico privilegiado, a 1 ano e 8 meses, inicialmente fixado em regime fechado; ii) reavaliação do regime de cumprimento de pena, para verificar a possibilidade de progressão, dos presos condenados por tráfico privilegiado a penas menores do que 4 (quatro) anos de

reclusão; iii) que não se imponha o regime inicial fechado de cumprimento de pena a nenhum indivíduo que vier a ser condenado por tráfico privilegiado, quando todas as circunstâncias foram reconhecidamente favoráveis ao acusado.

Pode-se afirmar que a referida decisão, em sede de *habeas corpus* coletivo, fez uso de um instrumento processual constitucional (*habeas corpus*) de maneira moderna e eficiente, endereçando a coação ilegal da liberdade de centenas de indivíduos presos por tráfico privilegiado de drogas. Além da nítida eficiência da decisão, o julgamento do referido HC proporciona uma maior isonomia entre os pacientes, uma maior segurança jurídica no desfecho de afrontas similares a direitos subjetivos, bem como um alargado acesso à justiça aos beneficiados pela decisão.

REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal – 8ª edição revista, atualizada e ampliada**. Editora Thomson Reuters – Revista dos Tribunais. 2020.
- BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em 30 de outubro de 2020.
- _____. Presidência da República. **Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acessado em 30 de outubro de 2020.
- _____. Presidência da República. **Código de Processo Penal – Decreto-Lei 3.689/1941**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acessado em 30 de outubro de 2020.
- _____. Presidência da República. **Código Penal – Decreto-Lei 2.848/1940**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acessado em 30 de outubro de 2020.
- _____. Presidência da República. **Lei Anticrime – Lei 13.964/2019**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acessado em 30 de outubro de 2020.
- _____. Presidência da República. **Lei de Crimes Hediondos – Lei 8.072/1990**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acessado em 31 de outubro de 2020.
- _____. Presidência da República. **Lei de Drogas – Lei 11.343/2006**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acessado em 30 de outubro de 2020.
- _____. Presidência da República. **Lei de Execução Penal – Lei 7.210/1984**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acessado em 30 de outubro de 2020.

- CÂMARA. Câmara dos Deputados. **Exposição de Motivos da Lei 8.072 de 25 de julho de 1990**. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/>>. Acessado em 31 de outubro de 2020.
- CONECTAS, Instituto. **Prisão a qualquer custo**. 2019. Disponível em <<https://www.conectas.org/publicacoes/download/prisao-a-qualquer-custo-sumario-executivo>>. Acessado em 2 de novembro de 2020.
- DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Disponível em <<https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>>. Acessado em 30 de outubro de 2020.
- DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, 2015. Disponível em <https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2015_dezembro.pdf>. Acessado em 30 de outubro de 2020.
- DPRJ. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. **Pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do Rio de Janeiro**. Disponível em <<http://www.defensoria.rj.def.br/>>. Acessado em 30 de outubro de 2020.
- DRUG POLICY. **A brief history of the drug war**. Disponível em <<https://www.drugpolicy.org/issues/brief-history-drug-war>>. Acessado em 30 de outubro de 2020.
- GALVÃO, Danyelle da Silva. **Precedentes Judiciais no Processo Penal**. 2019. Disponível em <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-13082020-232848/publico/6759007_Tese_Parcial.pdf>. Acessado em 2 de novembro de 2020.
- GARCIA, Maria Lúcia Teixeira. LEAL, Fabíola Xavier. ABREU, Cassiane Cominoti. **A política antidrogas brasileira: velhos dilemas**. Universidade Federal do Espírito Santo. Psicologia e Sociedade. pp. 267-276, 2008. Disponível em <<https://www.scielo.br/pdf/psoc/v20n2/a14v20n2.pdf>>. Acessado em 30 de outubro de 2020.
- MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª edição. Editora Saraiva. 2017
- POMPEU, Ana. FREITAS, Hyndara. **STJ concede habeas corpus coletivo para presos em SP por tráfico privilegiado**. Disponível em <<https://www.jota.info/justica/stj-habeas-corpus-coletivo-08092020>>. Acessado em 3 de novembro de 2020.
- RODRIGUES, Maria Rita. **O instituto dos crimes hediondos e seu desenvolvimento na legislação brasileira**. Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP. Argumenta – UENP. Jacarezinho. N 21. pp. 167 – 181. 2014. Disponível em <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/438>>. Acessado em 31 de outubro de 2020.
- SARMENTO, Daniel. BORGES, Ademar. GOMES, Camilla. **O cabimento do habeas corpus coletivo na ordem constitucional brasileira**. Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Disponível em <<http://uerjdireitos.com.br/>>. Acessado em 30 de outubro de 2020.
- SENADO FEDERAL. **História do combate às drogas no Brasil**. Disponível em <<https://www.senado.gov.br/historia-do-combate-as-drogas-no-brasil.aspx>>. Acessado em 30 de outubro de 2020.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 440 – estabelecimento de regime prisional mais gravoso com base apenas na gravidade em abstrato do delito**. Disponível em <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acessado em 30 de outubro de 2020.

STF. Supremo Tribunal Federal. **HC 117.813/SP - Gravidade em abstrato e necessidade de motivação idônea**. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/docID/5362069>>. Acessado em 30 de outubro de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 123.432/SP - Gravidade em abstrato e necessidade de motivação idônea**. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/docID/6955527>>. Acessado em 30 de outubro de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AgReg no HC 145.000/SP - A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea**. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/docID/14659486>>. Acessado em 30 de outubro de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 94.468/SP - Alusão à gravidade do delito e comoção social: não configuração de fundamentação idônea**. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/docID/584812>>. Acessado em 30 de outubro de 2020.

CONTRATOS DE AFORAMENTO: ATUALIZAÇÃO, JURISPRUDÊNCIA E ALTERNATIVAS¹

LEASE CONTRACTS : ATUALIZATION, JURISPRUDENCE AND ALTERNATIVES

Waldek Ferreira de Alcântara²

Resumo: Este trabalho analisa histórico-sistematicamente a legislação e jurisprudência dos séculos XIX e XX, visando contribuir com a discussão acerca da atualização dos contratos de aforamento firmados no início do século passado. Para tanto, analisou-se a legislação e o ambiente socioeconômico do século XIX, constatando-se que o termo invariável foi incluído por Bevilacqua para desvincular a taxa de foro da renda obtida pelo foreiro a partir da terra aforada, havendo soluções na legislação que a fixavam entre 2,25% e 2,5% do valor da terra. A análise histórica da jurisprudência demonstrou que o STF já reconheceu o prejuízo do senhorio em função da inflação e do aumento do valor da propriedade. O entendimento, em seguida, passou a ser da fixação nominal da pensão anual, reformando este entendimento na década de 90, quando a correção monetária restou pacificada nos tribunais superiores. Ainda, assim, não há resposta para a atualização dos contratos firmados nas quatro décadas anteriores ao surgimento do primeiro índice oficial de inflação brasileiro, o IGP. Conclui-se, sugerindo ações de estímulo ao resgate, através da extensão a todos os aforamentos da regra do DL 9.760/46 ou a alternativa utilizada por Portugal, parcelando em taxas anuais e perpétuas o laudêmio.

Palavras-chave: Aforamento. Enfiteuse. Laudêmio.

Abstract: This paper analyzes historically and systematically the legislation and jurisprudence of the nineteenth and twentieth centuries, aiming to contribute to the discussion about the updating of the emphyteusis' contracts signed at the beginning of the last century. Therefore, the legislation and the socioeconomic environment of the nineteenth century were analyzed, noting that the term invariable was included by Bevilacqua to decouple the annual pension of earnings coming from of the land, with solutions in the legislation setting it between 2.25 and 2.5% of the its value. The historical analysis of the jurisprudence showed that the STF recognized the landlord's loss due to inflation and the increase in property value. The understanding then changed to the nominal setting of the annual pension, reforming this understanding only in the 1990s, when the use of monetary correction remained pacified in the higher courts. Since then, there is still no answer to the contracts signed prior to the emergence of the first official inflation index of Brazil, the IGP. We conclude by suggesting actions to stimulate the consolidation of emphythuses, by the extension to all contracts the amendments of the rule of DL 9.760/46 or the alternative used by Portugal, parceling in annual and perpetual rates the laudemius.

Keywords: Emphyteusis. Pension. Laudemium.

¹ Este artigo tem por base a monografia “Enfiteuses do Município de Salvador: História, Jurisprudência e Possibilidades”, defendida junto à Faculdade de Direito da UFBA.

² Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

Sumário: Introdução. 1. A taxa de foro na legislação do século XIX. 2. Legislação e jurisprudência. Conclusão.

INTRODUÇÃO

“No âmbito das relações interprivadas, é possível configurar-se como um direito real a caminho de desfalecer”, assim se posiciona Luiz Edson Fachin (GOMES, 2012, p. 280) sobre a *enfiteuse* na atualização do volume sobre Direitos Reais da obra de Orlando Gomes. Um entendimento que é compartilhado por diversos autores, já que o atual Código Civil, no art. 2.038, não mais permite novos aforamentos e remete os remanescentes à subordinação do Código Civil de 1916, num curioso exemplo de ultratividade: “Art. 2.038. Fica proibida a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, subordinando-se as existentes, até sua extinção, às disposições do Código Civil anterior, Lei no 3.071, de 1º de janeiro de 1916, e leis posteriores.”

Em 1967, Caio Mário da Silva Pereira (1967, p. 27) já afirmava: “A enfiteuse é um direito real que tem sofrido diversas vicissitudes, enfrenta oposições várias e tende a desaparecer.” Enquanto Flávio Tartuce (2014, p. 311) informa que, “diante do novo tratamento do Código Civil de 2002, não há mais razão em se estudar a enfiteuse nos programas de Direito Civil, seja na graduação ou na pós-graduação.”

No entanto, a despeito das diversas propostas legislativas existentes para a extinção das enfiteuses, ainda não existe qualquer suporte na legislação que possibilite mensurar um prazo razoável para o seu desaparecimento. Aqui, um obstáculo importante é a compatibilização dos interesses das partes, já que uma nova legislação não poderia prejudicar o negócio jurídico pactuado no contrato de enfiteuse, uma garantia constitucional.

Como o foreiro, a parte proprietária do domínio útil do terreno - e por isso detentor de vasto poder sobre ele -, pode transmiti-lo desde que pague um percentual do valor da transação ao senhorio, o *laudêmio*, resulta que, na prática atual dos negócios imobiliários, este valor é pago pelo adquirente do imóvel aforado, como se fosse parte do valor de aquisição.

A enfiteuse, então, revela-se como um instituto dito “em extinção”, mas sem qualquer iniciativa ou horizonte de desaparecimento, já que não há nenhum incentivo para que as partes negociem a consolidação dos domínios, útil e direto (este conferido ao senhorio), pelo instrumento conhecido como *resgate*. Consolidação essa que pode acontecer também pela

destruição da coisa ou pelo *comisso*, quando o foreiro deixa de pagar o foro anual por certo período pactuado no contrato. Mas nenhum foreiro, em sã consciência, deixará o imóvel se destruir e, como já dito, o laudêmio é pago, na prática, pelo adquirente do imóvel, não havendo qualquer incentivo para que ele pague um novo laudêmio e, assim, consolidar toda a propriedade do imóvel em seu domínio (*resgate*). Quanto ao *comisso*, é pacífico na jurisprudência que o foreiro pode quitar a dívida para ter de volta o seu domínio direto.

Mesmo o foro anual, pela antiga interpretação literal de sua invariabilidade, tornou-se irrisório ao longo do tempo, corroído pela inflação; ou seja, quem adquire um imóvel aforado paga apenas um valor a mais na aquisição, o laudêmio, não havendo qualquer outra diferença em relação aos imóveis em geral. Na próxima transmissão, será o adquirente quem pagará o laudêmio, seguindo-se assim indefinidamente.

Tendo feito seus contratos de aforamento para atualizar o valor do foro quando ainda era possível (prática vedada pelo atual Código Civil de 2002), as enfiteuses das ordens religiosas são uma das exceções que permanecem cobrando a taxa anual. A outra são as constituídas nos terrenos de marinha, também atualizadas na vigência do Código Civil anterior e reguladas por lei especial, que determina a taxa de aforamento anual em 0,6% do valor venal.

Somente este aspecto já bastaria para a enfiteuse ser objeto de estudos mais aprofundados na busca de uma solução para a sua extinção. Solução que fica ainda mais complicada quando se analisa a situação de cidades mais antigas, como Salvador e Rio de Janeiro, proprietárias de grandes parcelas de terras aforadas, de cunho público dominial, cuja renda, por princípio, tem caráter indisponível e deve reverter para a municipalidade.

Diferentemente dos aforamentos da União em terrenos de marinha, regulados pelo DL (Decreto Lei) 9760/1946, os aforamentos municipais têm como base legal o código civil, pelo caráter de horizontalidade desta relação contratual, resultando na apropriação dos valores cobrados como receita patrimonial, e não tributo, como grande parte da população supõe.

Ressalte-se aqui que a análise dos orçamentos do Município de Salvador no início do século passado revelou uma receita anual orçada com o instituto da enfiteuse nada desprezível, variando de 0,72%, em 1913³, até 1,76%, em 1936⁴, da receita dos impostos prediais da época,

³ SALVADOR. Lei nº 941: orçamento da receita e despesa do Município para o exercício de 1913. Salvador: Gazeta do Povo, 1913. 31 p.

⁴ SALVADOR. Acto nº 7 de 31 de janeiro de 1935: orça a receita e fixa a despesa do Município para o exercício de 1935. Salvador: Imprensa Oficial, 1935. 92 p.

o que corresponderia hoje a uma quantia em torno de R\$12 milhões anuais, três vezes a receita atual⁵ apenas com laudêmios, já que não está sendo cobrado o foro anual.

A gestão patrimonial da municipalidade sobre os imóveis dominicais aforados é, assim, dificultada pela interpretação que se dá ao termo *invariável* no artigo 678 do Código Civil de 1916, a seguir:

Art. 678. Dá-se a enfiteuse, aforamento, ou empraçamento, quando por ato entre vivos, ou de última vontade, o proprietário atribui a outrem o domínio útil do imóvel, pagando a pessoa, que o adquire, e assim se constitui enfiteuta, ao senhorio direto uma pensão, ou foro, anual, certo e **invariável**. (grifo nosso)

Tendo sido já objeto de discussão nos tribunais superiores, é pacífico atualmente a admissão da correção monetária conforme os índices de inflação oficiais, utilizando-se então o IGP (Índice Geral de Preços, calculado pela FGV - Fundação Getúlio Vargas), que reflete a variação dos preços no atacado, consumo e construção civil, como balizador na correção dos contratos.

Esse entendimento reflete a posição da doutrina de que a não correção dos valores penaliza uma das partes contratantes, o senhorio, desequilibrando economicamente o contrato em favor do foreiro. Ou seja, a invariabilidade determinada pelo Código Civil de 1916 não significaria imutabilidade e, sim, que o valor não pode variar, nem para mais, nem para menos.

Acontece, que esse primeiro índice oficial de inflação da economia brasileira, o IGP da FGV, foi lançado em 1944, enquanto subsistem vários contratos de enfiteuses municipais constituídos desde as décadas finais do século XIX. Dessa forma, ele só poderia ser usado como parâmetro de correção para parte do período de vigência dos contratos, não existindo um índice oficial para antes de sua implementação.

O Município de Salvador tentou corrigir este problema utilizando, por analogia, a legislação federal, que estabelece como foro anual o percentual de 0,6% do valor do terreno, conforme o DL 9.760/46 que rege os contratos de aforamento dos terrenos de marinha, hoje geridos pela Secretaria do Patrimônio da União (SPU). Estes terrenos situam-se na faixa de 15 braças (trinta e três metros) a partir da preamar da costa atlântica brasileira e constituem-se como patrimônio imobiliário dominial da União.

⁵ SALVADOR. Controladoria Geral do Município. Disponível em: <http://transparencia.salvador.ba.gov.br>. Acesso em 16 de julho de 2018.

A iniciativa de Salvador foi questionada pelo MPE (Ministério Público Estadual), que entende não ser aplicável a analogia com a legislação federal, já que esta seria específica para os aforamentos da União. Quanto aos contratos remanescentes firmados entre o final do século XIX e as primeiras quatro décadas do século passado, quando ainda não havia índice de correção oficial, o MPE não se posicionou.

1. A TAXA DE FORO NA LEGISLAÇÃO DO SÉCULO XIX

Bevilaqua (1941, p. 326) assim se pronuncia sobre o direito do senhorio de receber a pensão anual nas enfiteuses:

O direito de receber a pensão annual, canon ou foro, estipulado no acto constitutivo do aforamento, que é manifestação normal do dominio directo. Por isso, é invariável. Não tem relação com as utilidades produzidas pela exploração do immovel, A esterilidade do prédio, sua destruição parcial e a perda total dos fructos não autorizam o foreiro a reclamar remissão do foro.

A simples leitura direta do parágrafo de Bevilaqua permite o entendimento da invariabilidade aposta ao texto do Código Civil de 1916 como sendo a afirmação da falta de qualquer relação de proporcionalidade entre o valor da pensão anual e os frutos colhidos pelo enfiteuta a partir do pleno exercício do seu poder sobre o domínio útil. Ou seja, o senhorio não poderia requerer o aumento do valor do foro em função do aumento do rendimento auferido pelo foreiro a partir da utilização do imóvel aforado. Mesmo que houvesse um descolamento tal que, na relação com o foro, este se tornasse irrisório. Bevilaqua finaliza, ainda, informando que, do mesmo modo, nada tem o foreiro a reclamar se o domínio útil nada lhe render, permanecendo invariável a obrigação de pagar a pensão anual acordada quando da elaboração do contrato enfiteutico.

Por este entendimento, a pensão seria invariável por limitar-se a não acompanhar o rendimento anual retirado pelo enfiteuta do imóvel aforado, revelando-se apenas como expressão do exercício do poder do senhorio sobre o domínio direto. Aliás, dentre os direitos do senhorio, existe um outro, específico, que busca reverter ao senhorio parte do lucro auferido pelo enfiteuta quando da alienação do domínio útil: o *laudêmio*, através de um percentual sobre o valor da alienação, estipulado quando da elaboração do título de aforamento.

Surge, então, a interrogação: como se firmou o entendimento acerca da invariabilidade nominal da taxa de foro, mesmo depois de tantos ciclos econômicos que terminaram por transformá-la em um direito contratual perpétuo, mas sem expressão econômica?

Compulsando as notas do §4º, do Título XXXVIII, do Livro 4, da XIV Edição das Ordenações Filipinas, por Cândido Mendes de Almeida, encontramos:

(2) Vide Ord. do liv. 2 t.35 §7, e deste liv. 4 t.36 §5, Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Mello Freire -*Inst.* liv. 3 t.11 §§ 3 e 8, e Almeida e Sousa-*Dir. Emphy.* to. 3 pag. 421.

O Al. de 15 de Julho de 1779 nos adverte, diz Almeida e Sousa, que **se não deve confundir o censo com a Emphyteuse em que he livre sem usura gravar-se a coisa aforada com maior pensão do que cinco por cento.**⁶(grifo nosso)

Para entendimento do sentido de *censo*, é bastante a leitura dos artigos a seguir da Consolidação de Teixeira de Freitas:

Art. 364. São permittidos os *censos reservativos*, em que se-aliena um predio, reservando-se qualquer porção de fructos; ou de dinheiro de sua annual produccão, ou rendimento; ainda que haja outra especie de contracto, que lhes-mude a natureza.

Art. 365. São do mesmo modo permittidos os outros censos, ou tenham a natureza de compra e venda, ou de empréstimo de dinheiro.⁷

Os *censos* eram contratos de alienação de imóveis com pagamento periódico de parte dos frutos ali produzidos, que se desvirtuavam até para contratos de empréstimo de dinheiro.

Apesar de semelhantes aos *censos*, os contratos de aforamento fundam-se numa diferença determinante: a taxa de foro não tem qualquer relação com os frutos advindos da terra aforada e por isso a necessidade do Alvará de 15 de julho de 1779, supracitado. Nos *censos*, conforme as notas do autor da Consolidação, a usura (cobrança de taxa exorbitante) era execrada, havendo várias normas para coibi-la.

Voltando, então, às supracitadas Notas, entende-se que o percentual de 5% (cinco por cento) é o limite que se estabelecia como qualificador da usura para os *censos* e, ainda, que este limite não se impunha aos aforamentos. Mas o efetivamente relevante é o indício em norma legal de que a avaliação/determinação do valor do foro no século XIX se fazia em termos de percentual da coisa aforada, ou seja, do valor do imóvel.

⁶ PORTUGAL. Ordenações Filipinas. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870. p. 819. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/22786>. Acesso em: 13 de set. 2019.

⁷ BRASIL. Consolidação das Leis Civis. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Garnier, 1876. p. 251. Disponível: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496206>. Acesso em: 13 de set. 2019.

O historiador Francisco Carlos Teixeira da Silva (1997, p. 129), no artigo intitulado “Pecuária e formação do mercado interno no Brasil-colônia” relata ter encontrado em suas pesquisas a informação de que o valor do foro “oscilava, em média, entre 2 e 3% do valor do sítio”, variando em função da localização e dos recursos naturais existentes. Ou seja, o estabelecimento do valor do foro, pago anualmente pelo domínio útil da terra, seria estabelecido em função do valor total da terra nua. Deveras, entende-se ser bastante razoável a hipótese da utilização de algum parâmetro derivado do valor da terra para definir uma renda periódica a ser cobrada sobre esta mesma terra.

O Ato do Executivo *Instruções para reconhecimento, medição e demarcação dos terrenos de marinhas*, de 14 de novembro de 1832, regulamenta originalmente a cobrança da taxa de foro em 2,5% do valor da terra nua:

Art.11. A taxa do fôro será na razão de 2 1/2% sobre o preço das avaliações feitas na forma acima prescripta, devendo ser imposta pelo Fiscal da Thesouraria da Provincia aos emphyteutas, logo que concluídas sejam as diligencias necessarias para esse fim.

Percentual que seria reformulado pela Lei 3.070, de 31 de dezembro de 1915, que determinou o percentual de 6% (seis por cento) para os terrenos da zona urbana e 4% (quatro por cento) para os da zona rural. Esses percentuais seriam, finalmente, revistos pelo DL 9.760/46 para 0,6%.

Mas é nas notas do Art. 62, da Consolidação, que se verifica o quanto constatado na pesquisa histórica supracitada. As notas do artigo buscam esclarecer a regra regulamentar de avaliação dos domínios na enfiteuse em situações de divergências de avaliações ou fraude:

Nos immoveis emphyteuticos o dominio inteiro está decomposto em *dominio útil e directo*, e pela *consolidação* reintegra-se (Art. 625 Consolidação e Not.).

Quando os aforamentos são perpetuos, como todos os do Brazil, os immoveis emphyteuticos equiparão-se aos allodiaes para os effeitos da successao ab intestato (Art. 975 Consolidação.)

Regul. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 Art. 7º ns. 1º 2, e 3º-Para liquidação do preço dos bens sujeitos ao imposto de transmissão de propriedade, quando não poder ser calculado pela declaração das partes, ou havendo suspeita de fraude:

O valor dos *bens livres* (n. 1º) será arbitrado por peritos:

O do *dominio directo* (n. 2º) será a importancia de vinte fóros, e um *laudemio*.

O do *dominio dos bens emphyteuticos* (n. 3º), será o do predio livre, deduzido o do *dominio directo* na forma da regra antecedente: (O *dominio dos bens emphyteuticos* é o mesmo, que na Consolidação. Art. 625 chama-se *dominio útil*):

O dos *bens subemphyteuticos* (n. 3) será esse mesmo valor, deduzidas vinte pensões subemphyteuticas equivalentes ao *dominio do emphyteuta principal*:

O Regul. n. 558 1 de 3 de Marco de 1874 Art. 25 e ns. 1.º, 2.º, 3.º, 4.º, e 5.º, repete estas mesmas disposições, porém andando distinctamente attendêr aos titulos de aquisição, ou ás declarações da parte; e outrossim liquidando o valôr da constituição da emphyteuse, ou subemphyteuse, na importancia de vinte fóros, e da joia, se a-houver.

Quanto ao *dominio útil* confere com a avaliação da Prov. de 12 de Junho de 1776, quando tal *dominio* tem de continuar. Para o fim de sua *amortização* o **Decr. de 6 de**

Marco de 1769 avalia em 20 annos de foros, e 3 laudemios. Vid. Nots. aos Arts. 625 e 915 *infra*. (grifos nossos)

Verificando detalhadamente as informações contidas nas Notas acima, constata-se que tanto o domínio direto (DD) como o domínio útil (DU) estão mensurados em função da taxa de foro e do laudêmio. Como a soma dos domínios equivale ao valor total da propriedade (VT), também chamado valor venal, temos:

$$DD = 20 \times \text{Foro} + 1 \times \text{Laudêmio} \quad (1)$$

$$DU = 20 \times \text{Foro} + 3 \times \text{Laudêmio} \quad (2)$$

Então,

$$DD + DU = 40 \times \text{Foro} + 4 \times \text{Laudêmio} \quad (3)$$

Como,

$$DD + DU = VT \quad (4)$$

Temos:

$$VT = 40 \times \text{Foro} + 4 \times \text{Laudêmio} \quad (5)$$

Mas o laudêmio equivalia, em regra, a 2,5% sobre o valor total da propriedade, conforme Art. 618 da Consolidação: “Não optando o senhorio, compete-lhe mais o direito de recebêr o laudemio de dois e meio por cento do valor da venda, ou alienação, se no contracto de aforamento, não se tivér estipulado outro laudêmio.”

Temos, então, que:

$$\text{Laudêmio} = 2,5\% \times VT \quad (6)$$

Basta então reescrever a equação, substituindo na expressão (5) o valor do Laudêmio da expressão (6) e, assim, relacionar a taxa de foro com o valor da propriedade. Senão, vejamos:

$$VT = 40 \times \text{Foro} + 4 \times 2,5\% \times VT \quad (7)$$

Ou ainda,

$$0,9 \times VT = 40 \times \text{Foro} \quad (8)$$

Assim,

$$\boxed{\text{Foro}/VT = 2,25\%} \quad (9)$$

Ou seja, temos aqui uma evidência derivada da legislação do século XIX que demonstra a fixação da taxa de aforamento em termos percentuais do valor da propriedade. Ou seja, os parâmetros utilizados para a fixação das obrigações e contraprestações no contrato de aforamento antes do Código Civil de 1916 seriam percentuais em função do valor venal da propriedade aforada.

2. LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA

Mas que época era essa que levou Bevilacqua a introduzir o termo invariável na legislação pertinente ao foro?

Acostumada com a estabilidade dos preços, a população do Século XIX ficou traumatizada com o surto inflacionário ocorrido no nascimento da República, episódio que ficou conhecido como “encilhamento”. Principalmente porque, conforme os estudos de Catão (1992) para os preços por atacado, nas duas décadas anteriores os preços não só não aumentaram, como caíram em média 1% a.a., resultado da política de câmbio flexível e controle da emissão de moeda, mesmo que, oficialmente, o país tivesse aderido à inflexibilidade do padrão-ouro.

O encilhamento marcou o alvorecer da República, embora, na verdade, ela tenha recebido do Império, dentre os seus últimos atos, a legislação (Lei Ouro Preto) que flexibilizava o aumento dos meios de pagamento. Essa flexibilização permitiu aos bancos comerciais a emissão de moeda e transformou-se num marco do confronto em que os “papelistas” venceram momentaneamente os “metalistas” com o argumento da necessidade de maior circulação de moeda.

As demandas do mercado, defendidas pelos “papelistas”, eram baseadas na premência do financiamento do trabalho assalariado, em virtude da abolição da escravatura, como também pela pressão da corrente desenvolvimentista que, imediatamente à aprovação da lei, passou a abrir empresas euforicamente e sem planejamento.

O resultado do descontrole com a emissão de moeda foi uma forte desvalorização, falência prematura e generalizada das empresas recém-constituídas, inflação - entre 1889 e 1893 os preços duplicam, crescendo cerca de 16% a.a. e atingindo 25% em 1891 (Catão, 1992) -, além de um grave endividamento no mercado em geral. No livro “A Crise Financeira da Abolição”, John Schulz (2013, p. 161) descreve a situação:

[...] Ouro Preto provocou uma bolha especulativa, o encilhamento. A perspectiva de obter fundos isentos de juros do governo induziu a formação de diversos bancos novos, enquanto os já existentes buscavam aumentar seu capital para se qualificarem a somas ainda maiores de dinheiro público. O valor das ações dos bancos, nessas circunstâncias, subiu rapidamente. Fortunas podiam ser feitas em poucos dias.

Citando (SCHULZ, 2013, p. 162), em seguida, o noticioso da época, Rio News (30/09/1889):

Vemos companhias gigantescas organizadas para fabricar sabão, fazer velas, forjar pregos, produzir botões e fazer todo tipo de coisas boas o bastante em si mesmas, mas que seriam mais bem produzidas, sem dúvidas, por pequenas companhias com pequenos investimentos de capital. O absurdo dos projetos não preocupa o especulador, contudo, e ele subscreve grandes quantidades de capital, sem um vintém no bolso, com tanta vontade como se grandes dividendos estivessem para ser pagos.

Segundo Schulz (2013, p. 218), a resposta de Campos Sales, Presidente entre 1898 e 1902, foi um forte arrocho monetário e controle fiscal, tudo previamente acordado em troca de um novo empréstimo com os Rothschild, em Londres, nossos principais credores, no qual hipotecou a alfândega do Rio de Janeiro.

O *funding loan* resultante proveu o governo brasileiro com recursos externos suficientes para que ele não precisasse remeter juros para os próximos três anos. Acreditando na qualidade dos governantes do Brasil, os Rothschild concordaram em passar treze anos sem o pagamento do principal.

A recessão que se seguiu foi defendida por Campos Sales como necessária para o saneamento do mercado e o restabelecimento da economia, ou seja, estabilização da moeda e melhora da balança comercial.

Apesar da falta de popularidade, devido ao desemprego e queda dos salários, Campos Sales atingiu seus objetivos, enxugando os meios de pagamento e provocando uma forte e contínua deflação com média de 6,6% a.a. (Catão, 1992).

Casas bancárias e comerciais sobrecarregadas desapareceram. No Rio de Janeiro, sete bancos, além do Banco da República, foram reorganizados ou liquidados durante 1900. Essas instituições traziam empréstimos incobráveis em seus balanços desde o encilhamento. Os contemporâneos consideraram a crise de 1900 como a liquidação do encilhamento. Enquanto as instituições incompetentes e fraudulentas desapareciam, os bancos mais prudentes reestruturavam-se com relativa facilidade. (SCHULZ, 2013, p. 224)

Enquanto o dinheiro desaparecia de circulação, o câmbio subia pela alta demanda externa do café, favorecendo a pequena elite da época, cujas economias eram guardadas em ouro e/ou

nos grandes bancos estrangeiros. Em regra, eram os grandes credores da economia em geral, lucrando com o infortúnio alheio:

A melhoria no volume de exportações de café, juntamente com a contração do dinheiro em circulação, levou a uma valorização do mil-réis. A 7 *pence* quando teve o início o ano de 1900, a moeda brasileira subiu constantemente em meio a fortes especulações, atingindo 14 *pence* em julho, antes de recuar para 10 *pence* em agosto. [...] o câmbio em alta distorceu os preços relativos tanto quanto o fez o câmbio em baixa, piorando os atritos entre capital e trabalho, enquanto ofereceu um ganho extraordinário aos credores a expensas de seus devedores. (SCHULZ, 2013, p. 221)

Toda a conta da euforia e irresponsabilidade desenfreadas da época do encilhamento era custeada agora pelos trabalhadores e pequenos comerciantes, já que o governo ainda decidiu se financiar a partir de um novo imposto, que taxava pela primeira vez a circulação de mercadorias.

Os comerciantes também viam a tributação do governo como injusta. Os fazendeiros ricos ainda não pagavam nenhum imposto sobre a terra ou sobre a renda, ao passo que as taxas alfandegárias e o imposto sobre a circulação de produtos nacionais pesavam muito sobre os comerciantes, [...](SCHULZ, 2013, p. 231)

A realidade se resumia, então, a uma população ainda em tratamento de um trauma econômico, com os principais credores - a elite latifundiária, que também aforava parte das terras para lucrar com o trabalho alheio -, se aproveitando da situação com a subida do câmbio e sem ser incomodada pelo governo, que preferia taxar o mundo do trabalho, através do imposto sobre o comércio, o que, por sua vez, atingia também os foreiros, obrigados contratualmente a enviar ao mercado os frutos do seu trabalho.

É possível presumir, assim, que a memória desse ambiente conflituoso deve ter influenciado o autor do nosso primeiro Código Civil a incluir, de forma expressa, a invariabilidade do valor do foro em relação aos frutos colhidos pelo foreiro no artigo 678, limitando, dessa forma, a permanente vantagem dos grandes proprietários de terra em relação ao restante da população.

Essa condição, inclusive, não foi testada imediatamente, já que as décadas seguintes foram de razoável estabilidade de preços, inclusive novamente com deflação, causada pela crise de 1929, apesar dos percalços geopolíticos, conforme Neuhaus (1978):

O financiamento das despesas de guerra via criação de moeda e a adoção de medidas inócuas para conter os efeitos da inflação (lastro-ouro para emissão de moeda, controles de preços etc.) fizeram com que a taxa de inflação voltasse a superar consistentemente, a partir de 1941, a marca dos 10%, depois de um longo período (desde meados da década de 20) de relativa estabilidade de preços ou mesmo deflação.

A grande utilização histórica do instituto se justifica pela vantagem da possibilidade de transmissão intervivos, mediante o pagamento do laudêmio ao senhorio, caso este abdicasse, de forma expressa ou tácita, do direito de preferência.

Embora o Código Civil de 1916 especificasse que o percentual do laudêmio deveria ser calculado sobre o valor da terra, suas acessões e benfeitorias, o Código Civil de 2002 limitou-a apenas à terra nua, no art. 2.038, §1º, I, constituindo-se numa contradição com o próprio caput, que submete as enfiteuses existentes ao código anterior.

Por outro lado, Caio Mario da Silva Pereira informa que desde a década de 60 do século passado, havia projetos de restrição da cobrança do laudêmio à terra nua, entendendo-se que não cabia ao senhorio locupletar-se com o investimento do enfiteuta, a seguir:

Quando da elaboração do Projeto do Código Civil de 1965, a Comissão (Orosimbo Nonato, Orlando Gomes e Caio Mário da Silva Pereira) fez consignar que o percentual incidiria sobre o valor do terreno, proibindo o seu texto cobrar laudêmio ou prestação análoga, sobre o valor das construções ou plantações (Projeto, art. 504, nº I). Procurou atender, desta sorte, a um imperativo de justiça, contra o qual milita a tradição invocada pelos senhorios, que exploram o benefício da valorização auferida pelas benfeitorias realizadas pelo enfiteuta e a ele pertencentes. (PEREIRA, 1967, p. 170)

Uma justificativa para a referida cobrança pode ser verificada na resposta bem-humorada do Sr. Visconde de Abrantes, abaixo, a questionamento parecido feito pelo Sr. Velasquez, no Senado do Império, quase cem anos antes, em 1850, quando já começava a se firmar a jurisprudência que se consolidaria no Código de 1916:

Trouxe o nobre senador o exemplo de uma pedreira que só valesse 4\$ em que se tenha edificado um palácio do valor de 200.000\$. Acho o exemplo um pouco esquisito, perdoe-me o nobre senador; porque edificar-se um palácio sobre uma pedreira onde não possa haver nem talvez água, nem espaço para um jardim, etc., é decerto uma concepção extraordinária. (Risadas.) Figure porém o nobre senador um terreno ótimo para a edificação de um palácio. Poderia ser esse terreno ótimo aforado por uma bagatela, por um foro insignificante, se não houvesse esperança de ser essa bagatela ou foro compensado no futuro pelo laudêmio, ou outra prestação, que compreendesse as benfeitorias, ou melhoramento do mesmo terreno? Quem se resolveria a abrir mão, e para sempre, do domínio útil das terras sem esperança de um laudêmio que pudesse acompanhar o maior preço, ou o aumento de valor que as terras fossem tendo? Decerto ninguém. O contrato do foro, aliás econômico e útil, não se faria decerto.⁸

Constata-se então, aqui, que o instituto também era de grande valia para os senhorios, já que, como afirmara o Senador Visconde de Abrantes, renunciaram ao domínio útil sobre suas terras na esperança de ser retribuído pelas rendas futuras asseguradas no contrato de

⁸ BRASIL. Annaes do Senado Império do Brazil, Anno de 1850, Livro 6. p. 152.

aforamento. Hoje, parte dessa renda, o foro, tem sua cobrança contraditada pelo entendimento atual, pacificado na jurisprudência, sobre o termo “invariável” contido no art. 678 do Código Civil de 1916.

O aspecto da desvalorização da pensão ao longo do tempo encontra-se também imbricada com discussões sobre Direito Intertemporal, já que várias enfiteuses existentes foram firmadas antes de 1º de janeiro 1917, ainda sob a vigência das Ordenações Filipinas. Para estes casos, os regulamentos das Ordenações apresentavam soluções de continuidade específicas, determinando inclusive o valor do foro a ser cobrado nos novos contratos.

Examinando-se a Consolidação das Leis Civis, de Teixeira de Freitas, no seu Capítulo VI, *Do Aforamento*, constata-se a inexistência do termo *invariável* ou qualquer outro seu sinônimo quando da referência ao foro, também citado como *prazo*, *pensão* ou *cânon*.

A sua terceira edição contém a ressalva sobre regulamentações específicas para transferências parciais de terrenos de marinha, conforme a seguir:

Nº 324. -*Em 3 de Outubro de 1856.- Das transferências de terrenos de marinhas devem-se passar novos titulos, sem alteração das condições anteriores.*
Ministerio dos Negocios da Fazenda. Rio de Janeiro em 3 de Outubro do 1856.
Illm. e Exm. Sr.- Respondendo ao Oficio nº 57 de 12 de Setembro ultimo, em que V. Ex. dá conta do que ahi occorrera sobre terrenos de marinhas já aforados; declaro a V. Ex. para que o faça constar á Thesouraria, que, sempre que houver transferencia do domínio util de todo, ou parte de taes terrenos por venda ou doação, convêm lavrar novos termos de aforamento, e expedirem-se os necessarios titulos, como se pratica no Thesouro, sem todavia imporem-se aos novos foreiros condições diversas das dos anteriores aforamentos.
Deos Guarde a V. Ex. - João Mauricio Wanderley.- Sr. Presidente da Provincia de Pernambuco.⁹

Verifica-se, então, um exemplo da positivação da prática de manutenção dos parâmetros em que foram firmados os contratos de aforamento na ocorrência de algumas situações específicas, aqui ainda restrita aos terrenos de marinha. Importante constatar, ainda, a prática, desde o século XIX, da lavratura de novos contratos de aforamento quando da transmissão dos imóveis da União.

Um pouco mais à frente, os artigos 631 e 632 trazem duas situações de possibilidade de extinção para os contratos de aforamento, especificando as regras a se observar nestes casos. A seguir:

⁹ BRASIL. Consolidação das Leis Civis. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Garnier, 1876. p. 424. Disponível: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496206>. Acesso em: 13 de set. 2019.

Art. 631. Verificando-se a consolidação por comisso, ou por falta de sucessão nos aforamentos vitalícios (48), ou na hypothese do Art. 1189, as Corporações de mão-morta só podem consolidar para o efeito de tornarem á aforar dentro de anno e dia. Art. 632 Os bens assim consolidados devem continuar á sêr aforados pelos mesmos fóros, e laudemios, declarados nos anteriores titulos, e sem obrigação de fazêr-se os aforamentos aos parentes dos ultimos possuidores ao tempo da consolidação.¹⁰

Nota-se, assim, que, mesmo nas situações que exigem a formalização de novos contratos de aforamento, é exigida a manutenção das condições firmadas no contrato precedente sobre o imóvel em questão, seja para o laudêmio, seja para o foro anual.

Importante ressaltar aqui as observações do autor da Consolidação para os referidos artigos:

(48) Eis o outro caso de consolidação--caducidade-Ord. L. 4º T. 36 § 2º. O direito de consolidar por esta causa tornou-se quasi impraticavel: 1º, porque a Ord. cit. só trata dos prazos de livre nomeação; 2º, porque a mesma Ord. foi por tal modo ampliada pelo §§ 25 e 26 da Lei de 9 de Setembro de 1769, que raramente deixaria de havêr successor.¹¹

Teixeira de Freitas faz a necessária observação para distinguir os dois tipos principais de contratos de aforamento da tradição portuguesa elencados no Art. 609 da consolidação: os perpétuos, que podem ser hereditários ou familiares, e os vitalícios, que podem ser de livre nomeação ou restrita aos familiares. Como ressalta o autor nas observações sobre este artigo, no Brasil só existem os aforamentos perpétuos hereditários, mantendo-se, então, válida esta regra para as consolidações por comisso e as do artigo 1189, cujo entendimento é evidente a partir do conhecimento dos artigos imediatamente anteriores, qual seja, do 1186 a 1188, a seguir:

Art. 1186. Os bens emphyteuticos de aforamento perpetuo, adquiridos na constancia do matrimonio, devem sêr partidos por estimacão, encabeçando-se dentro de sêis mêzes depois do fallecimento do foreiro no herdeiro, em que a maioria dos outros concordar.

Art. 1187. O herdeiro encabeçado pagará á cada um dos outros sua respectiva quota, e o foro ao senhorio segundo as condições do contracto de aforamento.

Art. 1188. Se os herdeiros não concordarem sobre o encabeçamento, são obrigados á vendêr os bens aforados dentro de sêis mêzes para partirem entre si o prêço; scientificando primeiro ao senhorio, á quem compete, nos termos do Art. 616, o direito de preferir tanto por tanto á qualquer outro adquirente.

¹⁰ BRASIL. Consolidação das Leis Civis. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Garnier, 1876. p. 430. Disponível: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496206>. Acesso em: 13 de set. 2019.

¹¹Ibid.

Art. 1189. Passados os seis mêzes marcados para o enca-beçamento, ou venda, os bens ficarão devolutos ao senhorio, se elle os-quizér.¹²

Ou seja, nas sucessões hereditárias em que houvesse dissenso quanto ao destino do aforamento por mais de seis meses, os bens ficavam devolutos e retornavam ao senhorio. Mesmo nessas situações, obrigatoriamente deveriam ser aforados pelas mesmas condições do contrato anterior, mantendo-se, assim, a continuidade da relação de aforamento em um novo contrato de cunho perpétuo.

Dessa forma, verifica-se que a legislação pertinente do século XIX refletia o entendimento já pacificado, à época, de que as condições em que foram pactuados os contratos de aforamento tinham que se manter perpetuamente, mesmo nos casos em que houvesse uma eventual consolidação dos domínios, sem a utilização da preferência pelo senhorio, com posterior aforamento subsequente.

Importante ressaltar, ainda, que as Ordenações, gestadas em Portugal, admitiam o antigo costume do pagamento do foro em frutos, ao invés de dinheiro, utilizando-se pão, azeite e até aves; embora o Código Civil de 1867¹³ tenha vedado essa prática para os aforamentos urbanos. Como os frutos utilizados para o referido pagamento eram sempre de alta liquidez no mercado, absorviam rapidamente as respectivas variações de preço e mantinham continuamente atualizada a taxa de aforamento. No Brasil, conforme Teixeira de Freitas na Consolidação, todos os aforamentos eram a dinheiro.

O julgamento de um recurso extraordinário, em 04 de maio de 1950, nos apresenta, por meio dos votos dos ministros, as condições em que eram realizados os aforamentos anteriores ao Código Civil de 1916.

A questão central do julgamento era se poderia ser aplicado o artigo 693 do Código Civil de 1916 aos contratos antecedentes ao Código. Este artigo introduziu o instrumento do *resgate* para consolidação dos domínios da enfiteuse.

O Ministro Afrânio Costa, em seu voto, se apoia na própria rejeição pelo Parlamento, à época da elaboração do novo Código, da inclusão dos aforamentos pretéritos na incidência do novo instrumento proposto:

¹² BRASIL. Consolidação das Leis Cíveis. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Garnier, 1876. p. 686. Disponível: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496206>. Acesso em: 13 de set. 2019.

¹³ PORTUGAL. Código Civil. Carta de Lei de 1 de julho de 1867. Lisboa: Imprensa Nacional, 1868. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Portugues-de-1867.pdf>. Acesso em: 13 de set. 2019.

Mas, na preparação do nosso Código parece-me convincente a rejeição das emendas do Sr. Barros Franco Junior, ao art. 824 do projeto primitivo, dispondo sobre o resgate dos aforamentos temporários ou perpétuos. Dizia uma delas: todas as disposições deste capítulo são aplicáveis aos aforamentos existentes ao tempo da promulgação deste Código. A emenda foi rejeitada, conforme o parecer do relator, a quem parecia ferir de frente o art. 5 do título preliminar, que dispunha exatamente sobre o respeito ao direito adquirido, o ato jurídico perfeito e à coisa julgada. (RE 7.560, julgado em 20/04/1950. Trecho do voto do Min. AFRÂNIO COSTA).

O voto do Ministro Ribeiro da Costa cita trecho do voto do Desembargador Genaro Freire, do tribunal *a quo* de Pernambuco, que, por sua vez, cita lição do próprio Clovis Bevilacqua, a seguir:

O direito de resgate não aproveita aos aforamentos já constituídos, quando o Cód. Civ. entrou em vigor, por se não ofender direito dos senhorios que, contando com a perpetuidade, estipularam cânones extremamente módicos. Somente a respeito dos prazos concedidos de 1 de janeiro de 1917, por diante, pois que já se constituem na vigência do novo direito é que o resgate é possível. (RE 7.560, julgado em 20/04/1950. Trecho do voto do Relator Min. RIBEIRO DA COSTA).

Ou seja, os senhorios aforavam as terras por preços módicos, confiando no recebimento, de forma perpétua, do foro anual e dos laudêmios, conforme assegurado pela legislação da época do contrato, que não admitia o resgate. Os ministros buscavam assim manter o equilíbrio contratual, atendendo aos princípios da Irretroatividade e do Direito Adquirido, que já eram fundamentos do Direito Português, vigente no Brasil à época do contrato:

Os princípios vigentes no ordenamento jurídico de Portugal no século XVIII eram: I. A irretroatividade é o princípio dominante; II. O Direito Adquirido, ainda quando revogado, é o critério adotado pelo legislador para preceituar a retroação; III. A retroatividade é determinada expressamente e, constantemente, por razões de ordem pública. (FRANÇA apud NOLL, 2008, p.6)

No citado RE 7.560-PE, a Santa Casa de Misericórdia do Recife conseguiu manter irredimível o aforamento feito a Arnaldo Guedes Pereira e sua mulher, garantindo a pensão anual e o laudêmio contratuais. Mas este entendimento não vingou por muito tempo, pois seria reformado menos de duas décadas depois, resultando na súmula 170, do STF, aprovada em 13 de dezembro de 1963: “É resgatável a enfiteuse instituída anteriormente à vigência do Código Civil.”

Também o julgamento do RE (Recurso Extraordinário) 23.882 – DF, de 03 de junho de 1954, que teve como partes Eugênio Nicoll de Almeida e sua esposa e a Mitra Arquiepiscopal do Rio de Janeiro, é elucidativo, a partir da análise dos votos dos ministros julgadores, quanto ao contexto em que eram analisados os contratos de aforamento elaborados nas primeiras

décadas do século passado. Vejamos, a seguir, um trecho do voto do Ministro relator, Abner de Vasconcelos:

Pretendeu a Mitra, em face da caducidade da enfiteuse, renovar o contrato sôbre base diferente. Numa época de moeda desvalorizada e da elevação assombrosa do preço da propriedade imóvel, a pensão enfiteutica de 12,00 ao ano, era irrisória, não tinha mesmo expressão econômica.

Quiz, então, renovado o contrato, eleva-la para 600,00. Resistente, o enfiteuta recusou a proposta. A Mitra propôs a ação de comisso. O reu contestou-a, negando-lhe a qualidade de proprietária direta e ainda com a alegação de haver consolidado o domínio direto no útil, pelo usucapião. Depois disso, quando já constituído em mora, propôs o reu em juízo ação de consignação em pagamento, relativa aos fóros atrasados, na qual frisa o autor não ser a Mitra titular de direito.

[...]

Decidindo o acórdão recorrido pela procedência da ação de comisso e improcedência da ação de consignação, ao contrário do que julgára, com relação a ambas, o juiz singular, tornou inexistente o vínculo enfiteutico. É na vigência do contrato de enfiteuse que o Cód. Civil, art. 678, proíbe a alteração da pensão enfiteutica estipulada.

Mandando o acórdão, fóra do contrato caído em caducidade, que outro seja agora o fóro a pagar, não atentou contra a lei. Foi ao contrário, fundado em raciocínio de equidade, aliás com o intuito de beneficiar o foreiro, recorrente, que a decisão designou outro padrão para regular o novo fóro contratual. E isto não contradiz nenhum dispositivo legal.

Justifica-se a longa citação devido aos vários itens a ressaltar nesse voto, inclusive por se referir ao julgamento de uma lide com apenas pouco mais de três décadas de vigência do Código Civil de 1916:

- a) A constatação pelo plenário da Suprema Corte, à época, de que uma moeda desvalorizada vulnera os contratos de aforamento, já que desequilibra o quanto pactuado entre as partes;
- b) A informação sobre uma elevação “assombrosa” do preço dos imóveis nesse período e o atesto do plenário da corte suprema quanto ao dano causado ao contrato de aforamento pela imutabilidade da pensão anual;
- c) A afirmação da necessidade do reajuste do valor de uma pensão enfiteutica com menos de trinta anos, reajustando-a para um patamar **cinquenta vezes maior**;
- d) A necessidade do encerramento do contrato anterior para que fosse possível a realização do referido reajuste, agora sob um novo contrato.

Um outro aspecto interessante é sobre a relação entre os componentes do reajuste, já que a inflação no período poderia justificar apenas um aumento pra pouco mais de sete vezes no valor do foro (612%) (GOLDSMITH, 1986, p. 158). Ou seja, constatou-se que foi a valorização do preço dos imóveis, a responsável por 86% do valor final, sendo o principal fator de

convencimento dos ministros do Supremo para decidirem pela razoabilidade do aumento realizado na pensão, conforme o respectivo acórdão do RE, a seguir:

Finda a enfiteuse pelo comisso, pode o senhorio estabelecer fóros condizentes com o valor atual da propriedade e a desvalorização da moeda, concertando com o antigo foreiro novo contrato enfiteutico.
(RE 23882, Relator(a): Min. ABNER DE VASCONCELOS - CONVOCADO, Primeira Turma, julgado em 03/06/1954, DJ 07-10-1954 PP-12499 EMENT VOL-00188-02 PP-00693)

Na verdade, uma nova grande crise inflacionária somente voltaria a ocorrer no início da década de 60, por causa dos grandes déficits provocados pelos vultosos gastos governamentais do governo Juscelino Kubitschek.

Ou seja, somente quase meio século depois é que uma escalada inflacionária poderia suscitar discussões acerca do sentido do termo invariável no Código de Bevilacqua. Mas a esta altura, como vimos, já havia comissões tentando elaborar um novo código e a diretriz era pela limitação ainda maior do instituto da Enfiteuse (como a limitação da cobrança do laudêmio à terra nua), firmando-se, a partir de então, a tese da taxa de foro nominalmente fixa de forma perpétua.

Bevilacqua, certamente, não poderia imaginar o descontrole inflacionário recorrente pelo qual passaria o país, nas décadas seguintes. A triplicação dos preços vivida por ele no encilhamento, e logo depois corrigida pelo governo seguinte, não teria parâmetros de comparação com as crises inflacionárias das décadas de 60, 70, 80 e 90, quando os preços multiplicaram-se por cerca de 35 (trinta e cinco), 17 (dezessete), 504.000 (quinhentas e quatro mil) e 635.000 (seiscentos e trinta e cinco mil) vezes, respectivamente. Isso sem contar com o aumento exponencial do preço dos imóveis, causado pela rápida urbanização e pelo crescimento explosivo da população.

Assim, o que se afigura razoável, pelo menos nos limites que nos propusemos a explorar em relação ao escopo deste trabalho, para a interpretação do sentido do termo *invariável* do artigo 678 (Código Civil de 1916), é o de manutenção do valor do foro inicialmente acordado no contrato de aforamento. Dessa forma, ele não poderia aumentar de valor, em relação às referências acordadas na contratação, como também restaria impedido de decrescer em relação às mesmas referências.

Após um longo período onde se interpretava como invariável nominalmente o valor do foro, em 24 de junho de 1993 aparece um voto-vista na nossa Suprema Corte que, apesar de

não ter sido vencedor (nem sequer foi acompanhado), mereceu elogios dos outros ministros, pelo brilhantismo dos argumentos. O já Ministro do STF, Marco Aurélio Mello, questiona o desequilíbrio no contrato de enfiteuse, em favor do enfiteuta, causado pelos sucessivos descontroles de preços ao longo das décadas de 60, 70 e início dos 80. Foi na Ação Rescisória 1290-9-RS, proposta pelo Governo do Estado do Rio Grande do Sul contra o Condomínio Edifício Comendador Azevedo e o Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul:

Sr. Presidente, se é pacífico que a simples atualização de valor apenas o preserva, nada lhe são uníssonas – a declaração do direito de ver corrigidos monetariamente os quantitativos ajustados longe ficou de vulnerar o artigo 678 do Código Civil. Ao contrário, com este mostrou-se harmônica. Afastou o desequilíbrio da equação primitiva, pois homenageou a preservação, nos patamares ajustados, dos direitos e obrigações do enfiteuta e do senhorio. Entendimento diverso atrai o esvaziamento da obrigação do primeiro que, assim, acaba por beneficiar-se, de forma substancial, da singela passagem do tempo inerente no próprio contrato. Este perde a característica inicial, deixando de ser oneroso. O domínio útil passa a ser gozado sem a contraprestação revelada pelo foro, muito embora consubstancie elemento indispensável à perfeição do ajuste.

“[...] não obstante o brilhante pronunciamento do ilustre Ministro Marco Aurélio”, conforme ressaltado pelo Ministro Neri da Silveira, a ação rescisória foi julgada improcedente, mantendo-se à essa época, ainda, o entendimento da fixação nominal do valor foro nos contratos de aforamento.

Mas não por muito tempo. Em 1996:

EMENTA: - Aforamento de imóvel da União. Atualização prevista pela Lei nº 7.450-85, superveniente à constituição do aforamento, ao dar nova redação ao art. 101 do Decreto-lei nº 9.760-46. Providência legítima, na medida em que se ativer aos índices da correção monetária, mas inconciliável com a garantia do ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, da Carta de 1988 e art. 153, § 3º, da pretérita), quando venha a refletir a valorização do domínio pleno, resultante de fatores outros que não a simples desvalorização da moeda. Recurso extraordinário parcialmente provido, a fim de ser julgada, em parte, procedente a ação, para excluir, das importâncias exigidas ao enfiteuta, a parcela porventura excedente do foro inicial, monetariamente corrigido, conforme se vier a apurar, em liquidação.
(RE 143856, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Primeira Turma, julgado em 29/10/1996, DJ 02-05-1997 PP-16566 EMENT VOL-01867-01 PP-00111)

Pacificava-se, assim, a partir de então, o entendimento pela utilização da correção monetária na atualização dos contratos de aforamento, hoje vigente, mas vetava-se solicitações de correções outras, como a valorização anual do domínio pleno.

Esse entendimento fundamentava-se na necessidade de impedir o enriquecimento sem causa do foreiro, sendo logo estendido a todos os outros contratos de aforamento, restando pacificado pela jurisprudência, conforme a seguir no Informativo do STF de nº 181:

TÍTULO

Enfiteuse e Ato Jurídico Perfeito

ARTIGO

O art. 88 da Lei 7.450/85, que acrescentou ao art. 101 do DL 9.760/46 ("Os terrenos aforados pela União ficam sujeitos ao foro de 0,6% do valor do respectivo domínio pleno") a expressão "que será anualmente atualizado", não se aplica a contrato de enfiteuse firmado antes do início de sua vigência, sob pena de violação ao princípio do ato jurídico perfeito (CF, art. 5º, XXXVI). Admite-se, no entanto, a correção monetária do foro, a fim de evitar o enriquecimento sem causa do enfiteuta. Precedentes citados: RE 143.856-PE (DJU de 2.5.97); RE 185.578-RJ (DJU de 4.12.98); RE (AgRg) 207.064-RJ (DJU de 22.10.99). RE 231.655-RJ, rel. Min. Moreira Alves, 14.3.2000.

Ainda assim, podendo utilizar a correção monetária, mesmo desprezando toda a mudança estrutural no mercado imobiliário dos últimos 100 anos, nosso primeiro índice oficial de inflação data de 1944, restando um limbo de quase meio século sem qualquer parâmetro oficial de correção.

Embora, como vimos, os contratos fossem perpétuos e, para várias situações de consolidação dos domínios em mãos do senhorio, a legislação prescrevesse a manutenção das condições contratuais anteriores, a preempção do senhorio lhe garantia a prerrogativa de atualizar os valores do contrato quando lhe aprouvesse, obviamente, desde que ao enfiteuta não mais conviesse o domínio.

A prática histórica da gestão do patrimônio público no Brasil é conhecida pela falta de zelo. Não foi diferente quanto aos contratos de aforamento do Município de Salvador, sem qualquer iniciativa para sua atualização, que poderia ter ocorrido seguindo a fórmula utilizada pelos entes privados e organizações religiosas: consolidação dos domínios seguida de novos contratos de aforamento.

Na verdade, o procedimento não requeria nem que o senhorio viesse a despendar qualquer quantia, já que nas transferências por iniciativa do foreiro, este já apresentava ao senhorio o interessado no domínio útil, bastando apenas a elaboração conjunta dos documentos de consolidação e do novo contrato de enfiteuse, finalizando com o repasse da quantia acordada ao antigo enfiteuta.

CONCLUSÃO

Uma importante ressalva, quanto a ultratividade do artigo 678 do Código Civil de 1916, é que a remissão feita pelo Código Civil de 2002 é “às disposições do Código Civil anterior e leis posteriores”, ou seja, ao Código, como complexo de normas, e não apenas aos artigos que

tratam da enfiteuse. Na verdade, o pouco que restava da norma original do Código, a Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, foi profundamente reinterpretada a partir da recepção feita pela Constituição de 1988.

Duas reinterpretações do Código Civil de 1916 merecem destaque: a primeira reinterpretação se refere à concepção de propriedade, já que no Código de 1916 o significado era de um fim em si mesma, para satisfação apenas do seu dono.

A partir de 1988 a propriedade passa a ser obrigada a cumprir sua função social, o que na questão dos aforamentos reflete-se duplamente: seja pelo aproveitamento e desenvolvimento da terra, seja pelo retorno ao Município através das taxas de foro e laudêmio. No primeiro caso, devido à grande urbanização e o adensamento da população em Salvador, verifica-se que os problemas existentes atualmente se limitam aos decorrentes da exclusão social de parte da população, não havendo mais grandes extensões de terra sem utilização. Ou seja, o solo soteropolitano encontra-se basicamente partilhado e utilizado, embora não se possa dizer que os direitos fundamentais de grande parte da população estejam sendo respeitados, mesmo quando se examina o grande patrimônio imobiliário municipal: o aforado, em áreas municipais de alto padrão como Stella Maris, ou o dominial pleno, marcado pela ausência de serviços básicos, como o Bairro da Paz.

Quanto às taxas patrimoniais arrecadadas pelo Município, seja o foro ou o laudêmio, elas devem reverter obrigatoriamente de volta à sociedade, estando indisponível ao governante de plantão dispensá-las discricionariamente. Por isso, a necessidade de se esgotar as dúvidas e pacificar definitivamente o entendimento acerca da atualização dos contratos de aforamento e, assim, fundamentar a elaboração de legislação que possa dar segurança jurídica ao cumprimento das cláusulas contratuais.

A segunda reinterpretação é quanto à mitigação do princípio da força obrigatória dos contratos, já que a nova Constituição passa a exigir a eficácia dos direitos fundamentais também nas relações horizontais, como é o caso do contrato de aforamento. Aliás, o próprio Código Civil de 2002, na literalidade do seu artigo 421, limitou as contratações à sua função social, protegendo não apenas os direitos das partes intervenientes, como também de terceiros eventualmente atingidos.

Dessa forma, a eficácia dos direitos fundamentais torna ineficaz cláusulas ou interpretações que provoquem um severo prejuízo a qualquer das partes, o que no presente trabalho se identifica na interpretação que torna o valor do foro irrisório, seja pela altíssima

correção monetária necessária, seja pelo total descolamento entre o valor venal do imóvel e a pensão anual originalmente estabelecida.

Como vimos, em 1954, numa época muito mais próxima da elaboração do Código de 1916, e sem passar pelos percalços das crises econômicas das últimas décadas do século XX, o STF já havia reconhecido o prejuízo do senhorio, não apenas em função do descolamento do valor original da taxa de foro em função da inflação, como também em função do aumento do valor da propriedade.

Como já dito, a falta de uma taxa cobrada periodicamente adia indefinidamente a extinção da enfiteuse, já que a única taxa cobrada, o laudêmio, é paga, na prática, pelo adquirente, tornando-se parte do preço do imóvel adquirido. Não havendo qualquer incentivo para que o foreiro faça o resgate, já que, nesse caso, ele terá que pagar novamente um laudêmio e mais dez foros.

Um exemplo disso é o que aconteceu em Portugal, a legislação já havia extinguido o laudêmio na constituição de novas enfiteuses pelo artigo 1.657 do Código Civil de 1867, vigente a partir de 22 de março de 1868. Resolveu-se, então, extingui-lo definitivamente no Código Civil de 1966, através do artigo 1.517, convertendo o valor respectivo em uma prestação em dinheiro anual integrada ao foro, correspondente à vigésima parte do valor original, garantindo, assim, a segurança jurídica dos contratos existentes, conforme a seguir:

O laudêmio relativo aos emprazamentos ou subemprazamentos anteriores a 22 de Março de 1868 é substituído, independentemente de nova convenção ou notificação, por uma prestação anual em dinheiro correspondente à vigésima parte do seu valor à data da entrada em vigor deste código; a prestação é integrada no foro e como tal considerada para todos os efeitos legais.¹⁴

A volta da cobrança anual estimulou os foreiros a optarem pelo resgate e extinguir o respectivo aforamento, o que certamente aconteceria com a manutenção da Lei Municipal de Salvador que estabeleceu o valor da taxa de aforamento em 0,6%, utilizando a legislação federal por analogia. Na verdade, ela estaria apenas restabelecendo as condições contratuais iniciais, que teriam sido rompidas pela interpretação anterior da invariabilidade nominal da referida taxa. Por outro lado, sendo matéria pertinente ao Direito Civil, estaria reservada à competência exclusiva da União, através do Congresso Nacional, que poderia estender a todos os aforamentos o reequilíbrio dos contratos baseados na regra do DL 9.760/46. Uma outra

¹⁴ PORTUGAL. Código Civil. *Decreto-Lei n° 47.344 de 25 de novembro de 1966*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1966. art. 1.517. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/477358>. Acesso em: 13 de set. 2019.

alternativa seria seguir o caminho português: parcelar em taxas anuais e perpétuas o laudêmio, como se fosse uma nova “taxa de foro”, promovendo assim o estímulo ao resgate.

REFERÊNCIAS

BEVILAQUA, Clovis. *Direito das coisas*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. Volume I.

BRASIL. *Annaes do Senado do Império do Brazil*: Anno de 1850, Livro 6, p. 152.

BRASIL. *Colecção das Decisões do Governo do Império do Brazil*. Rio de Janeiro. Typographia Nacional. 1875. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/doimperio/colecao7.html>. Acesso em: 9 de maio de 2019.

BRASIL. *Código Civil. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 13 de set. 2019.

BRASIL. *Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 13 de set. 2019.

BRASIL. *Consolidação das Leis Civis*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Garnier, 1876. Disponível: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496206>. Acesso em: 13 de set. 2019.

CATÃO, Luis. *A new wholesale price index for Brazil during the period 1870-1913*. In: Revista Brasileira de Economia, 46: 519 - 33. 1992. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rbe/article/view/562/7910>. Acesso em: 13 de set. 2019.

GOLDSMITH, Raymond W. *Brasil 1850 – 1984: Desenvolvimento Financeiro sob um século de inflação*. São Paulo: Harper & Row, 1986.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 21ª ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NEUHAUS, Paulo. *A inflação brasileira em perspectiva histórica*. Revista Brasileira de Economia. 32(2): 293- 15. 1978. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rbe/article/download/210/6467> . Acesso em: 29 de out. 2019.

NOLL, Patricia. *A lei, o tempo e o direito: Uma abordagem da evolução histórica constitucional*. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaucha/revista_justica_e_historia/issn_1677-065x/v6n12/Microsoft_Word_-_ARTIGO_A_LEI_x_O_TEMPO..._Patricia_Noll.pdf . Acesso em: 05 nov. 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Enfitêuse – Sua história. Sua dogmática. Suas vicissitudes*. In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG, 1967. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/940>. Acesso em: 17 jul. 2019.

PORTUGAL. Código Civil. *Carta de Lei de 1 de julho de 1867*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1868. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Portugues-de-1867.pdf>. Acesso em: 13 de set. 2019.

PORTUGAL. Código Civil. *Decreto-Lei nº 47.344 de 25 de novembro de 1966*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1966. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/477358>. Acesso em: 13 de set. 2019.

PORTUGAL. *Ordenações Afonsinas*. Coimbra: Real Imprensa da Universidade, 1792. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/20280>. Acesso em: 13 de set. 2019.

PORTUGAL. *Ordenações Filipinas*. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/22786>. Acesso em: 13 de set. 2019.

SALVADOR. *Acto nº 7 de 31 de janeiro de 1935*: orça a receita e fixa a despesa do Município para o exercício de 1935. Salvador: Imprensa Oficial, 1935. 92 p.

SALVADOR. Controladoria Geral do Município. Disponível em: <http://transparencia.salvador.ba.gov.br>. Acesso em 16 de julho de 2018.

SALVADOR. *Lei nº 941*: orçamento da receita e despesa do Município para o exercício de 1913. Salvador: Gazeta do Povo, 1913. 31 p.

SCHULZ, John. *A crise financeira da Abolição – 1875 - 1901*. São Paulo: Ed. USP. 1996.

SILVA, Francisco Carlos Teixeira da. *Pecuária e formação do mercado interno no Brasil-colônia*. Revista Estudos Sociedade e Agricultura, 8: 119 – 56. 1997.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil, *Direito das Coisas*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro, Forense. 2014.

ALGUNS PONTOS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

SOME POINTS OF THE CRIMINAL NON-PERSECUTION AGREEMENT

Alneir Fernando Santos Maia¹
Matheus Henrique Menezes Sabino²

Resumo: os institutos negociais no processo penal brasileiro decorrem da década de 90. Com o aperfeiçoamento das legislações existentes, foi incluído pela Lei nº 13.964/2019 o acordo de não persecução penal, que traz a ideia de um acordo formulado entre a defesa e o Ministério Público, com a participação imprescindível do juiz para verificação das condições, viabilidade e posterior homologação ou não do pactuado. As regras gerais e as formalidades devem ser observadas nos termos da legislação de regência, principalmente o rol das condições impostas que pressupõem habilidades importantes no momento da realização do pacto. Os direitos e garantias legais e constitucionais devem ser norteadores do acordo.

Palavras-chave: código de processo penal; pacote anticrime; acordo de não persecução penal; justiça negocial.

Abstract: The negotiations institute in the Brazilian criminal process are from the 90s. With the improvement of existing legislation, Law No. 13.964 / 2019 included the non-criminal prosecution agreement, which brings the idea of an agreement formulated between the defense and the Public Ministry, with the essential participation of the judge to verify the conditions, feasibility and subsequent approval or not of the agreement. The general rules and formalities must be observed under the terms of the governing legislation, especially the list of conditions imposed, which presupposes important skills at the time of making the pact. Legal and constitutional rights and guarantees must guide the agreement.

Keywords: penal procedure code; anti-crime package; non-criminal prosecution agreement; negotiation justice.

Sumário: Introdução. 1. Requisitos Necessário Para O Acordo De Não Persecução Penal. 1.1 Confissão Formal E Circunstancial Da Infração Penal. 1.2. Ausência Dos Requisitos Para Arquivamento Do Inquérito, Crime Sem Violência E Grave Ameaça, E Crime Com Pena Mínima Inferior A Quatro Anos. 3. Regras Gerais Para O Acordo De Não Persecução Penal. 4. Condições Para O Acordo De Não Persecução Penal .5. Formalidades Para O Acordo De Não

¹ Advogado; Mestre em Direito pela UFMG; Professor da Universidade FUMEC; Professor de Direito Penal da ESA-OAB/MG; Membro Comissão Direito Penal Econômico OAB/MG; Membro do Instituto de Ciências Penais (ICP)

² Advogado; Pós-Graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Estácio de Sá; Pós-Graduando em Direito Penal Econômico na PUCMINAS; Membro do Instituto de Ciências Penais (ICP)

Persecução Penal. 6. Momento Para Realização Do Acordo De Não Persecução Penal. Conclusão.

INTRODUÇÃO

A alegação do crescente aumento do número de violência que vem assolando o Brasil nos últimos tempos impôs aos gestores públicos a necessidade de reestruturação do sistema penal para combater o avanço da criminalidade. O enfoque principal visa o combate à corrupção que se instaurou nos últimos anos, bem como o desmantelamento das organizações criminosas.

Para isso, seria necessário o aperfeiçoamento e/ou reestruturação da legislação existente (Código Penal, Código de Processo Penal, Lei de Execução Penal, Lei de Crimes Hediondos, dentre outras normas) visando dar efetividade ao combate ao crime organizado, ao crime violento e à corrupção (DEZEM, SOUZA, 2020, p. 101).

A partir disso, foi editado um projeto de lei que, após a tramitação legislativa, entrou em vigor no dia 23/01/2020, surgindo a Lei nº 13.964/19 (denominado Pacote Anticrime).

A legislação citada acima, além de diversas modificações, trouxe inovação no Título III do Livro I, do Código de Processo Penal (CPP), especialmente com a inclusão do art. 28-A, criando um instrumento “negocial” para a solução de questões penais, o denominado acordo de não persecução penal (ANPP).

O ANPP constitui um negócio jurídico processual, através do qual as partes, réu e Ministério Público, firmam acordo mediante o cumprimento de requisitos e condições a serem cumpridas, a fim de evitar a instauração do processo penal devido, sendo imprescindível a homologação judicial, situação na qual o juiz deve analisar as condições do acordo e a sua viabilidade.

A justiça negocial penal é uma tendência não só no direito brasileiro, a partir das reformas da legislação de processo penal e do sistema de justiça criminal, mas é operada em vários locais da América Latina.

No direito americano, guardadas as devidas proporções em relação ao nosso sistema, também se usa com frequência a negociação para a solução de questões criminais.

Diante do avanço do tempo e da evolução histórica do direito e da justiça, as formas de desburocratização tornaram-se mais acessíveis e nítidas para a solução consensual de conflitos. Em relação ao direito penal, busca-se a ideia de que a pena de restrição de liberdade (prisão)

não mais comporta *status* principal de sanção punitiva, atrelando-se à justiça negocial a garantir também o caráter da pena de natureza retributiva, preventiva e reeducativa.

As políticas de desencarceramento têm sido adotadas em vários países para evitar a segregação decorrente da prática de determinados crimes de “menor expressão”, digamos assim. No Brasil não poderia ser diferente.

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci descreve que:

“Em diversos países, criaram-se vários instrumentos de política criminal para evitar o encarceramento de quem comete uma infração de menor expressão, admite o erro e pretende não mais delinquir.” (...)

Essa reforma atenua, ainda, mais o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada, mas é o reflexo da nova política criminal assumida por diversas nações, da qual não deveria ficar por fora a legislação brasileira. (NUCCI, 2019, p. 123).

Os institutos negociais no processo penal brasileiro vêm desde a década de 90. A Lei nº 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, trouxe no seu artigo 76 o instituto da transação penal, bem como em seu artigo 89 a suspensão condicional do processo. Tais regramentos são harmônicos com a disposição contida no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

Nesse contexto, nasceu também a Lei nº 12.529/2011 que previu o acordo de leniência, bem como a Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013), que regulamentou o instituto da “colaboração premiada”, hoje com redação dada pela Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime).

Conforme já citado alhures, o ANPP veio trazendo um *plus* ao direito negocial, no qual as partes transacionam com estipulação de cláusulas contratuais e abdicação de alguns direitos, característica clara dos acordos. O *Parquet* não prossegue com a persecução penal, enquanto o sujeito investigado abdica do próprio processo, garantia que lhe é assegurada constitucionalmente (como forma de responsabilização penal sem pena privativa de liberdade).

Essa possibilidade de evitar a aplicação ou o cumprimento de pena é reflexo de nova política criminal. Com a amplitude do acordo de não persecução penal, os horizontes se abriram e os efeitos do acordo, inclusive, vão além das possibilidades negociais até então existentes.

Como todo novo instituto, muitas controvérsias e lacunas estão surgindo e surgirão em decorrência da aplicação na prática do referido dispositivo inserido no Pacote Anticrime, sendo que alguns pontos serão debatidos neste artigo.

1. REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

1.1. Confissão formal e circunstancial da infração penal

Inicialmente, sabemos que a confissão do suposto agente é requisito essencial para a aceitação do acordo.

O art. 28-A, *caput*, do CPP, dispõe que “não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal (...)”.

Nessa senda, orientação fundamental para o acordo, que envolve uma questão tão complexa quanto a confissão, é de que ele deve ocorrer fora do ambiente judicial, diferentemente das outras hipóteses negociais alhures mencionadas.

A proatividade do advogado é fundamental para um bom acordo, pois depender do judiciário para uma convocação de audiência e deixar para o ambiente forense a lavratura do acordo pode limitar as possibilidades ou até mesmo inviabilizar a negociação.

Desse modo, o Ministério Público deve ser procurado para a discussão dos termos do acordo. Essa postura inclusive pode implicar em um aumento na confiança em relação as intenções do agente e uma ampliação das possibilidades de negociação.

Diante desse contexto a confissão é importante, pois somente o agente pode assumir a responsabilidade pelos fatos apurados, evitando que alguém o faça por ele.

Trata-se de uma negociação complexa. A própria confissão precisa ser negociada, bem como os seus termos. As provas até então apuradas devem ser sopesadas para fins de dimensionar a amplitude da confissão e a sua densidade.

A defesa e o Ministério Público devem ter atenção para o fato de que a confissão não advém de um interrogatório e muito menos de uma instrução processual. Assume-se o fato apenas como meio para a obtenção do acordo.

Dito isso, a confissão deve ter, nesse caso, um propósito único, qual seja, evitar os riscos de uma persecução penal, com futura condenação, colocando-se, na balança, os benefícios de obstar a investigação ainda em fase embrionária de apuração.

Pode soar polêmico, mas até mesmo em casos de inocência, mas lastreada no fato de não ter o agente provas robustas de sua tese defensiva, pode ocorrer a confissão. O contexto fático-probatório pode ser desfavorável ao agente e impulsionar a confissão, mas frise-se, apenas para fins do acordo.

Por isso ela é uma confissão especial ou circunstancial, com um fim próprio, exigindo-se dos envolvidos essa habilidade negocial.

Noutro norte, a confissão formal e detalhada por parte do investigado nos aponta duas questões importantes que devem ser discutidas.

Caso o investigado deixe de cumprir as condições estipuladas no ANPP, com posterior rescisão do acordo e oferecimento da denúncia, a confissão realizada poderá ser utilizada na fase processual/instrutória? E quando o sujeito em sua confissão delata terceira pessoa, poderá essa confissão ser utilizada contra este?

A resposta é simples. A confissão não poderá ser utilizada como prova na ação penal em nenhuma das hipóteses elencadas acima.

A utilização da confissão na ação penal (após a rescisão do ANPP) choca com os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, dispostos no art. 5º, incisos LIV³ e LV⁴, da CRFB/88.

Extraí-se da legislação em estudo que a confissão para a formalização do acordo é realizada extrajudicialmente perante o Ministério Público, ou seja, analogicamente equivale a confissão realizada na fase investigativa, atraindo, portanto, a regra insculpida no art. 155⁵, do CPP.

Ademais, “apesar de pressupor sua confissão, não há reconhecimento expresso de culpa pelo investigado. Há, se tanto, uma admissão implícita de culpa, de índole puramente moral, sem repercussão jurídica. A culpa, para ser efetivamente reconhecida, demanda o devido processo legal” (CUNHA, 2020, p. 129).

Portanto, em síntese, a confissão não poderá ser utilizada como prova para eventual ação penal a ser deflagrada.

1.2. Ausência dos requisitos para arquivamento do inquérito, crime sem violência ou grave ameaça e crime com pena mínima inferior a quatro anos

Em primeiro lugar, constata-se que não sendo o caso de arquivamento do inquérito, poderia ser proposto o ANPP. Pondera-se aqui que antes de tudo cabe ao Ministério Público tal aferição, já que o art. 28 do CPP, com a redação dada pela Lei n 13.964/2019, é claro no sentido de que cabe a tal órgão o arquivamento do inquérito policial.

³ Art. 5º - LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

⁴ Art. 5º - LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

⁵ Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Em segundo lugar, o crime a ser confessado pelo sujeito de forma circunstanciada e detalhada, obrigatoriamente deverá ser sem violência e grave ameaça. O intuito do referido instituto negocial em comento visa evitar o encarceramento daqueles sujeitos que cometem uma infração de menor expressão, conforme salientado na introdução.

Em terceiro lugar, o crime deve ter pena mínima inferior a quatro anos. Para aferição da pena mínima, o artigo 28-A, §1º, do CPP, dispõe que “serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.”

Segundo Guilherme de Souza Nucci:

“para encontrar o mínimo, deve-se aplicar a menor diminuição e o máximo aumento. Ilustrando: se um delito possui a pena mínima em abstrato no montante de 5 anos, mas foi praticado na forma tentada, terá uma diminuição de 1/3 a 2/3. Para o cálculo do benefício (para mínima de 4 anos), deve-se usar a menor diminuição (porque ela pode ser usada pelo juiz); então retira-se de 5 anos a quantia de 1/3, totalizando 3 anos e 4 meses (pode-se usar o acordo), caso a pena mínima seja de 3 anos, em tese caberia o acordo, mas há uma causa de aumento de 1/6 a 2/3, deve-se usar esta última; a pena vai para 5 anos (inviável o acordo).” (NUCCI, 2019, p. 202)

Portanto, infere-se que os requisitos descritos no *caput* do art. 28-A, do CPP, obrigatoriamente devem ser preenchidos de forma cumulativa, sendo certo que a ausência de qualquer um deles inviabiliza a realização do ANPP.

2. REGRAS GERAIS PARA O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Além dos requisitos imprescindíveis citados no tópico anterior para a formalização do ANPP, é necessário observar outras regras dispostas no § 2º, do art. 28-A, do CPP.

O inciso I, descreve que não cabe o ANPP se for possível a transação penal. Trouxe aqui o referido inciso a separação entre as infrações comuns e as de menor potencial ofensivo de competência do Juizado Especial Criminal, para que cada um dos institutos negociais pertinentes possa ser oferecido pelo órgão ministerial competente, já que possuem ritos e legislações diferentes.

É vedada ainda a aplicação do referido acordo de não persecução penal quando o investigado for reincidente ou se houver algum elemento probatório que indique conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificante as infrações penais pretéritas (inciso II).

Conforme já apontado, tal pretexto segue a política criminal adotada pelo acordo, ou seja, visa evitar o encarceramento daqueles sujeitos que cometem uma infração de menor expressão e que sejam, em regra, primários.

No entanto, pondera-se que tal inciso deve ser analisado com a devida atenção, já que a análise da “conduta habitual, reiterada ou profissional” será baseada em documentos (em regra, certidão de antecedentes ou folha de antecedentes criminais), podendo gerar interpretações diferenciadas das referidas condutas.

Guilherme de Souza Nucci, pondera que:

“Ressalta-se que o fator impeditivo da reincidência somente deve dar-se em crime doloso, não envolvendo delito culposo. Em segundo, apesar de primário, o investigado por ter maus antecedentes pode ter o ANPP negado. Entretanto, a norma não aponta a simples pontuação em maus antecedentes; vai além, demandando habitualidade delitiva (não confundir com o crime habitual), reiterada (sucessivas infrações) ou profissional (pessoa que vive da prática de crimes). Noutros termos, a simples verificação de haver maus antecedentes não configura um empecilho para o acordo de não persecução penal. Torna-se imperioso que os maus antecedentes indiquem, com clareza, a habitualidade delitiva, a reiterada prática de crimes ou o profissionalismo do agente; nem sempre quem tem antecedentes preenche esses três fatos.” (NUCCI, 2019, p. 103)

Prosseguindo, é defeso a realização do ANPP se o sujeito já tiver sido beneficiado com o acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo, nos cinco anos anteriores ao cometimento da infração (inciso III).

Nesse ponto, a vedação de aplicação do acordo de não persecução penal nos casos em que o sujeito já foi beneficiado com transação penal nos cinco anos anteriores ao cometimento da infração, contradiz o disposto no inciso II, já que tal instituto da transação é aplicada apenas aqueles delitos de menor potencial ofensivo, encaixando-se, portanto, na segunda parte do inciso anterior: “exceto insignificantes as infrações penais pretéritas”.

Ou seja, percebe-se que tal vedação foge a política criminal adotada pelo novo artigo inserido no Código de Processo Penal, não se justificando o impedimento supra.

O inciso IV proíbe a realização do ANPP nos casos de violência doméstica ou familiar, praticados contra a mulher por razões da condição do sexo feminino, vedação essa, também presente naqueles institutos negociais da Lei nº 9.099/95.

Por fim, cabe esclarecer que o disposto no *caput* do art. 28-A, do CPP deve estar em estrita consonância com as disposições do § 2º, do mesmo dispositivo legal, para aferição da aplicação do ANPP.

3. CONDIÇÕES PARA O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O *caput* do artigo 28-A, do CPP, traz um rol de condições a serem ajustadas entre as partes para a realização do acordo.

Iniciando, o inciso I dispõe sobre a reparação do dano ou restituição da coisa à vítima. Sabe-se que muitos dos réus não possuem condições de se encaixar em tal obrigação. Por isso, importante a exceção apresentada pelo legislador na segunda parte do referido inciso, que abarcaria não só os réus pobres sem condições de reparação do dano, mas também aqueles casos em que por algum motivo externo tornou-se impossível a restituição da coisa à vítima, medidas que serão avaliadas no momento da confecção do acordo.

A renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo MP como instrumento e produto ou proveito do crime (inciso II) é parte de uma das condições, devendo-se averiguar que, de fato, trata-se apenas de produtos ou proveito oriundo do crime em discussão, com renúncia voluntária a eles pelo agente.

Infere-se, também a possibilidade de aplicação de prestação de serviço à comunidade (inciso III), ou seja, trata-se de pena restritiva de direito que será fixada pelo período correspondente à pena mínima do crime, diminuída de um a dois terços, observada a forma prescrita no art. 46 do Código Penal.

Já o inciso IV, quando estabelece o pagamento de prestação pecuniária, deve guardar correspondência com o bem jurídico igual ou semelhante aos aparentemente lesados pelo delito, em observância ao art. 45 do Código Penal. Pondera-se que a análise dessa condição deve ser minuciosa, uma vez que dependendo do bem jurídico lesado o sujeito não conseguirá arcar com a prestação pecuniária no valor correspondente.

Por fim, o inciso V deixa a cargo do Ministério Público a estipulação de outras condições, por prazo determinando, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Ora, essa última condição nega vigência ao princípio da legalidade ao atribuir ao *Parquet* a possibilidade de inserir qualquer condição como proporcional. *Data venia*, tal condição fere o art. 1º⁶, do Código Penal e art. 5º, inciso XXXIX⁷, da CRFB/88, na medida em que deixa em aberto para o Ministério Público a criação aleatória de penas, vedada pela legalidade penal.

Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt ensina que:

“em termos bem esquemáticos, pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cuminando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida. Assim, seguindo a orientação moderna, a Constituição brasileira de 1988,

⁶ Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

⁷ Art.5º - XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

ao proteger os direitos e garantias fundamentais, em seu art. 5º, inc. XXXIX, determina que ‘não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal’.

(...)Para que o princípio da legalidade seja, na prática, efetivo, cumprindo com a finalidade de estabelecer quais são as condutas puníveis e as sanções a elas cominadas, é necessário que o legislador penal evite ao máximo o uso de expressões vagas, equívocas ou ambíguas. Nesse sentido profetiza Claus Roxin, afirmando que: ‘uma lei indeterminada ou imprecisa e, por isso mesmo, pouco clara não pode proteger o cidadão da arbitrariedade, porque não implica uma autolimitação do ius puniendi estatal, ao qual se possa recorrer. Ademais, contraria o princípio da divisão dos poderes, porque permite ao juiz realizar a interpretação que quiser, invadindo, dessa forma, a esfera do legislativo’.

Assim, objetiva-se que o princípio de legalidade, como garantia material, ofereça a necessária segurança jurídica para o sistema penal. O que deriva na correspondente exigência, dirigida ao legislador, de determinação das condutas puníveis, que também é conhecida como princípio da taxatividade ou mandato de determinação dos tipos penais”. (BITENCOURT, 2019, p. 100)

Apesar da crítica, essa condição, em alguns casos, pode ser benéfica ao acusado, já que há a possibilidade de se criar hipóteses que se enquadrem no perfil do agente da infração.

O Ministério Público deve ter prudência na aplicação dessa condição, estipulando condições que realmente sejam proporcionais, adequadas e justas ao delito que o sujeito está sendo investigado, a fim de evitar a prática de acordo abusivo e desproporcional.

Conforme explanado no tópico da introdução, o ANPP necessita de habilidades negociais, já que a abertura imposta pelo referido inciso citado acima pode ser usada de forma favorável ao investigado. Exemplificando, se o sujeito é dentista, poderia oferecer sua mão de obra gratuitamente para atendimento a uma das entidades carentes designadas pelo MP, no período estipulado pelo acordo entre as partes, ou seja, deve-se utilizar tudo que está ao seu alcance para estabelecer a melhor condição para o agente investigado.

4. FORMALIDADES PARA O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O artigo 28-A, § 3º, do CPP prevê que o acordo será formalizado por escrito e firmado entre as partes (MP, investigado e defensor), com designação de audiência para homologação do pactuado, momento em que o juiz deve avaliar a voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, da legalidade do ANPP (§ 4º).

O controle da legalidade do acordo é realizado pelo magistrado, que se considerar inadequada, insuficiente ou abusiva as condições impostas, devolverá o instrumento ao Ministério Público, com a concordância do investigado e seu defensor, para que seja reformulada a proposta (§ 5º). A ausência de requisitos legais e a não adequação do acordo

(reformulação), poderá constituir motivo para recusa da homologação à proposta, nos termos do § 7º, dando-se continuidade aos atos processuais ou investigativos (§ 8º).

A atividade judicial, *in casu*, deverá ser exercida pelo juiz de garantias que irá decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal, quando formalizado durante a fase investigativa, nos termos do art. 3º-B, inciso XVII,⁸ do CPP.

Apenas para esclarecer do que se trata o chamado juiz de garantia, ele foi criado, em síntese, para evitar um comprometimento do magistrado competente para a condução e julgamento da ação penal, ou seja, que será distinto daquele responsável pela supervisão e atuação na fase de investigação criminal (juiz de garantias).

Entretanto, os artigos do CPP que tratam sobre o juiz de garantias (art. 3º-B ao 3º-F, do CPP) foram suspensos pela concessão de medida liminar pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux na análise das ADI's 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305.

Com a suspensão do juiz de garantias pelo Supremo Tribunal Federal (STF) a política adotada por este instituto influencia no caso de descumprimento pelo sujeito do ANPP. Ora, em caso de descumprimento do acordo entre as partes, o sujeito investigado será julgado pelo mesmo juiz que foi responsável pela homologação do acordo, ou seja, o juiz da instrução terá conhecimento do conteúdo da composição, evidenciando aqui um ponto preocupante, ainda mais quando se trata da necessidade de confissão do acusado para confecção do pacto.

Retomando a exposição, se o acordo estiver dentro da legalidade, o juiz homologará e devolverá ao Ministério Público, para que este inicie a execução perante o juízo penal (§ 6º), com intimação da vítima para tomar ciência do que foi pactuado (condições) pelas partes (§ 9º).

Deve ser esclarecido que a celebração do acordo e o seu cumprimento não constarão na certidão de antecedentes criminais, exceto para o fim previsto no inciso III do § 2º do art. 28-A (§ 12), bem como que o cumprimento integral do acordo acarreta a extinção da punibilidade (§ 13º).

Noutro norte, quanto ao descumprimento do pactuado, cabe destacar que desrespeitada qualquer das condições estipuladas no acordo, o Ministério Público deverá comunicar ao juiz para fins da sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia (§ 10º). O descumprimento do acordo gera reflexos no oferecimento da suspensão condicional do processo, já que poderá ser utilizado pelo *Parquet* como justificativa para o não oferecimento do referido instituto previsto na Lei nº 9099/95 (§ 11º).

⁸ Art. 3-B -XVII – decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação;

Por fim, a única hipótese de encaminhamento dos autos para o órgão superior do Ministério Público, seria no caso de recusa por parte do *Parquet* em propor o ANPP, na forma do art. 28⁹, do CPP.

5. MOMENTO PARA A REALIZAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Uma das polêmicas que envolve o ANPP seria o momento para a realização do acordo, já que a legislação é omissa nesse sentido.

A discussão sobre o marco de viabilidade do acordo é variável, já que alguns entendem que poderia ocorrer até antes do recebimento da denúncia, outros até o início da instrução, ainda até a sentença, e até a condenação em segundo grau etc.

Inicialmente, ao analisarmos detidamente a norma, percebe-se que o art. 28-A trata de uma norma penal mista, já que criou no seu § 13º uma causa extintiva da punibilidade, ou seja, possui conteúdo de norma penal (material) e de norma processual penal. Ao adquirir essa natureza, automaticamente é submetida ao princípio da retroatividade benéfica, disposto no art. 5º, inciso XL, da CRFB/88 e art. 2º, do CP. Veja-se:

“Art. 5º

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;”

“Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.”

Ao dissertar sobre o tema, Eugênio Pacelli aduz que o acordo deverá ser realizado na fase pré-processual:

⁹ Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º Nas ações penais relativas a crimes praticados em detrimento da União, Estados e Municípios, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

“[...] A própria natureza do instituto parece sugerir que a proposta deverá ser feita na fase pré-processual, tanto pelo texto da lei (“Não sendo o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado...”) quanto pela consequência de seu descumprimento ou não homologação (possibilidade de oferecimento de denúncia). Contudo, a lei diz que cabe ao juiz das garantias decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação (art. 3º-B, XVII).

Ora, se é certo que as colaborações premiadas podem ser formalizadas ao longo do processo (art. 4º, § 5º da Lei nº 12.850/13), o mesmo não pode ser dito quanto ao acordo de não persecução penal, que deveria ser proposto em momento anterior. A única possibilidade que conseguimos visualizar de esta questão surgir durante o processo é a de o Ministério Público oferecer diretamente a denúncia sem ter proposto o acordo de não persecução, e após o recebimento da exordial, o réu se insurgir contra a ausência de possibilidade de formalizar o acordo.

Assim, concordando o juiz com o pleito, o ideal seria suspender o processo até a questão ser solucionada (com remessa ao órgão superior interno do parquet em caso de discordância, nos termos do § 14 do art. 28-A do Código de Processo Penal)”. (PACELLI, 2020, p. 116)

Por outro lado, Aury Lopes Junior, entende no sentido de retroatividade para atingir processos em curso na data da entrada em vigor da Lei nº 13.964/19, com denúncias já recebidas, entretanto, sem sentença prolatada. Vejamos:

“1ª) Cabe ANPP para processos em curso na data da entrada em vigor da Lei n. 13.964/19, com denúncias já recebidas, mas sem sentença prolatada? Sim. Ao criar uma causa extintiva da punibilidade (art. 28-A, § 13, CPP), o ANPP adquiriu natureza mista de norma processual e norma penal, devendo retroagir para beneficiar o agente (art. 5º, XL, CF) já que é algo mais benéfico do que uma possível condenação criminal. Deve, pois, aplicar-se a todos os processos em curso, ainda não sentenciados até a entrada em vigor da lei. Nesse sentido, a doutrina de MAZLOUM:

Iniludível, pois, a natureza híbrida da norma que introduziu o acordo, trazendo em seu bojo carga de conteúdo material e processual. O âmbito de incidência das normas legais desse jaez, que consagram inequívoco programa estatal de despenalização, deve ter aplicação alargada nos moldes previstos no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal: “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.” Nesta senda, entendemos incidir também aos processos criminais em curso, apanhados pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal. Cabe ao Estado, agora, abrir ao réu a oportunidade de ter sua punibilidade extinta mediante a proposição de acordo pelo Ministério Público e consequente cumprimento das condições convencionadas”. (JUNIOR, 2020)

Diante das divergências de entendimento apresentadas e sustentadas em diversos artigos e livros, vê-se a necessidade de acompanhar os entendimentos dos Tribunais.

Especificamente o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, editou Portaria Conjunta nº 20/PR-TJMG/2020¹⁰ que dispõe sobre a aplicação do ANPP e determina aos servidores que realizem seleção e triagem dos processos nos quais, em tese, o referido acordo seria viável, dentre eles possibilitando a identificação dos processos “ainda não sentenciados” e “inqueritos em andamento”.

¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/servicos/acordo-de-nao-persecucao-penal.htm#.X4grF9BKikUk>. Acesso em: 15 de outubro de 2020.

Portanto, até a formação de entendimento em contrário, o Tribunal Mineiro estaria caminhando para a mesma tese levantada por Aury Lopes, ou seja, seria possível a aplicação do ANPP aos processos em curso na data da entrada em vigor da Lei nº 13.964/19, com denúncias já recebidas, entretanto, sem sentença prolatada.

Pondera-se que esse ponto sensível do acordo de não persecução penal deve ser analisado com cautela, na medida em que ainda há discussão de até qual fase processual poderia ser atingido pela retroatividade a aplicação do ANPP. A par das polêmicas acerca do momento de aplicação do ANPP, em razão de sua natureza mista e seu caráter benéfico, talvez até mesmo nos casos de processo em execução seja cabível a sua incidência.

CONCLUSÃO

Pelo fato de ser uma relação negocial, ambas as partes devem pesar os custos de sua prestação no acordo, já sabendo que perdas podem ocorrer. O importante é saber: vale a pena essa perda?

Nesse ponto cabe a defesa fazer um trabalho de análise de risco e de possibilidades de condenação, de modo a instruir o agente acerca de todas as consequências, tanto do acordo quanto de possível condenação.

Portanto, o aspecto negocial do acordo reflete uma verdade circunstancial e não necessariamente uma verdade real.

Deve ser observado o arcabouço jurídico aplicável aos contratos, como, por exemplo a boa-fé objetiva e outros princípios contratuais basilares.

As teses defensivas e as provas para a absolvição, se não muito consistentes, podem ser um grande motivador para o acordo de não persecução penal.

Para a mensuração da robustez ou não das teses defensivas é de fundamental importância a investigação defensiva.

Essa investigação pressupõe a passagem por todas as possibilidades de robustecimento das teses defensivas. Se, nessa fase inquisitorial, a prova não evidenciar a melhor tese de defesa para o agente, aconselhável o acordo de não persecução penal.

A investigação pode ser, inclusive, uma fase de atuação da defesa, considerando a possibilidade atual do acordo. De qualquer forma, não aceito o acordo, a prova colhida na fase preliminar à ação penal pode ser usada quando do processo, ou seja, não se trata de serviço “perdido”, em tese.

Aconselha-se que o acordo seja firmado antes da instrução, pois maiores são as chances de êxito e de proveito do que será proposto e negociado com o Ministério Público.

Propor o acordo depois que a instrução está avançada tende a levar ao insucesso da negociação.

Além disso, a negociação deve ser conduzida por profissional que não tenha se indisposto com o Ministério Público. Nesse ponto, a importância de se resolver o acordo nas fases iniciais da persecução penal.

Se a defesa está intencionada em fazer um acordo de não persecução penal, deve-se evitar “atrito” com o Ministério Público.

A combatividade defensiva deve ser deixada para o caso de instrução processual, frustrada ou afastada a negociação. Um bom acordo pressupõe, em tese, um advogado sem “fricções” com o Ministério Público.

A advocacia negocial é diferente da advocacia belicosa.

Como exposto alhures, a negociação é complexa, que pressupõe estratégias e etapas. Inclusive uma dica: não se deve fazer as primeiras tratativas no MP com a participação do agente (cliente).

É claro que o advogado precisa estar credenciado para agir negocialmente, sobre pena de ele, inclusive, manchar a sua reputação diante de uma “refugada” do cliente, que pode voltar atrás, desistir ou não ratificar todas as negociações levadas a efeito.

Nesse caso, diante da não ratificação do cliente, a postura esperada do advogado é a renúncia ao mandato.

Sugere-se estabelecer então limites para a negociação para que a defesa possa saber até onde pode avançar na negociação e quais termos acertar com a acusação.

Um ponto crítico e que pressupõe habilidades importantes é a análise do rol de condições impostas. Na Lei Anticrime fica aberto ao Ministério Público a possibilidade de imposições de condições não previstas em lei, que podem ser abusivas e devem ser repelidas no acordo.

Mas a amplitude legislativa não pode ser vista como deletéria, pois em certos casos até mesmo a defesa pode ser beneficiada, pois o não engessamento das condições permite o ajustamento ao caso concreto, de modo que o que foi oferecido por ela ou exigido pelo MP pode associar com as pretensões do agente, viabilizando a negociação. Alternativas podem ser criadas e agradar o Ministério Público, bem como podem ser admitidas pelo juiz.

Uma observação importante é a apuração da pena, que deve ser observada em perspectiva e analisada de acordo com a jurisprudência aplicável ao caso para fins de possível cabimento do acordo.

Acordo não é briga, mas sim composição.

Até mesmo o perfil do membro do Ministério Público deve ser analisado. Para isso o agente deve oferecer condições atrativas ao Ministério Público para que o acordo seja viabilizado.

Em alguns casos a composição com a vítima e a reparação de danos por ela experimentados pode ser um *plus* para a viabilização do acordo, mas sem oportunismo ou condicionantes.

Toda arrogância da defesa deve ser afastada. Não se negocia com ignorância. A lógica é a do ganha-ganha.

Portanto, essas são algumas habilidades negociais que podem auxiliar no acordo de não persecução penal, com alguns apontamentos importantes que devem ser levados em consideração no momento da realização do ANPP.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT. Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 25ª ed, Saraiva jur:2019. P. 100.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/servicos/acordo-de-nao-persecucao-penal.htm#.X4grF9BKikUk>. Acesso em: 15 de outubro de 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime – Lei n. 13.964/2019: Comentários às alterações do CP, CPP e LEP**. Salvador: Editora Juspodium, 2020. p. 129.

DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. **Comentários ao pacote anticrime Lei 13.964/2019**. São Paulo: Editora RT, 2020, p. 101.

JUNIOR. Aury Lopes Junior. **Questões polêmicas do acordo de não persecução penal**. Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 13 de outubro de 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote anticrime comentado: Lei nº 13.964, de 24.12.2019**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 123.

PACELLI. Eugênio. **Comentário ao CPP e sua jurisprudência**. 12ª ed, Atlas: 2020, p. 116.

PRADO. Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro**. 03ª ed, Forense: 2019.

O DIREITO FUNDAMENTAL À NACIONALIDADE E A PROBLEMÁTICA DOS APÁTRIDAS NO BRASIL

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO NATIONALITY AND THE PROBLEM OF STATELESS PEOPLE IN BRAZIL

Flávia dos Santos Cabral¹

Henrique Gonzalez Ramos²

Mariana Cruz de Cerqueira Rodrigues³

Ronald Monteiro de Araújo Neto⁴

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar o direito à nacionalidade a partir da conjuntura dos apátridas, principalmente no Brasil. Deseja-se compreender as normas relacionadas a este grupo socialmente vulnerável, bem como as dificuldades na aplicação e a real eficácia dos direitos nesse âmbito. Para isso, optou-se pelo estudo dos instrumentos nacionais e internacionais relacionados ao direito à nacionalidade e da jurisprudência nessa temática, trazendo à luz a concessão de nacionalidade às irmãs Maha e Souad Mamo, que impulsionou uma campanha global de combate à apatridia. Como resultado, espera-se o entendimento das nuances que envolvem essas violações de direitos e a disseminação da necessidade de pôr fim a um problema que, infelizmente, persiste.

Palavras-chave: direitos fundamentais; direito à nacionalidade; apátridas; apatridia no Brasil.

Abstract: This article intends to analyze the right to nationality based on the situation of stateless persons, especially in Brazil. It wants to understand the rules related to this socially vulnerable group, as well as the difficulties in the application and the effectiveness of the rights in this area. To reach this goal, it was decided to study the national and international instruments related to the right to nationality and the jurisprudence in this theme, bringing to light the concession of nationality to the sisters Maha and Souad Mamo, which boosted a global campaign to end statelessness. As a result, it is expected the understanding of the nuances surrounding these rights violations and the dissemination of the need to end a problem that, unfortunately, persists.

Keywords: fundamental rights; right to nationality; stateless; statelessness in Brazil.

Sumário: Introdução. 1. O Direito Fundamental à nacionalidade no Brasil. 1.1. Previsão normativa. 1.2. A real eficácia e os entraves à concretização desse direito. 2. A problemática dos apátridas. 2.1. Um panorama da apatridia no mundo. 2.2. Um panorama da apatridia no Brasil. 2.3. O caso Maha e Souad Mamo. 3. A jurisprudência dos tribunais superiores e os seus impactos na situação dos apátridas no Brasil. Conclusão.

¹ Graduanda em Direito na Universidade Federal da Bahia (UFBA).

² Graduando em Direito na Universidade Federal da Bahia (UFBA).

³ Graduanda em Direito na Universidade Federal da Bahia (UFBA).

⁴ Graduando em Direito na Universidade Federal da Bahia (UFBA).

INTRODUÇÃO

A questão da apatridia no Brasil e no mundo vem sendo paulatinamente debatida e, a esse respeito, decisões são formuladas com o intuito de diminuir a ocorrência do problema. Todavia, é válido salientar que essa adversidade, apesar de existir há bastante tempo, ganhou maior relevância após a segunda metade do século XX, como consequência das mudanças geopolíticas provocadas pelo fim da Segunda Guerra Mundial.

Nas últimas décadas, foram realizados importantes avanços nos âmbitos nacional e internacional, a fim de amenizar e propor soluções a longo prazo para erradicar o problema. Entende-se por apátrida, a partir da definição feita na primeira página da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, “[...] toda pessoa que não seja considerada por qualquer Estado, segundo a sua legislação, como seu nacional” (BRASIL, 2002). Neste contexto, é possível observar a extrema vulnerabilidade e privação de direitos fundamentais dos indivíduos que se inserem nesse grupo social. Infelizmente, os Estados acabam por não reconhecer a existência dessas pessoas, de modo que a maioria das informações dessa problemática provêm de órgãos especializados em direitos humanos (CHÍXARO, 2020).

Visto isso, o reconhecimento e a proteção dos casos de apatridia é de suma importância, posto que, em um cenário de necessária defesa dos direitos individuais, estas pessoas ainda não têm a devida atenção que merecem para a resolução de suas demandas jurídico-sociais. Isto exposto, tem-se por objetivo analisar e entender as dificuldades na garantia do direito à nacionalidade, com foco na situação dos apátridas, principalmente no Brasil - país que, mesmo com diversos problemas na seara jurídica, se esforça para estabelecer e respeitar o direito fundamental à nacionalidade. Na seara internacional, a ênfase será dada ao caso icônico das irmãs Maha e Souad Mamo, que foram as primeiras apátridas a terem a nacionalidade brasileira reconhecida.

Através da investigação do fenômeno da apatridia - conjuntura internacional e nacional, motivos para o seu surgimento, dentre outros - e do estudo jurisprudencial, o tema será trazido ao debate e, espera-se, elucidado.

1. O DIREITO FUNDAMENTAL À NACIONALIDADE NO BRASIL

1.1. Previsão normativa

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, é um instrumento jurídico de extrema importância para a organização social, política e econômica do país e representa um marco na conquista por direitos. Dentre os direitos fundamentais que visa a garantir⁵, o presente trabalho detém suas análises no direito à nacionalidade, exposto no art. 12 do referido instrumento normativo.

Segundo André de Carvalho Ramos (2017, p. 902), a nacionalidade “consiste no vínculo jurídico-político entre determinada pessoa, denominada nacional, e um Estado, pelo qual são estabelecidos direitos e deveres recíprocos”. Neste sentido, a pessoa que detém a nacionalidade é aquela que goza da proteção estatal e do acesso aos serviços públicos, bem como possui deveres a serem cumpridos para o Estado ao qual é vinculado - por exemplo, o pagamento de impostos.

Na perspectiva histórica, o direito à nacionalidade foi uma conquista lenta e fruto das revoluções liberais (RAMOS, 2017, p. 902-903), na medida em que, para efetivar a participação do povo e frear a arbitrariedade do governo, foi necessário definir quem era este povo e dotá-lo de poder para construir a comunidade política. Consoante a isso, Gilmar Mendes chama atenção para a associação inevitável que essa garantia tem com o ser humano sendo, portanto, aplicável às pessoas jurídicas e às coisas apenas por extensão (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 765).

Depois de firmado o entendimento da nacionalidade como um direito fundamental do ser humano, foi preciso incluí-la nos dispositivos que conferem esses direitos. Em âmbito internacional, a nacionalidade passa a compor o rol de direitos humanos e é elencada em vários tratados e convenções.

O primeiro marco normativo nesse sentido se deu com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, ou DUDH, (OHCHR, 1948), que consagrou, em seu art. 15, além do direito à nacionalidade, o impedimento de se privar o indivíduo desta ou da mudança desta. Em 1951,

⁵ Os direitos e garantias fundamentais são explicitamente listados no Título II da Constituição de 1988, mas, por extensão interpretativa, é possível incluir nesta categoria outros direitos que se encontram espalhados nas demais partes da Constituição.

a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados (BRASIL, 1961) reforçou essas ideias e protegeu os titulares contra discriminação por motivo de nacionalidade⁶.

É em 1954, porém, que o tema da nacionalidade ganha a relevância que se busca no presente artigo, isto é, se relaciona com a situação das pessoas sem nacionalidade - ou, simplesmente, com os apátridas - a partir da promulgação da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas (BRASIL, 2002), que vigorou a partir de 1960, esmiuçou o tema da apatridia e teve suas garantias ampliadas com a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia (BRASIL, 2015), de 1961.

Na esfera nacional, a DUDH não foi expressamente incorporada, visto que sua adoção se deu na forma de resolução⁷ pela Organização das Nações Unidas (ONU) e, assim sendo, não teria força de lei no país (PIOVESAN, 2015, p. 222). Entretanto, Flávia Piovesan (2015, p. 222-226) aduz para o caráter vinculante deste documento com base em duas interpretações: pela sua relação com a Carta das Nações Unidas (BRASIL, 1945) e pela consagração desta Declaração como norma consuetudinária do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Todavia, as Convenções supracitadas foram ratificadas pelo Brasil através de decretos. Ademais, a Constituição de 1988 aborda o tema mais detalhadamente, definindo dois critérios para aquisição da nacionalidade: solo e sangue.

A nacionalidade pelo critério de solo, ou *jus soli*, independe da expressão de vontade e é conquistada puramente pelo nascimento do indivíduo no território brasileiro, sendo também chamada de nacionalidade nata⁸.

Por sua vez, a nacionalidade pelo critério de sangue, ou *jus sanguinis*, exige a manifestação de vontade, tornando-se o indivíduo que a alcança um brasileiro naturalizado e, além de estipulada na Constituição, encontra suas bases normativas também na Lei de Migração (BRASIL, 2017). Desta forma, naturalizar-se brasileiro é “adquirir a nacionalidade brasileira, na forma prevista em lei” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 769).

⁶ A definição trazida nesta Convenção, voltada para os refugiados e solicitantes de refúgio, promoveu avanços fundamentais no Direito Internacional e na proteção aos grupos que são alvo de discriminação. Contudo, é uma definição limitada ao contexto histórico da década de 50 e, por isso, outros instrumentos buscaram ampliar as garantias deste dispositivo, a exemplo do Protocolo de 1967. Cf. https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Protocolo_de_1967.pdf. Acesso em: 09 abr. 2021.

⁷ ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução 217 A (III), de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: [https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217\(III\)&Lang=E](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217(III)&Lang=E). Acesso em: 11 abr. 2021.

⁸ Igualmente, é considerado brasileiro nato o indivíduo que nasce no estrangeiro, desde que obedecidas certas condições impostas pela Constituição no art. 12, I, “b” e “c”. Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 abr. 2021.

Acentua-se que a Lei de Migração foi, ainda, um avanço no acolhimento aos apátridas porque contou com um trecho direcionado exclusivamente para este grupo; mais que isso, foi importante a amplitude deste dispositivo: as proteções são concedidas desde antes (BRASIL, 2017, art. 26, § 2º) até depois do reconhecimento da apatridia, bem como há a garantia da interposição de recurso em caso de não reconhecimento pelo Governo (BRASIL, 2017, art. 26, § 9º).

Outrossim, a legislação brasileira busca não realizar distinção entre as duas categorias, defendendo que o brasileiro naturalizado pode exercer todo e qualquer direito que não seja exclusivo dos brasileiros natos. As únicas exceções são aplicadas nos casos previstos pela própria Constituição (BRASIL, art. 12, § 2º), a saber, de admissão para determinados cargos públicos e em relação ao processo de extradição.

Cabe ressaltar que a adoção de um sistema misto de nacionalidade

[...] assenta-se, principalmente, na intenção – já manifestada pela Assembléia Geral das Nações Unidas quatro décadas antes – de se eliminar ao máximo as possibilidades de ocorrência dos chamados apátridas [...] Contudo, não obstante a boa intenção do constituinte, não se conseguiu eliminar a existência de pessoas sem nacionalidade e, por consequência, sem cidadania (JÚNIOR, 2010).

Porém, Ana Raquel Menezes (SOCIAL SCIENCE LAB, 2021) chama atenção para a obscuridade que o critério de sangue pode trazer para o Direito, pois delega aos Estados a definição dos parâmetros a serem adotados na concessão da nacionalidade - definição esta que envolve aspectos sociopolíticos e, por vezes, é permeada por posturas estatais preconceituosas e que dificultam a concessão da nacionalidade. Por conseguinte, se todos os países prezassem pela garantia da nacionalidade *jus soli*, a situação de apatridia seria consideravelmente reduzida, pois todo e qualquer indivíduo nasce em local específico e a ação do Estado se daria apenas para reconhecer este fato e confeccionar os documentos probatórios.

Desse modo, é essencial aprofundar as discussões no real alcance do direito à nacionalidade e na sua efetividade enquanto direito fundamental no Brasil, bem como compreender as dificuldades na afirmação deste direito.

1.2A real eficácia e os entraves à concretização desse direito

Como já exposto, há inúmeros instrumentos jurídicos que versam sobre o direito à nacionalidade e que foram verdadeiras conquistas para muitos, haja vista que lhes asseguraram a proteção diplomática de algum Estado, além de garantias, direitos e deveres. Porém, apesar

da existência desses artifícios, existem muitas questões que impedem determinados grupos de pessoas de obterem ou manterem o direito à nacionalidade, tornando-as apátridas.

Em um documento publicado no âmbito internacional, o Alto Comissariado da ONU para Refugiados (ACNUR) define a pessoa apátrida como “[...] someone who is not considered as a national by any State under the operation of its law”⁹ (UNHCR, 2014, p. 7). Além disso, esclarece quais são as consequências imediatas dessa privação, a saber:

Stateless persons are often denied enjoyment of a range of rights such as identity documents, employment, education and health services. Statelessness can lead to forced displacement just as forced displacement can lead to statelessness. It can also contribute to political and social tensions. The exclusion and denial of rights to large populations because they are stateless can impair the economic and social development of States¹⁰ (UNHCR, 2014, p. 7).

As condições indignas às quais essas pessoas são expostas independem da causa que as leva à essa condição, que são inúmeras, mas têm como principais: o conflito negativo nas leis de nacionalidade, a discriminação de gênero, o casamento ou o divórcio em alguns países, dentre outros critérios mais específicos, como a dissolução de um Estado.

O conflito negativo nas leis de nacionalidade, segundo Ana Raquel Menezes (SOCIAL SCIENCE LAB, 2021), é uma das causas mais conhecidas para a apatridia e ocorre quando as legislações sobre nacionalidade de dois Estados entram em conflito; assim, o indivíduo não consegue a nacionalidade de nenhum destes. Isso ocorre, geralmente, quando um Estado determina o critério *jus sanguinis*. O documento “Nacionalidade e Apatridia”, do ACNUR (2014b, p. 34), esclarece que “ambos os regimes legais podem estar redigidos corretamente, mas os problemas surgem quando se implementam conjuntamente”.

A discriminação de gênero no processo de aquisição da nacionalidade é um outro fator dificultador e consiste no impedimento da mulher em transferir a nacionalidade para os seus filhos. Segundo o relatório “Background Note on Gender Equality, Nationality Laws and Statelessness 2017” (UNHCR, 2017, p. 1), essa problemática está presente em 26 países¹¹ - a maioria deles localizados na África e no Oriente Médio -, variando entre eles o grau de rigidez das proibições. Então, exemplificando, se uma mulher do Qatar tiver um filho com um apátrida,

⁹ “[...] alguém que não é considerado como cidadão por nenhum Estado sob o funcionamento de sua lei” (trad. nossa).

¹⁰ “As pessoas apátridas normalmente é negado o gozo de uma gama de direitos, como documentos de identidade, emprego, educação e serviços de saúde. A apatridia pode levar a um deslocamento forçado, assim como o deslocamento forçado pode levar à apatridia. Também pode contribuir para tensões políticas e sociais. A exclusão e negação de direitos a grandes populações devido à sua situação de apatridia pode prejudicar o desenvolvimento econômico e social dos Estados” (trad. nossa).

¹¹ Bahamas, Bahrein, Barbados, Brunei, Burundi, Irã, Iraque, Jordânia, Kiribati, Kuwait, Líbano, Libéria, Líbia, Malásia, Mauritânia, Nepal, Omã, Qatar, Arábia Saudita, Serra Leoa, Somália, Sudão, Suazilândia, Síria, Togo e Emirados Árabes Unidos.

este filho também será um apátrida; caso ela tenha um filho com um estrangeiro, a apatridia para a criança dependerá de quais critérios o país do pai adota para aceitarem-no como nacional ou não. Sobre isso, é célebre pontuar que

A discriminação de gênero presente em leis de nacionalidade de muitas nações colabora para aumentar o número de pessoas apátridas no mundo. As mulheres que não têm reconhecidos seus direitos em igualdade com os dos homens acabam constituindo-se em apátridas ou, conforme relatório mencionado, geram filhos apátridas. Estas mulheres situam-se, como explicado por Crenshaw, no eixo em que se interseccionam diversas variáveis – gênero, etnia, patriarcado, raça, classe, religião – que conformam o desempoderamento e a inferioridade destas mulheres e, consequentemente, de suas famílias (SIMÕES; CAMPOS, 2019, p. 1738).

Segundo documento do ACNUR (2011b), diversos países no norte da África já começaram a mudar suas leis para tratar dessa questão, mas, em tantos outros, apenas homens podem passar a nacionalidade para seus filhos, principalmente no Oriente Médio e na África.

Quanto à questão do casamento e do divórcio, a problemática está no fato de alguns países exigirem que a mulher renuncie à própria nacionalidade para se casar com um homem estrangeiro:

Alguns Estados alteram automaticamente a nacionalidade da mulher quando ela se casa com um estrangeiro. Uma mulher poderia, então, tornar-se apátrida se não adquirir automaticamente a nacionalidade do seu marido ou se o marido não possuir uma nacionalidade. Uma mulher também poderia tornar-se apátrida se, depois de receber a nacionalidade do marido, o casamento se dissolver e ela perder a nacionalidade adquirida em razão do casamento, sem readquirir automaticamente a sua antiga nacionalidade (ACNUR, 2014, p. 39).

Outro entrave à concretização do direito à nacionalidade é a sucessão ou a dissolução de Estados; são casos em que há uma mudança territorial ou na soberania do país. Esta última remonta às situações em que um Estado adquire a independência de um poder colonial e há um certo abandono no período pós-colonial, visto que o colonizador passou muito tempo no território, garantindo a cidadania e, quando deixa a região, as pessoas ficam sem um Estado de referência. Essa situação é bastante comum nos continentes asiático e africano.

A outra possibilidade é mudança territorial, que ocorre em situações como a de dissolução de um Estado, se um novo Estado ou novos Estados sucederem ao que foi dissolvido ou quando parte de um Estado se separa para formar um novo Estado. Sobre essa situação, o ACNUR (2011b) destaca que, na primeira metade dos anos 1990, grande parte dos apátridas do mundo tinha perdido a nacionalidade devido à secessão de países. Os turbulentos desmembramentos da União Soviética, Iugoslávia e Tchecoslováquia causaram migrações internas e externas que tornaram centenas de milhares de pessoas apátridas tanto no Leste Europeu quanto na Ásia Central. Vinte anos depois, dezenas de milhares de pessoas na região ainda permanecem apátridas ou em risco de apatridia.

Segundo o instrutivo documento do ACNUR (2014b), cada um desses eventos pode levar à adoção de novas leis, interpretações ou decretos sobre nacionalidade e/ou novos procedimentos administrativos, o que ceifaria a garantia de nacionalidade de muitos indivíduos nesses locais. Por não estar de acordo com os novos critérios, um grande contingente passaria de nacional à situação de apatridia, a exemplo das milhares de pessoas no Leste Europeu e na Ásia Central que, após a dissolução da União Soviética, Iugoslávia e Checoslováquia migraram e, anos após, permanecem sem acesso a esse direito (ACNUR, 2011b). Os relatos dos que vivem situação análoga, denotam a vulnerabilidade em que se encontram: “se eu tivesse documentos, conseguiria sustentar minha família. Mas agora sou um fardo para eles. Faz 14 anos que não consigo visitá-los”, afirma Damir, que emigrou do Tajiquistão para a Ucrânia e perdeu seu passaporte soviético (ACNUR, 2011b, p. 2).

Além desses critérios que levam à apatridia, há outro que merece uma análise atenciosa: o de pais apátridas. Esse é um quesito bastante problemático, pois leva a uma espécie de consumação desse estado pela “hereditariedade” da apatridia, afinal, para muitos países, não há como registrar um filho de alguém que não possui nenhum documento, nenhuma relação de cidadão com um Estado; a pessoa é deixada na invisibilidade social e política.

“É a pior coisa que pode acontecer a um ser humano. Significa que você é uma não-entidade, você não existe, não é cuidado, você não conta para nada. No Quênia, se você não tem um documento de identidade você não existe”, afirma a anciã Nubian, em Kibera, Quênia. “Tenho filhos e netos e quero que sejam capazes de administrar o próprio futuro. Todos deveriam sentir que podem realizar seus sonhos” (ACNUR, 2011b, p. 1).

O Alto Comissariado (2011b) evidencia, ainda, outra questão que soma gravidade ao problema, principalmente nos países em desenvolvimento: o não-registro de crianças ao nascer, que impede a comprovação do local de nascimento e de quem são seus pais. Não ter uma certidão de nascimento não indica, automaticamente, a falta de cidadania, mas em muitos países - e com a crescente mobilidade migratória global nos últimos anos - não ter registro de nascimento, documentos probatórios de suas origens ou identidade legal pode, como ocorre repetidas vezes, levar à apatridia.

Por fim, outro agravante para a questão da nacionalidade é a discriminação racial e étnica. Apesar de não existirem leis específicas que proíbam as pessoas de adquirirem nacionalidade devido a raça ou etnia delas, muitas vezes são postos inúmeros obstáculos burocráticos e outras dificuldades nesse processo, visto que não há vontade política para resolver o problema. As legislações dos países com essa postura atuam de forma contrária ao que a ONU recomenda, marginalizando e dificultando o acesso à cidadania.

Além dos já citados instrumentos jurídicos de proteção à nacionalidade em vários países, há também os que buscam erradicar todos os entraves expostos acima, por exemplo, as supracitadas convenções de 1954 e de 1961, tendo esta última um texto que melhor fornece orientações sobre as leis de nacionalidade e estimula os países a estabelecer o critério *jus solis*. Além disso, recomenda a não retirada da nacionalidade de pessoas que se tornariam apátridas com isto, visto que mesmo pessoas que têm duas ou três nacionalidades podem ficar desamparadas se alguma delas não for segura e, por isso, não se deve proceder com a retirada; mesmo nos casos em que a pessoa, voluntariamente, queira abrir mão desse direito - comum nas situações de casamento -, orienta-se que os Estados não permitam ou dificultem esse ato.

A partir dessas orientações, surgem inúmeros guias internacionais que pregam esses mecanismos para a diminuição da ocorrência de apatridia. Dentre eles, destaca-se a campanha #IBelong, que foi lançada em 2014 visando a acabar completamente com a apatridia em até 10 anos. Apesar de existirem muitos movimentos, esse é o que possui maior apoio e visibilidade midiática. A partir dele surgiu o documento chamado “Global Action Plan to End Statelessness” (UNHCR, 2014), que traz 10 ações voltadas para prevenir e proteger as pessoas apátridas através da resolução das diversas questões que as levam a tal situação, as quais foram - em sua maior parte - tratadas acima.

A importância de haver convenções sobre a apatridia é significativa e o esforço no sentido de identificar essas pessoas é fundamental para adereçar as dificuldades que enfrentam e para permitir que os Governos, o ACNUR e outros agentes possam prevenir e reduzir a apatridia (ACNUR, 2018a).

Na prática, porém, a questão ainda é bastante complexa. Conforme dados do ACNUR, estima-se que ainda existam 12 milhões de apátridas ao redor do mundo (ACNUR, 2011b) e, apesar dos muitos avanços e histórias de sucesso, a apatridia ainda é considerada um problema invisível, dada a situação de marginalidade em que os apátridas são postos e a resistência de muitos países encontrada pela ONU.

Um último “entrave” a ser citado é a soberania dos Estados, pois, devido a ela, os países têm o arbítrio para determinar se as pessoas vão ou não ser reconhecidas como cidadãos. Esta é uma prerrogativa que lhes é conferida e nenhum indivíduo ou órgão pode forçar o reconhecimento da nacionalidade, o que, muitas vezes, dificulta a redução da apatridia. Se, por um lado, os países estão subordinados aos tratados internacionais aos quais aderiram - e, por isso, devem respeitar certos limites em respeito aos direitos humanos -, outros optam pela não adesão e ficam fora das possibilidades de observância e fiscalização do Direito Internacional.

Assim, os tratados funcionam para que haja a ponderação entre os critérios de nacionalidade dos Estados e a subordinação aos tratados aos quais estão submetidos, mas, reiterando, se o Estado não entrou nas convenções e/ou tratados, elas não têm força, logo, a proteção normativa é pouco ampla e pouco eficaz.

Por fim, destaca-se que, apesar de muitos países dificultarem esse acesso à nacionalidade, há os que caminham na contramão; o Brasil é um deles, visto como exemplo para o mundo devido às suas boas práticas (ACNUR, 2011a). No país, há a Lei de Migração e um ordenamento jurídico voltado à apatridia, que estabelece três mecanismos para erradicar esse problema, como o critério misto de nacionalidade. Outro mecanismo é a determinação de procedimentos específicos e humanizados nesta área, que seguem as recomendações internacionais, investigando as ligações da pessoa com outros Estados e a possibilidade de lhes conferir nacionalidade.

Se não puder ser reconhecido como nacional por nenhum país, aplica-se o terceiro mecanismo, específico para os apátridas e que visa facilitar a naturalização com menos exigências - de requisitos e documentos - quando comparada à naturalização de indivíduos que são nacionais de outros países.

2. A PROBLEMÁTICA DOS APÁTRIDAS

2.1. Um panorama da apatridia no mundo

A priori, cabe-se estabelecer que, além da relação direta com o indivíduo, a noção de nacionalidade está atrelada ao conceito de Estado e, como coloca Dalmo Dallari (2003, p. 118), consiste em uma “ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”. Em uma perspectiva mais ampla, apesar da existência da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, tratado multilateral da ONU, a questão da apatridia ainda é tratada de forma extremamente heterogênea entre os países.

Nesse contexto, inúmeros são os grupos que, ao redor do mundo, se encontram em situação de desamparo e, conseqüentemente, são socialmente marginalizados, de modo a criar um cenário de ressentimento e medo, a exemplo dos Rohingya - a mais expressiva minoria apátrida no mundo (ACNUR, 2017) -, concentrados em Rakhine, no Mianmar. O conflito entre os rohingyas, de maioria muçulmana, e a população budista birmanesa predominante no país tomou um rumo assustadoramente violento desde 2012, quando os rohingyas passaram a ser atacados de forma incessante, ocasionando milhares de mortes. Nesse cenário lutuoso, o fluxo

de deslocamentos dessa minoria em direção a países de predominância muçulmana, como Indonésia e Malásia, tem se intensificado significativamente (BBC NEWS, 2015).

O governo de Mianmar tem se recusado a reconhecer a comunidade rohingya como cidadãos de direito, arguindo que seriam naturais de Bangladesh. Os rohingyas, por sua vez, alegam descender de mercadores muçulmanos que foram deslocados pela exploração ultramarina britânica no século XIX. Contudo, o governo birmanês se diz disposto a conceder a cidadania a esse grupo se este se identificar como bengali (SHAMS, 2017) - naturais de Bangladesh -, constituindo um afronte e uma desvalorização da etnia rohingya, sendo, assim, uma possibilidade rechaçada pelo grupo.

Os bidunes - denominação para pessoa apátrida no mundo árabe (HUMAN RIGHTS WATCH, 1995) -, localizados no Kuwait, se encontram em situação semelhante à dos rohingyas. Esse grupo consiste, majoritariamente, em descendentes de tribos nômades vindas da Península Arábica durante a independência do Kuwait, em 1961, os quais não solicitaram ou não apresentaram a documentação exigida para adquirir a nacionalidade. Essa situação se agrava, nesse compasso, durante a invasão do Iraque em 1991, na qual os bidunes se aliaram ao Iraque, contribuindo assim para um maior distanciamento desse grupo dentro da sociedade kuwaitiana (BBC NEWS, 2013). Nesse contexto, direitos básicos como saúde, educação e direitos políticos encontram-se privados dessa parcela da população, o que contribui para a precariedade da qualidade de vida e para a marginalização desse grupo.

Outro extenso grupo apátrida que deve ser pontuado são os ciganos, os quais se encontram espalhados nas mais diversas regiões do globo. Contudo, diferentemente dos demais grupos em estudo, grande parte da comunidade cigana se recusa a contrair uma nacionalidade, tendo em vista que se enxerga como uma “nação cigana”, fundamentada no nomadismo e não pertencente a um Estado; assim, constroem a sua própria nacionalidade (TEIXEIRA, 2009). Dessa forma, por conta da cultura nômade, os ciganos conseguem alcançar brechas legislativas e garantir alguns direitos básicos assegurados pelos Estados, que se preocupam com os danos que essa circulação irregular de pessoas pode causar no seu território. Essa situação, por sua vez, é vista como uma estratégia de perpetuação da identidade étnica e da autonomia desse grupo diante dos limites impostos pelos países, os quais buscam determinar uma forma de viver atrelada a um território formalmente delimitado.

Sob outro prisma, alguns países se destacam positivamente ao que tange à questão dos apátridas, a exemplo da implementação da lei especial de proteção aos apátridas e facilitação do seu processo de naturalização que ocorreu no Paraguai (ACNUR, 2018b). Aprovada pelo Senado paraguaio em 2017, a lei especial busca garantir os direitos humanos e facilitar a

naturalização desses grupos, tornando-se fundamental para evitar a imersão de seus descendentes no problema e assegurando a nacionalidade para filhos de pai e/ou de mãe paraguaios sem residência no país.

2.2. Um panorama da apatridia no Brasil

Trazendo essa análise para o cenário nacional, após a promulgação da Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia, o Brasil tornou-se um expoente no que concerne à temática. Essa situação se justifica, principalmente, porque as pessoas reconhecidas como apátridas estão protegidas pela já mencionada Lei de Migração, que estabelece três mecanismos para o combate à apatridia, possibilitando condições básicas de vida, como trabalhar e emitir documentos, do mesmo modo que ocorre com os imigrantes regularizados.

Ademais, o processo de naturalização no Brasil é mais simples do que na maioria dos demais (MELO, 2020), a exemplo de países que constituem a União Europeia, que, por sua vez, estabelecem uma série de obstáculos para a naturalização, como aplicação de “testes de conhecimento” sobre a sociedade e a comprovação de renda suficiente para se manter (WELLE, 2006). Em contrapartida, para se auferir a nacionalidade brasileira, são necessários requisitos menos exigentes (BRASIL, 1988, art. 12, II, “a” e “b”) e, reitera-se, não há necessidade de renúncia da nacionalidade anterior quando se adquire a brasileira (BRASIL, 2002), de maneira a desburocratizar, cada vez mais, os processos migratórios. Outrossim, o Brasil, sendo subscritor da Convenção de 1954, evidencia o desejo de “regular e melhorar a condição dos apátridas mediante um acordo internacional” (BRASIL, 2002, Preâmbulo). Convém frisar, além disso, que o compromisso de erradicação da apatridia nos próximos 10 anos está contido no Plano de Ação do Brasil (ACNUR, 2014b), baseado no Global Action Plan to end Stateless (UNHCR, 2014b).

A edificante postura do Brasil diante desse problema repercutiu no plano mundial, tornando-o destaque nas campanhas do ACNUR e de outros organismos internacionais sobre combate à apatridia. Essa notoriedade se dá, principalmente, pelo sucesso do movimento “Brasileirinhos apátridas”, relacionado à Emenda Constitucional (SANT'ANNA; ROSSO, 2011, p. 464-465), que tornou possível a nacionalidade para os filhos de brasileiros nascidos no exterior depois de 1994.

Diante desse cenário, em 26 de junho de 2018, ocorre o reconhecimento das primeiras pessoas como apátridas pelo Brasil (HUGUENEY, 2018) tornando, assim, uma realidade a tão almejada naturalização no Brasil.

2.3. O caso Maha e Souad Mamo

Devido aos já citados segundo e terceiro mecanismos que o Brasil adota, muitas pessoas foram naturalizadas brasileiras desde 2018. Um dos casos que recebeu destaque foi o de Maha Mamo, atual embaixadora voluntária da campanha #IBelong, e sua irmã Souad.

As irmãs nasceram no Líbano já na condição de apátridas, visto que, devido ao critério sanguíneo adotado pelo país, não tinham direito automático à nacionalidade libanesa. Maha e Souad são filhas de pais sírios, porém, também não conseguiram a identificação como cidadãs sírias, pois a mãe não pode transmitir a nacionalidade e o pai, por conta do casamento inter-religioso com a mãe das crianças - o que não é permitido na Síria - também não pôde garantir esse direito às meninas. O que se vê, portanto, são crianças rejeitadas e, desde o nascimento, tendo seus direitos tolhidos. Primeiramente, elas tiveram a nacionalidade negada por serem vistas como crianças “out of the wedlock”¹² e, depois, por conta dos critérios exigidos pelo país.

As crianças da família Mamo enfrentaram inúmeras das dificuldades impostas pela posição de apátrida, mas conseguiram o acesso à educação por meio de um pedido dos pais ao diretor da escola e, por isenções especiais, tiveram sua conclusão escolar certificada (NAÇÕES UNIDAS, 2016). Maha relata que, mesmo conseguindo a conclusão escolar, não teve acesso ao curso dos seus sonhos, pois foi aceita em apenas uma faculdade. “Ser uma apátrida é muito mais doloroso quando você sabe que sua capacidade é muito maior do que aquilo que te permitem fazer [...] você não sabe seu potencial, se não te dão o direito de existir”, disse ela (NAÇÕES UNIDAS, 2016).

Ao longo de sua vida, Maha tentou vários contatos no Líbano para conseguir a cidadania, enquanto vivia irregularmente. Em busca de uma solução no exterior, tentou contato e ajuda com vários países, através do reassentamento por meio do ACNUR, mas não obteve êxito na missão de garantir a nacionalidade. A resposta positiva veio em 2014, quando Souad enviou uma carta à embaixada brasileira no Líbano e, logo em seguida, ela e Maha estavam legalmente autorizadas a deixarem o país de origem para virem ao Brasil.

Em solo brasileiro, as irmãs receberam um visto de seis meses por ter descendência síria, o que lhes possibilitou abrir uma solicitação de refúgio. Em 2016, elas conseguiram o status de refugiadas no país - o primeiro passo para a ampla conquista de direitos, visto que obtiveram muitos direitos similares aos dos brasileiros. Dentre estes, pela primeira vez, o de

¹² Crianças “fora do casamento” e, por conseguinte, culturalmente rechaçadas. Cf. SOCIAL SCIENCE LAB. The Saturday Lecture with Ms. Ana Raquel Menezes, in a lecture titled: “Statelessness”, 2021. 1 vídeo (46m26s).

possuir um documento de identidade - o Registro Nacional de Estrangeiro (NAÇÕES UNIDAS, 2016).

Em junho de 2018, as irmãs Mamo foram, finalmente, as primeiras pessoas reconhecidas como apátridas pelo Estado brasileiro, depois da decisão proferida pelo Ministro da Justiça Torquato Jardim (BRASÍLIA, 2018a), que só foi possível devido à Lei de Migração - a qual ampliou o escopo de garantias jurídicas e possibilitou o fundamento da decisão na legislação nacional, que converge com a internacional.

Com essa mudança de status, elas podem conseguir o direito à nacionalidade brasileira, o que ocorreu em outubro do mesmo ano. Maha¹³ e Souad Mamo foram naturalizadas¹⁴ formalmente em um evento do ACNUR, pelo Coordenador-geral do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), Bernardo Laferté, e pela Embaixadora Maria Nazareth Farani Azevêdo, representante permanente do Brasil junto à ONU em Genebra (BRASÍLIA, 2018b). Para as irmãs, finalmente tornarem-se cidadãs de algum Estado foi uma experiência transformadora - e isso não se resume às formalidades de documentação.

Para Souad, ter uma identidade brasileira significa finalmente existir para o resto do mundo. 'Quero um futuro pelo mundo. Com presença, existência, e sem medo de não ter uma pátria. Quero poder dizer que eu pertenço a algum lugar. De saber que lá, eu existo.' [...] Já Maha, diz que 'o passo mais importante que o Brasil deu com a nova lei de migração, no sentido de acabar com a apatridia, foi criar uma definição do que é ser apátrida, algo que não existia na legislação brasileira. Com essa definição, é possível facilitar a naturalização das pessoas apátridas no Brasil' (HUGUENEY, 2018).

Além das irmãs Mamo, outros imigrantes foram reconhecidos como apátridas desde o início da vigência da supracitada lei. Segundo reportagem da Agência Brasil (MELO, 2020), um balanço divulgado pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública revelou que 16 imigrantes foram reconhecidos como apátridas¹⁵ desde 2017 e, destes, quatro foram naturalizados entre 2018 e 2019.

Mesmo após conseguir a própria naturalização, Maha não deixou de lutar pelos direitos dos apátridas e, atualmente, é porta-voz das pessoas apátridas no Brasil e no mundo, participando de eventos que estimulam o fim da apatridia, por exemplo, da Primeira Cúpula

¹³ Cf. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Portaria da SNJ n. 289, de 2018. Portaria Maha Mamo. Brasília, 27 set. 2018. Disponível em: https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1538659939.43/anexos/portaria-m_aha-mamo.pdf

¹⁴ Cf. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Portaria da SNJ n. 290. Portaria Souad Mamo. Brasília, 27 set. 2018. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1538659939.43/anexos/portaria-souad-mamo.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2021.

¹⁵ Dentre os apátridas reconhecidos pelo Brasil, tem-se dois cidadãos sírios, dois egípcios, quatro libaneses, um chinês, um polonês, um kuwaitiano, um surinamês, um alemão, um paraguaio, um palestino e um japonês.

Mundial Humanitária para inspirar e revitalizar o compromisso dos países com a erradicação deste problema humanitário¹⁶. Em 2017, foi uma das oradoras principais em uma reunião de especialistas sobre o tema, convocada pelo ACNUR (2018c).

Atualmente, Maha desenvolve trabalhos com o ACNUR no Brasil e no mundo para falar sobre sua experiência como apátrida. Além disso, ela participa e apoia a campanha #IBelong, que faz parte de um esforço internacional para acabar com a apatridia no mundo, através da mudança de leis e práticas inadequadas nesta seara. Toda a trajetória de Maha Mamo, associado ao ativismo e aos esforços para a erradicação da apatridia, lhe deu um papel de destaque, principalmente nas Américas, onde a garota já sensibilizou diversos funcionários governamentais, parlamentares e organizações da sociedade civil sobre o problema da apatridia e a importância de garantir um acesso mais fácil à naturalização (ACNUR, 2018c).

3. A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E OS SEUS IMPACTOS NA SITUAÇÃO DOS APÁTRIDAS NO BRASIL

De certo, os tratados e convenções internacionais são instrumentos basilares para o entendimento da problemática dos apátridas. Logo, são inegáveis as consequências positivas da ratificação desses instrumentos para todo e qualquer Estado que busque solucionar esse entrave que, por vezes, é ignorado.

Em primeiro lugar, é importante salientar que tais instrumentos internacionais são utilizados não apenas para a proteção e o reconhecimento de indivíduos em circunstância de apatridia, mas também para promover a nacionalização destes. Um exemplo desse fato foi o caso Yean e Bosico vs. República Dominicana¹⁷, que chegou à Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) em 2005. Neste, o Estado negou conceder as certidões de nascimento para Yean e Bosico, duas crianças que teriam nascido no país em questão - o qual prevê, em seu ordenamento jurídico, que nacionais são “las personas nacidas en territorio nacional [...]”¹⁸, isto é, adota o critério *jus soli* para constatação da nacionalidade. Logo, por unanimidade, foi decidido que o Estado violou o direito à nacionalidade e várias outras garantias fundamentais.

¹⁶ Neste evento, ela participou como representante da juventude e única pessoa apátrida, fato que demonstra a ainda incipiente luta pelo reconhecimento e respeito a este grupo.

¹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Yean e Bosico vs. República Dominicana. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_por.pdf. Acesso em: 02 mai. 2021.

¹⁸ “As pessoas nascidas em território nacional [...]” (trad. nossa). Cf. REPÚBLICA DOMINICANA. Constitución Política de la República Dominicana, en 26 de enero de 2010. Art. 18, 3. Disponível em: <http://dominicana.gob.do/index.php/pais/2014-12-16-20-52-13>. Acesso em: 03 mai. 2021.

Ademais, a República Dominicana foi condenada a realizar um pedido de desculpas público e a adotar uma legislação e medidas administrativas necessárias para simplificar os procedimentos associados à apatridia¹⁹, tornando mais acessíveis os requisitos para o alcance da nacionalidade dominicana.

Vale ressaltar que um dos juízes que atuou nesse caso, o brasileiro Antônio Augusto Cançado Trindade, utilizou diretamente tanto o Estatuto dos Apátridas como a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia para fundamentar seu voto em favor da proteção das crianças Yean e Bosico²⁰.

Ainda a respeito dessa importância e delimitando essa temática à conjuntura brasileira, é importante atentar para a especialização normativa, visto que esse fato aproxima a aplicação do Direito da realidade de cada país. Ademais, essa adaptação à conjuntura local é prevista nas próprias normas internacionais, as quais admitem mudanças nessa aplicação conforme as deliberações de cada Estado - porém, cabe salientar que há limites, tanto explícitos (ACNUR, 2014b, p. 52) quanto implícitos²¹. Cita-se o APELREEX n. 13349/RN (BRASIL, 2011), reexame necessário relacionado ao processo de n. 2009.84.00.006570-0, que foi analisado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF-5) em 2011.

Neste caso concreto, o apelado Andrimana Buyoya Habizman chegou clandestinamente ao Brasil em razão de conflitos étnicos em seu país de origem, a República do Burundi. Habizman alegava ter nascido em solo burundiano, mas este Estado não o reconheceu como nacional e, apesar de suas tentativas de se fixar em outros países, também não foi aceito - sendo, inclusive, deportado em Portugal²². Por consequência, esse indivíduo foi delegado a um cenário de nenhuma proteção estatal e de desrespeito à sua condição de ser humano. Entretanto, ao final do processo, o TRF-5 reafirmou unanimemente o status de apátrida e negou provimento aos pedidos da União. Com isso, todos os direitos provenientes deste reconhecimento foram concedidos ao apelado.

¹⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Yean e Bosico vs. República Dominicana, p. 82. Op. cit.

²⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Yean e Bosico vs. República Dominicana, p. 85. Op. cit.

²¹ Por limites implícitos, compreende-se, neste trabalho, os limites na interpretação e na aplicação do Direito, os quais precisam respeitar a dignidade da pessoa humana e todos os demais direitos fundamentais que dela provêm - estejam estes listados ou não na Constituição brasileira.

²² Tal atitude pode, ainda, ir de encontro à determinação de não expulsão (princípio do non-refoulement), que foi instituída em diversos instrumentos internacionais com o fito de evitar expor essas pessoas a situações de perigo. Cf. CONVENÇÃO RELATIVA AO ESTATUTO DOS REFUGIADOS. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiado_s.pdf. Acesso em: 06 mai. 2021.

Além disso, cabe ressaltar que, no voto do Des. Federal Bruno Leonardo Câmara Carrá, houve a citação expressa ao Estatuto dos Apátridas e à Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia, de modo similar à fundamentação no âmbito continental de julgamento, demonstrando a influência desses mecanismos na jurisprudência brasileira.

Ressalta-se que, ainda que a jurisprudência brasileira atue para preencher lacunas nessa temática, uma falha ainda é bastante notável, segundo Bichara (2017, p. 247): não é claramente delimitado “qual é o órgão administrativo competente para outorgar o status de apátrida, tampouco o órgão competente para conduzir o processo de naturalização”, isto é, a Lei de Migração apenas atribui essa função ao órgão competente do Poder Executivo, de modo bastante evasivo.

Destarte, a jurisprudência dos tribunais superiores, tanto em nível nacional quanto em continental, demonstra a importância do reconhecimento da apatridia e da naturalização de indivíduos nessa condição, desde antes da existência de uma legislação interna e moderna, pensada especificamente para esse tema - como é a Lei de Migração -, posto que o Brasil se submeteu às normas internacionais. Por fim, é necessário observar que a irradiação dos efeitos dessas normas depende não somente da sua previsão em leis, mas também de uma observância do respeito a elas e da adesão às diretrizes internacionais.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, é evidente a persistência de diversos problemas relacionados à concessão de nacionalidade no Brasil e no mundo. Esses problemas são motivados por fatores de diversas naturezas - de gênero, raciais, sociais, religiosas etc. - e servem de justificativa para Estados que se escusam de proteger e acolher os nascidos em seu próprio solo.

Essa postura, conforme explicitado, é de extremo desrespeito ao Direito Internacional, que possui diversos tratados e convenções na área de direitos humanos, objetivando erradicar o problema da apatridia o mais breve possível. Nas últimas décadas, essas normas têm se intensificado e agentes nacionais e internacionais - a exemplo das Cortes Regionais e da ACNUR, que atuam esforçadamente na proteção aos grupos em vulnerabilidade - estão fiscalizando o cumprimento dessas definições.

Neste âmbito, apesar das constantes violações ao direito à nacionalidade, alguns países caminham no sentido de promover o atendimento às diretrizes internacionais e estão em um processo de facilitar o reconhecimento da apatridia e da outorga da nacionalidade. Conforme

visto, o Brasil se encaixa nesse movimento, na medida em que desenvolve uma legislação voltada para a garantia dos direitos fundamentais e uma jurisprudência que reafirma esses valores, quando necessário. Exemplo disso foi o caso das irmãs Maha e Souad Mamo, abordado no decorrer do artigo, que ilustra essa postura brasileira e serve de exemplo para as demais nações.

Se o Brasil mantiver e fortalecer esse tipo de posicionamento, bem como se os demais países adotarem normas e procedimentos similares, a apatridia deixará de ser um problema invisibilizado e será mitigada aos poucos, de modo a assegurar os direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ACNUR - Alto Comissariado da ONU para Refugiados. **Apátridas**. 2018a. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/quem-ajudamos/apatridas/>. Acesso em: 09 abr. 2021.

_____. **Brasil é destaque em campanha global contra a apatridia**. 2011a. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2011/08/24/brasil-e-destaque-em-campanha-global-cont-ra-apatridia/>. Acesso em: 03 mai. 2021.

_____. **Declaração e Plano de Ação do Brasil**. 2014a. Disponível em: <https://www.acnur.org/cartagena30/pt-br/declaracao-e-plano-de-acao-do-brasil/#:~:text=Em%20%20e%203%20de,sobre%20os%20Refugiados%20de%201984>. Acesso em 01 mai. 2021.

_____. **Doze milhões de apátridas vivem em limbo legal**. 2011b. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/eventos/Apatridia_no_mundo.pdf?file=fileadmin/Documentos/portugues/eventos/Apatridia_no_mundo. Acesso em 12 abr. 2021.

_____. **Nacionalidade e Apatridia: Manual para Parlamentares n. 22**. 2014b. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/53d0a0974.html>. Acesso em: 12 abr. 2021.

_____. **Novo decreto facilita o processo de naturalização de estrangeiros no Brasil e combate a apatridia**. 2016a. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2016/05/17/no-vo-decreto-facilita-o-processo-de-naturalizacao-de-estrangeiros-no-brasil-e-combate-a-apatridia/>. Acesso em: 03 mai. 2021.

_____. **Paraguai se torna o primeiro país das américas a aprovar lei especial para a proteção dos apátridas e facilitar o processo de naturalização**. 2018b. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2018/08/13/paraguai-se-torna-o-primeiro-pais-das-americas-a-aprovar-lei-especial-para-protecao-dos-apatridas-e-facilitar-o-processo-de-naturalizacao/>. Acesso em: 04 mai. 2021.

_____. **Primeiras apátridas reconhecidas pelo Brasil recebem nacionalidade brasileira**. 2018c. Disponível em: <https://help.unhcr.org/brazil/2018/10/04/primeiras-apatridas-reconhecidas-pelo-brasil-recebem-nacionalidade-brasileira/>. Acesso em: 23 abr. 2021.

_____. **Relatório do ACNUR expõe a discriminação que permanece a vida das minorias apátridas pelo mundo**. 2017. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2017/11/03/r>

elatorio-do-acnur-expoe-a-discriminacao-que-permeia-a-vida-das-minorias-apatridas-pelo-mundo/. Acesso em: 04 mai. 2021.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução 217 A (III), de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: [https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/R/ES/217\(III\)&Lang=E](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/R/ES/217(III)&Lang=E). Acesso em: 11 abr. 2021.

BBC NEWS. **Kuwait MPs pass law to naturalise 4,000 stateless Bidun**. 2013. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-middle-east-21857431>. Acesso em: 03 mai. 2021.

_____. **Quem são os rohingyas, povo muçulmano que a ONU diz ser alvo de limpeza étnica**. 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-41257869#:~:text=Como%20diz%20Jonathan%20Head%2C%20cerca,BBC%2C%20n%C3%A3o%20s%C3%B3%20%C3%A9%20social>. Acesso em: 15 abr. 2021.

_____. **Rohingyas: o povo muçulmano que o mundo esqueceu**. 2015. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/05/150511_rohingyas_esquecidos_lgb. Acesso em: 15 abr. 2021.

BICHARA, Jahyr-Philippe. O tratamento do apátrida na nova lei de migração: entre avanços e retrocessos. **Revista de Direito Internacional**, v. 14, n. 2, p. 237-252, 2017. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/4619/pdf>. Acesso em: 02 mai. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 abr. 2021.

_____. Decreto n. 19.841, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm. Acesso em: 09 abr. 2021.

_____. Decreto n. 50.215, de 28 de janeiro de 1961. Promulga a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/d50215.htm. Acesso em: 09 abr. 2021.

_____. Decreto n. 70.946, de 07 de agosto de 1972. Promulga o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d70946.htm. Acesso em: 09 abr. 2021.

_____. Decreto n. 4.246, de 22 de maio de 2002. Promulga a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4246.htm. Acesso em: 09 abr. 2021.

_____. Decreto n. 8.501, de 18 de agosto de 2015. Promulga a Convenção para a Redução dos Casos de Apátridia. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2015-2018/2015/decreto/d8501.htm. Acesso em: 09 abr. 2021.

_____. Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm. Acesso em: 09 abr. 2021.

_____. Tribunal Regional Federal (5ª. Região). APELREEX n. 13349/RN (2009.84.00.006570-0). Apelante: União. Apelado: Andrimana Buyoya Habizman. Relator: Desembargador Federal Bruno Leonardo Câmara Carrá. Recife, 29 de setembro de 2011. Disponível em: https://www4.trf5.jus.br/data/2011/11/200984000065700_20111117_3737121.pdf. Acesso em: 02 mai. 2021.

BRASÍLIA. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Governo Federal. **Ministro da Justiça assina o primeiro reconhecimento de apatridia do país**. 2018a. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-ve-nitf-content-67>. Acesso em: 19 abr. 2021.

_____. **Primeiras apátridas reconhecidas pelo Brasil recebem nacionalidade brasileira**. 2018b. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1538659939.43#:~:text=Bras%C3%ADlia%2C%204%2F10%2F2018,reunido%20em%20Genebra%2C%20na%20Su%C3%ADa%2C%20A7a>. Acesso em: 23 abr. 2021.

CARVALHO, Lidianne Araújo Aleixo de. **O sistema de proteção internacional aos indivíduos apátridas e a atuação do Estado brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/jspui/handle/123456789/23587>. Acesso em: 03 mai. 2021.

CHÍXARO, Bruna de Oliveira. **Proteção dos apátridas no Brasil: o tratamento da apatridia na nova lei de migração brasileira**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de Fortaleza, Manaus, 2020. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/ObraBdtdSiteTrazer.do?method=trazer&ns=true&obraCodigo=114684>. Acesso em: 19 abr. 2021.

CORRÊA, Maxilene Soares; OLIVEIRA, Raphael de Almeida Lôbo. Apontamentos sobre o fenômeno jurídico da apatridia no Brasil e no mundo contemporâneo. **Jus**, 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23175/apontamentos-sobre-o-fenomeno-juridico-da-apatridia-no-brasil-e-no-mundo-contemporaneo/2>. Acesso em: 04 mai. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Yean e Bosico vs. República Dominicana. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_por.pdf. Acesso em: 02 mai. 2021.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Case Okonkwo v. Austria. Disponível em: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,45d084d82.html>. Acesso em: 02 mai. 2021.

HUGUENEY, Victoria. **Maha e Souad Mamo são as primeiras pessoas reconhecidas como apátridas pelo Brasil**. ACNUR, 2018. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2018/06/26/maha-e-saoud-mamo-sao-as-primeiras-pessoas-reconhecidas-como-apatridas-pelo-brasil/>. Acesso em: 22 abr. 2021.

HUMAN RIGHTS WATCH. **The bedoons of Kuwait: “citizens without citizenship”**. 1995. Disponível em: <https://www.hrw.org/reports/1995/Kuwait.htm>. Acesso em: 03 mai. 2021.

JÚNIOR, Jair Soares. O direito à nacionalidade e as lacunas na Constituição. **Revista Consultor Jurídico**, 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-mar-11/direito-fundamental-nacionalidade-lacunas-constituicao>. Acesso em: 09 abr. 2021.

MELO, Karine. **Brasil reconheceu sete apátridas em 2020**. Agência Brasil, 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-07/brasil-reconheceu-sete-apatridas-em-2020#:~:text=Um%20balan%C3%A7o%20divulgado%20nesta%20segunda,Migra%C3%A7%C3%A3o%2C%20em%20vigor%20desde%202017>. Acesso em: 23 abr. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MINCHOLA, Luís Augusto Bittencourt. **O que é a imigração internacional?: uma análise do processo de elaboração da nova lei de migração brasileira**. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais), Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2020. Disponível em: https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/19901/DIS_PPGCS_2020_MINCHOLA%20LUI.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 03 mai. 2021.

NAÇÕES UNIDAS. **Refugiada apátrida no Brasil fala sobre desafios de uma vida sem nacionalidade**. 2016. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/75239-refugiada-apatrida-no-brasil-fala-sobre-desafios-de-uma-vida-sem-nacionalidade>. Acesso em: 19 abr. 2021.

OHCHR - OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf. Acesso em: 09 abr. 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 15ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANT'ANNA, Luma Goularte; ROSSO, Maria Fernanda Pereira. Brasileirinhos Apátridas: O caso dos filhos de brasileiros nascidos no exterior. **Revista de Direito Brasileira**, v. 1, n. 1, 2011. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2693>. Acesso em: 01 mai. 2021.

SANTOS, Adriana Cecilio Marco dos. A diferença entre direitos fundamentais e humanos e cláusulas pétreas. **Revista Consultor Jurídico**, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-02/adriana-cecilio-diferenca-entre-direitos-fundamentais-humanos>. Acesso em: 11 abr. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11ª ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SHAMS, Shamil. **Entenda o conflito em torno dos rohingya em Myanmar**. DW Brasil, 2017. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/entenda-o-conflito-em-torno-dos-rohingya-em-myanmar/a-40517106>. Acesso em: 03 mai. 2021.

SIMÕES, Bárbara Bruna de Oliveira; CAMPOS, Carmen Hein de. Apátrida em legislações discriminatórias de gênero. **Revista Direito e Práxis**. Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1725-1744, 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2018/33567>. Acesso em: 12 abr. 2021.

SOCIAL SCIENCE LAB. The Saturday Lecture with Ms. Ana Raquel Menezes, in a lecture titled: “Statelessness”, 2021. 1 vídeo (46m26s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ghKU5Q3GDjY>. Acesso em: 04 abr. 2021.

TEIXEIRA, Rodrigo. **Ciganos no Brasil: uma breve história**. 2ª ed. Recife: Crisálida, 2009.

WELLE, Deutsche. **Regras para a naturalização são diferentes em Estados da UE**. Folha de S.Paulo, 2006. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/dw/ult1908u4649.shtml>. Acesso em: 02 mai. 2021.

UNHCR. **Background Note on Gender Equality, Nationality Laws and Statelessness 2017**. 2017. Disponível em: <http://www.refworld.org/docid/58aff4d94.html>. Acesso em 13 abr. 2021.

_____. **Global action plan to end stateless 2014-2024**. 2014. Disponível em:.....<http://www.unhcr.org/protection/statelessness/54621bf49/globalaction-plan-end-stateless-ness-2014-2024.html>. Acesso em: 12 abr. 2021.

_____. **Legal and protection policy research series: displacement, statelessness and questions of gender equality under the convention on the elimination of all forms of discrimination against women**. 2009. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/4a8aa8bd2.html>. Acesso em 13 abr. 2021.

A INFLUÊNCIA DO CONSTITUCIONALISMO LIBERAL PARA A EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA DE 1988

THE INFLUENCE OF LIBERAL CONSTITUTIONALISM ON THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL EXPERIENCE OF 1988

Marcelo Eduardo da Cruz Cascaes¹

Resumo: Para uns, a Constituição brasileira de 1988 é um marco nacional imensurável; para outros, a Constituição brasileira é apenas mais um texto normativo ineficaz e inefetivo. Ocorre que há uma premissa significativamente difundida de que há uma presunção de fracasso constitucional; de que a história da Constituição brasileira é um conjunto de eventos frustrantes. Esse é o problema investigado no presente artigo, a fim de ratificar ou refutar essa tese negativa da experiência constitucional de 1988. Fato é que o Constitucionalismo se faz presente antes mesmo da Constituição de 1988, sob o Constitucionalismo Moderno, e, após a última Constituição, esse mecanismo de adaptação do texto constitucional nunca foi tão existente. Porém, essa tese não é palpável, e, portanto, passível de descrédito. Logo, o presente artigo, tendo o Constitucionalismo Liberal e a Constituição brasileira como objetos de estudo, busca perpassar pelo processo de surgimento do Constitucionalismo Moderno, como este foi recepcionado no Brasil, e qual foi a característica em comum do Constitucionalismo brasileiro de 1891 a 1988. Posteriormente, analisa-se o Constitucionalismo após a Constituição de 1988, respondendo às indagações: “Por que o Brasil tem um Constitucionalismo tão único?”; “Por que a Constituição do Brasil é tão emendada?” e “Como a Constituição brasileira consegue sobreviver?”. A metodologia usada no presente artigo foi a de análise de discurso, buscando investigar o Constitucionalismo Moderno e sua relação com o Brasil, a fim de ratificar ou refutar a veracidade dos discursos pejorativos sobre a experiência constitucional de 1988, sendo esse o objetivo central.

Palavras-chave: Constitucionalismo, Modernidade, Brasil, Emendas Constitucionais, Democracia e Constituição.

Abstract: For some, the Brazilian Constitution of 1988 is an immeasurable national landmark; for others, the Brazilian Constitution is just another ineffective and ineffective normative text. It turns out that there is a significantly widespread premise that there is a presumption of constitutional failure; that the history of the Brazilian Constitution is a set of frustrating events. This is the problem investigated in this article, in order to ratify or refute this negative thesis of the 1988 constitutional experience. The fact is that Constitutionalism is present even before the 1988 Constitution, under Modern Constitutionalism, and after the last Constitution, this mechanism for adapting the constitutional text has never been so existent. However, this thesis is not palpable, and therefore subject to discredit. Therefore, this article, having Liberal Constitutionalism and the Brazilian Constitution as objects of study, seeks to go through the process of emergence of Modern Constitutionalism, as it was received in Brazil, and what was the common characteristic of Brazilian Constitutionalism from 1891 to 1988. Subsequently, Constitutionalism is analyzed after the Constitution of 1988, answering the questions: “Why

¹ Discente da graduação em Direito na Universidade de Brasília (UnB). Membro pesquisador no Centro de Pesquisa em Direito Constitucional Comparado (CECC) da Faculdade de Direito da UnB.

does Brazil have such a unique Constitutionalism?"; "Why is the Constitution of Brazil so amended?" and "How does the Brazilian Constitution manage to survive?". The methodology used in this article was that of discourse analysis, seeking to investigate Modern Constitutionalism and its relationship with Brazil, in order to ratify or refute the veracity of pejorative discourses about the 1988 constitutional experience, which is the central objective.

Key-words: Constitutionalism, Modernity, Brazil, Constitutional Amendments, Democracy and Constitution.

Sumário: Introdução. 1. O surgimento do constitucionalismo moderno. 2. A aproximação do constitucionalismo moderno com o estado liberal e a sua disseminação pelo mundo. 3. A recepção do constitucionalismo moderno no Brasil. 4. Um olhar sobre o constitucionalismo brasileiro de 1891 a 1988. 5. O constitucionalismo atual no Brasil. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Para compreender o Constitucionalismo da Constituição brasileira de 1988, é necessário que se tenha em mente suas transformações, suas memórias e seu futuro. Logo de início, percebe-se que a Carta de 1988 sofreu alterações significativas, retirando normas e alterando tantas outras, além de adicionar direitos. Todavia, definitivamente, o Constitucionalismo deve ser compreendido com o olhar voltado às exigências contextuais, e a última Constituição brasileira, antes mesmo de ser promulgada, já se atinha a essa característica, graças às discussões populares que ocorreram na Assembleia Nacional Constituinte. Contudo, há uma imensa dificuldade de a sociedade brasileira estabelecer uma relação responsável com a própria memória, para projetar o futuro, através de transformações conscientes e racionais, pois muito se fala em fracasso e em ilusões constitucionais.

Ademais, as transformações ocorridas pela Constituição de 1988 sofre influência direta do Constitucionalismo Moderno, pois este foi o sistema inicial pelo qual um dispositivo normativo conseguiu estar aberto às mudanças sociais, absorvendo os paradigmas e as rupturas em sociedade. Além disso, em relação à memória, a recepção do Constitucionalismo Moderno no Brasil solidificou a percepção, ao longo dos anos, da forma pelo qual as alterações constitucionais brasileiras devem ser analisadas, isto é, de forma estrita, respeitando o passado e o presente do país. Ademais, a característica unificadora das Constituições de 1891 a 1988 traz à tona um sentimento de não pertencimento, situação que não é observada na Constituição de 1988, a qual, portanto, deve ser vista como um paradigma para a organização interna do país.

Outrossim, muitos penalizam a Constituição pela realidade social brasileira, por meio da sua ineficácia e da sua criação, a qual estaria fadada ao fracasso. Porém, existe um contraponto muito forte a essa ideia, e está relacionado ao fato de a Carta de 1988 ser inteligente, porque possui mecanismo que permite um diálogo entre normatividade e sociedade, ao unir: democracia, liberdade, autonomia e participação.

Nesse sentido, “Por que a Constituição do Brasil é tão emendada?”, “Como a Constituição brasileira consegue sobreviver?” e “Por que o Brasil tem um Constitucionalismo tão único?”. A essas indagações, deve-se considerar que a Constituição, por si só, não consegue responder, pois é necessária a união do governo, da classe política e dos cidadãos; todavia, as respostas não palpáveis norteiam a uma conclusão positiva e imponente do texto constitucional acerca da integração dos dispositivos à sociedade.

Apesar de ser possível delinear respostas para essas questões, considerando o Constitucionalismo Moderno, a recepção do Constitucionalismo Liberal no Brasil, as características gerais do Constitucionalismo de 1891 a 1988 e as engrenagens da Constituição de 1988, esse assunto sempre estará aberto a discussões, em face da indeterminação e do risco social contemporâneo. Assim, para investigar a veracidade ou não da hipótese de inefetividade e ineficácia da Constituição, faz-se necessário analisar o âmago do Constitucionalismo: o Constitucionalismo Moderno, já que existe uma influência muito forte entre o Constitucionalismo Moderno e o brasileiro, e investigar a recepção do Constitucionalismo Liberal no Brasil e a forma como se deu esse Constitucionalismo desde a Primeira República.

Assim, o presente artigo investigará a influência do Constitucionalismo no Brasil, em especial, na experiência constitucional de 1988, perpassando pelos subtemas “o surgimento do constitucionalismo moderno”, “a aproximação do constitucionalismo moderno com o estado liberal e a sua disseminação pelo mundo”, “a recepção do constitucionalismo moderno no Brasil”, “um olhar sobre o constitucionalismo brasileiro de 1891 a 1988” e “o constitucionalismo atual no Brasil”. Com isso, será possível compreender a forma de integração sistêmica da norma com a sociedade e formular uma conclusão de refutação ou ratificação sobre a tese negativa da Constituição.

1. O SURGIMENTO DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO

O Constitucionalismo² moderno inaugurou o período da Modernidade, pois instaurou uma nova concepção de direitos diferente da dos séculos passados. Anteriormente, durante a

² O Constitucionalismo é uma marca da Constituição, sendo um caráter de fluidez do texto constitucional e ambos os conceitos não podem ser confundidos. Ainda que o Constitucionalismo e a Constituição sejam conceitos definitivamente próximos, de um lado, tem-se o texto constitucional rígido que é mudado ao longo dos anos; na

Idade Média, os feudos apresentavam uma sociedade estamental e havia uma espécie de pluralidade jurídica. Além disso, devido ao avanço bárbaro nos territórios do antigo Império Romano, criaram-se diversas aglomerações rurais, e as coisas, como as terras, passaram a ser disputadas. Com isso, o foco antes do Constitucionalismo Moderno, era a normatização do direito das coisas, devido à ruralização ocasionada pela fuga das cidades graças às invasões bárbaras. Consequentemente, o indivíduo não detinha mais o poder sobre as coisas, mas, sim, havia apenas a garantia das coisas de poderem ser usufruídas (SCHIOPPA, 2014).

Posteriormente, houve o período moderno, configurado a partir da expansão dos feudos e da maior confiança e segurança fora dos muros. Esse contexto histórico foi marcado pela figura do rei que exercia grande influência sobre a sociedade e sobre a jurisdição do Estado-Nação. Todavia, não havia noção de igualdade formal entre os indivíduos, muito menos de igualdade material, pois se predominava a concepção de uma igualdade entre os desiguais. Ademais, era marcado por ideias não universais, justamente por existir um pluralismo jurídico, sendo que essas características foram modificadas graças ao Constitucionalismo Moderno³(SCHIOPPA, 2014).

Ademais, por conta da atuação absoluta do soberano, sob a figura do rei, tanto a população do Estado-Nação quanto das colônias começou a se revoltar, culminando no primeiro paradigma do Direito, após a criação do Constitucionalismo Moderno, o qual teve o seu preâmbulo com a Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776. Consequentemente, os fatos jurídicos e a realidade social não puderam mais ser explicados pelos conhecimentos e pela visão de mundo adquiridos até então, uma vez que esses foram considerados precários. Logo, essa percepção é contínua e percebível no decorrer da história, pois não é somente fruto do homem, como, também, este está inevitavelmente subordinado ao contexto histórico e intelectual de seu extrato social. Outra característica fundamental da virada da visão de mundo, ocasionada pelo

outra face, têm-se os fenômenos de mudança constitucional, isto é, característica da Constituição que a permite ser plástica, ou seja, moldável ao longo da história. O Constitucionalismo só é possível devido à dinâmica da integração, mais precisamente da integração sistêmica e política; porque a Constituição deve estar de acordo com as características de moldura do Estado-nação, a qual é definitivamente explícita e fácil de ser compreendida (integração política). Outrossim, a Constituição deve estar alinhada às mudanças e permanências das trocas no mercado econômico, derivada da integração social, a qual se dá sob o anonimato, mas que já foi explicitada e definida por Karl Marx, em seu livro “O Capital” (integração sistêmica) (GOMES, 2019). Em outras palavras, o Constitucionalismo é um fenômeno do texto constitucional que está atrelado ao contexto histórico da nação; por esse motivo, Constitucionalismo Moderno e Constituição não são sinônimos.

³ Ainda que existam conclusões extensas sobre determinadas especificidades do Constitucionalismo Moderno, a sua memória ainda está por fazer, uma vez que “as anteriores observações constituem apenas um breve sumário” (DIPPEL, 2007, p. 35). Com isso, há a necessidade de uma releitura dos documentos que tratam desse período, o que possibilita a formulação de uma nova perspectiva e visão de mundo, enxergando detalhes os quais não foram contemplados anteriormente.

Constitucionalismo Moderno⁴, foi a existência de uma releitura social e cultural posterior dos conceitos existentes (KUHN, 1994).

Diante dessa situação, após a Declaração de Direitos de Virgínia, em 1776, ocorreu uma brusca mudança nos documentos feitos sob declarações até então, podendo ser destacadas duas características principais. A primeira diz respeito à linguagem, ou seja, esse documento dos Estados Unidos não continha o jargão linguístico da “Bill of Rights”, sendo considerado um grande marco, uma vez que se observava, na maioria das outras constituições de outros estados, que

[...] se tinha na frente [...] uma “declaração de direitos” e não um documento subjetivo no qual se declarava direitos, uma declaração que tinha sido estabelecida pelos representantes do [...] povo” (DIPPEL, HORST, 2007, p. 7).

Logo,

[...] os delegados de Virgínia podiam facilmente ter recorrido, em 1776, a um vocabulário semelhante, como tinham feito muitos americanos ao longo da década anterior. Contudo, eles introduziram, deliberadamente, um novo vocabulário: “Uma declaração de direitos feita pelos representantes do bom povo de Virgínia, reunido numa convenção livre e plena; direitos esses que lhes pertencem, bem como à sua posteridade, enquanto base e fundamento do governo” (DIPPEL, 2007. p 6).

Outra característica marcante é o fato de o documento ter sido declarado, pois há a noção de que o ato de declarar envolve a afirmação pública e formal, confirmando as mudanças que ocorreram e que ocorrem, sejam elas explícitas ou implícitas. Além disso, a declaração não remete a um ar de submissão, mas sim, de superioridade e de poder, soberania, com isso, ao declarar os direitos, pressupõe-se que houve robustez na afirmação externa do Estado-Nação (HUNT, 2009).

Embora essas duas características tenham marcado o início do Constitucionalismo Moderno, muitas constituições estaduais nos Estados Unidos não abarcaram logo de início essa revolução. Portanto, o que se percebeu foi um movimento de criação de constituições nos moldes linguísticos da “Bill of Rights”, isto é, apenas organizando e citando os direitos. Posteriormente, houve uma grande influência dos preceitos do direito natural, que foi identificada pela mudança no uso da linguagem, visto que passou a ter um caráter significativamente universal. Assim, os preceitos foram alterados a partir de uma linguagem mais geral, no intuito de equiparar a condição humana da colônia com a da metrópole. Por fim,

⁴ As ideias do Constitucionalismo Moderno não podem ser tratadas de forma uníssona entre os países que a aderiram, pois a historicidade jurídica das nações são distintas, porque algumas nações foram marcadas por um progresso contínuo e fluido, como nos Estados Unidos; outras por um progresso baseado em rupturas, como no caso da França, onde, após o fim do Império Napoleônico, criaram-se três textos constitucionais, que foram os projetos constitucionais do Senado, de 6 de Abril de 1814, o da Câmara dos Representantes, de 29 de Junho de 1815 e a Declaração dos Direitos dos Franceses, de 5 de Julho de 1815. Todavia, redigiu-se e adotou-se a Carta de 1814, a qual preconizava a restauração da conjuntura absolutista do século XIX, rejeitando, portanto, conscientemente, o Constitucionalismo Moderno (DIPPEL, 2007).

o último estágio foi a retomada dos direitos específicos, com o objetivo de afirmar a identidade nacional, ao estabelecer, por exemplo, direitos específicos do cidadão americano (HUNT, 2009).

Vale ressaltar que o Constitucionalismo Moderno, nos Estados Unidos, teve seu axioma com a Declaração de Independência, a qual é repleta das citações do direito natural e alienável da condição humana, como é explicitado na passagem:

[...] Quando, no Curso dos acontecimentos humanos, torna-se necessário que um povo dissolva os laços políticos que o ligam a outro e assume entre as potências da Terra a posição separada e igual à que lhe dão direito as Leis da Natureza e do Deus da Natureza (HUNT, 2009, p.115).

Diante do exposto, a partir da existência do Constitucionalismo Moderno e da Declaração de Direitos da Virgínia, em 1776, a forma de regular a sociedade foi alterada, pois criou-se um sistema em que os direitos são não só expressos e declarados, mas, também, são dispostos sem muita especificidade. Com isso, alcançou-se o estágio de operabilidade, ou seja, pelo conjunto de dispositivos estarem em uma perspectiva geral, o texto normativo não é engessado, uma vez que a interpretação, atrelada à realidade social, torna-se volúvel, sendo essa uma característica marcante da Constituição de 1988.

2. A APROXIMAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO COM O ESTADO LIBERAL E A SUA DISSEMINAÇÃO PELO MUNDO

Muito da força da afirmação corriqueira dos direitos universais declinou com a Constituição americana de 1787, uma vez que o foco estava voltado para a normatização da construção de uma nova estrutura institucional nacional, enquadrando-se em um tipo de Constituição diligente (HUNT, 2009).

Após o preambular da Declaração de Direitos de Virgínia e a consolidação das ideias do Constitucionalismo Moderno ao longo dos anos, houve a instauração do Estado Liberal, pois preconizavam-se uma sociedade política e civil, igualdade, liberdade, intervenção mínima do Estado e da Legislação, concessão e reconhecimento dos direitos humanos, clara distinção entre o meio público do privado, direito subjetivo público, divisão dos poderes, concepção de regulação dos poderes e a existência dos direitos subjetivos processuais (CARVALHO NETTO, 2003). Da mesma forma, o Constitucionalismo Moderno apresentava dez traços essenciais, que coincidiam com o paradigma Liberal, que são:

[...] soberania popular, princípios universais, direitos humanos, governo representativo, a constituição como direito supremo, separação dos poderes, governo

limitado, responsabilidade e sindicabilidade do governo, imparcialidade e independência dos tribunais, o reconhecimento ao povo do direito de reformar o seu próprio governo e do poder de revisão da Constituição (DIPPEL, 2007, p.10).

Embora o Constitucionalismo Moderno tenha surgido nos Estados Unidos, suas ideias transcendem barreiras, porque, por meio da tradução, a Declaração de Independência passou a ser vendida e lida na França, onde imperava o auge do Absolutismo. Com isso, as ideias liberais começaram a ser difundidas pelo território francês e o termo “direitos dos homens” tornou-se corriqueiro entre as pessoas. Iniciou-se, assim, o processo de crise do trono francês e a significativa difusão das ideias de propriedade privada e omissão estatal, calcados na essência humana, sob o escopo da liberdade individual. Ademais, a crise francesa foi agravada graças à entrada da França ⁵na Guerra de Independência dos Estados Unidos contra a Inglaterra.

Consequentemente, o rei, Luís XIV, convocou a Reunião dos Estados Gerais, a fim de decidir qual seria o rumo que o país deveria adotar. Todavia, as expectativas do rei foram contrariadas, visto que ele pediu ao Primeiro Estado, ao Segundo Estado e ao Terceiro Estado para que não só elessem os delegados, mas desenvolvessem uma lista com os problemas enfrentados por eles, ou seja, uma espécie de queixa (HUNT, 2009).

Assim,

[...] Várias listas redigidas em fevereiro, março e abril de 1789 se referiam aos “direitos inalienáveis do homem”, aos “direitos imprescritíveis dos homens livres”, aos “direitos e dignidade do homem e do cidadão” ou aos “direitos dos homens livres e esclarecidos”, mas predominavam os “direitos do homem”. A linguagem dos direitos estava agora se difundindo rapidamente na atmosfera da crescente crise” (HUNT, 2009, p.128).

Diante dessa situação alarmante na França, eclodiu a Revolução Francesa e culminou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão; no entanto, apesar de conter as ideias do Constitucionalismo Moderno, em nenhum dos artigos havia a expressão de direitos específico, e sim, direitos gerais (HUNT, 2009). Com isso, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão configurou uma peculiaridade de direitos que representavam a ideia de “tudo ou nada” (HUNT, 2009, p.132). Outrossim, essa declaração teve grande importância, porque se instituiu a noção da necessidade de a constituição adotar o sentido do Constitucionalismo Moderno, a

⁵ Ao longo do século XVII, a Inglaterra se em diversos conflitos armados, a saber: Guerra da Liga de Ausburgo, Guerra da Secessão Espanhola, Guerra da “Orelha de Jenkins”, Guerra do Rei Jorge, Guerra Franco-índia e Guerra dos Sete Anos. De um lado, a soma de todas essas guerras culminou no fortalecimento inglês, ao mesmo tempo que, do outro lado da moeda, houve o enfraquecimento francês. Nesse sentido, um sentimento de revanche por parte dos franceses estava ganhando forma, sendo usado como motivo na Guerra de Independência dos Estados Unidos, a fim de enfraquecer os britânicos, além de reconquistar territórios perdidos. Ocorre que o gasto francês foi desproporcionado com o patrimônio econômico do país, decorrente das sucessivas derrotas em guerras, ao ceder armamento a valores atrativos aos colonos que combatiam o exército inglês. Consequentemente, a crise foi agravada e instaurou um sentimento inicial de repulsa do rei vigente, que culminou, durante a Revolução Francesa, em sua morte na guilhotina. (FARIA; FERREIRA; SANTOS; VAINFAS, 2014)

fim de que seja reconhecida como um texto normativo e central do país, aproximando-se, também, das ideias centrais do Estado Liberal (DIPPEL, 2007).

Dessa forma, pelo fenômeno da difusão, influência de um país em outros ao seu redor (ELKINS, GINSBURG, MELTON, 2009), as ideias paradigmáticas da Revolução Francesa passaram a influenciar os países próximos a ela, o que culminou na difusão em progressão geométrica das ideias da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Não só a ratificação dos direitos de primeira geração, que visam a instituição da proteção do particular perante o Estado, a partir da horizontalidade dos direitos, mas, também, os preceitos do Constitucionalismo Moderno, de integração dos sistemas social e normativo, foram disseminados. Consequentemente, um novo modelo de Constituição estava sendo formado, modelo esse mais robusto e com engrenagens de plasticidade que serviram de base para os textos posteriores, a exemplo da Constituição brasileira de 1988.

3. A RECEPÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO NO BRASIL

O Constitucionalismo Moderno atingiu não só os Estados Unidos ou a França, mas também o Brasil, embora tenha ocorrido de forma bastante peculiar, uma vez que as ideias só foram, de fato, instauradas alguns anos após a Proclamação da República. Essa afirmação é fundamentada na trajetória de transição paradigmática explicada por Alfredo Bosi. Para Alfredo Bosi, as ideias liberais tiveram o seu primeiro ápice com a figura de José Bonifácio, no período da independência. Todavia, após esse marco histórico, as ideias do Constitucionalismo Moderno não se aplicavam às classes mais desprivilegiadas, pois a mesma elite, a qual apoiava os direitos alienáveis do homem, não podiam perder os seus privilégios.⁶

Assim, expedia-se um paradoxo em relação à existência da noção dos direitos naturais, porque a escravidão foi perpetuada, a fim de garantir as vantagens dos mais abastados, ou seja,

⁶ Essa concepção de privilégios estratificados, isto é, ressalvas para uma certa classe social, é tratado por diversos autores, entre eles Sérgio Buarque de Holanda e Raymundo Faoro, o que evidencia uma realidade que esteve presente há muitos anos. Para Sérgio Buarque de Holanda, a ascensão social está ligada ao privilégio, denominado de cultura ibérica, e apresenta forte apelo pessoal, sendo essa proposição ser intimamente relacionada com a valorização de aspectos externos, em detrimento da essência individual. Já para Faoro, influenciado pela teoria weberiana, o tipo ideal para o estudo das qualidades brasileiras ao longo dos séculos é o patrimonialismo. Essa característica marcante, que norteou os estudos de Raymundo, demonstra que há a utilização dos mecanismos públicos, com interesses privados, a fim de aumentar ou perpetuar o poder, através da pessoalidade e afastamento das ideias burocráticas, sob o tripé: racionalidade, impessoalidade e apatia). Essa delimitação é observada entre as mais diversas formas de governo, perpassando o período da forma de Estado Unitário até o sistema burocrático, sob a forma de nepotismo.

até mesmo a noção de direitos naturais, todos são indivíduos⁷, foi relativizada. Portanto, argumenta-se que a elite se aproveitou da situação externa e dos movimentos iniciais internos para tomar a frente da sociedade e do mundo jurídico e político, excluindo os menos privilegiados, o que configurou uma contradição (BOSI, 1992).

Outrossim, várias são as teorias que tentam definir e explicar o panorama do Constitucionalismo Moderno no Brasil e suas especificidades, podendo destacar o teórico: Marcelo Neves. Para ele, as ideias liberais no Brasil foram recepcionadas de forma diferenciada, seja ela a partir uma perspectiva positiva ou negativa. Sob a análise do argumento positivo, Neves realça que as ideias do Constitucionalismo Moderno não se encaixavam no Brasil, graças às peculiaridades da cultura nacional, como se o país tivesse uma forma única de estrutura social e política.

Já a análise da não adaptação do Brasil às ideias liberais, sob um argumento pejorativo, se caracteriza pelo país ser atrasado e considerado de “terceiro mundo”, não conseguindo acompanhar as transformações no exterior. Apesar de existirem esses dois argumentos, ambos tratam da mesma realidade, ou seja, a perspectiva do Estado Liberal não se encaixava no Brasil (NEVES, 2015).

Fato é que entre uma e outra teoria, a conclusão é a mesma: as ideias do Constitucionalismo Moderno europeu não vingaram no Brasil. Além disso, como a Constituição da época era hipossuficiente em recursos de defesa do seu “core” e tentativas de adaptação normativa aos moldes estrangeiros já nasciam fadadas ao fracasso, a elite tomou a frente e criou normas que beneficiassem seu estrato social, construindo dispositivos simbólicos, que aparentemente resolviam o problema da importação de ideias europeias sobre o Constitucionalismo Moderno e Estado Liberal e outras adversidades sociais emergentes, mas, na verdade, apenas adiavam a solução do conflito. (NEVES, 2011)

Contudo, os mecanismos do Constitucionalismo Moderno, em seu extrato genérico, já se faziam presente, porque o texto constitucional foi criado nos moldes dos atributos sociais da época. Além disso, a instauração da horizontalidade, decorrente da Declaração do Homem e do

⁷ Aqui há de se fazer uma importante ressalva. Na transição de paradigma, muitas ideias dos antigos, no período Pré-Moderno, perpetuaram na Modernidade, pois, conquanto houvesse uma revolução no olhar humano ao seu redor, persistia uma negligência constante sobre a liberdade individual, muito embora os modernos apoiassem com muito mais fervor os novos direitos e dispusessem de mecanismos de defesa mais intensos. Nesse sentido, a liberdade individual ainda sofria limitações, a exemplo dos escravos, vistos como uma “classe”, um estrato social coisificado, não gozando de personalidade jurídica individual, mas, sim, de direitos e deveres camada social. Essa visão de mundo é perceptível no texto de Constant, em que tece uma crítica ao abade de Mably: “eu disse no início que, por não terem percebido essas diferenças, homens bem intencionados tinham causado grandes males durante nossa longa e tempestuosa revolução. [...] Este, o abade de Mably, pode ser considerado o representante do sistema que, conforme as máximas da liberdade antiga, quer que os cidadãos sejam completamente dominados para que a nação seja soberana, e que o indivíduo seja escravo para que o povo seja livre”. (CONSTANT, 2019, pp. 16-17).

Cidadão, foi expressa na Constituição inicial do período republicano, após o amadurecimento das ideias paradigmáticas estrangeiras, explícitos sob a forma de distanciamento entre o indivíduo e o detentor de poder. Ademais, juntamente com a cultura, a economia e a política, as normas foram sendo atualizadas ao contexto em que se inseriam⁸.

4. UM OLHAR SOBRE O CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO DE 1891 A 1988

A fase republicana brasileira foi marcada, principalmente, por uma grande influência de ideias americanas na estruturação interna do país. O governo provisório de Marechal Deodoro Da Fonseca adotou o sistema federalista⁹ como forma de governo oficial, ideia já transplantada por Rui Barbosa, mas, ainda não implementada. Em 1891, foi promulgada a Constituição Federal, que estabeleceu princípios liberais e o sistema presidencialista norte-americano. Todavia, com o coronelismo, união entre os governadores e os grandes fazendeiros locais, a realidade constitucional destoava da realidade social, culminando na Revolução de 1930.

Com a Revolução de 1930 e a ascensão de Getúlio Vargas, o governo pôe fim a política do “*give and take*” do coronelismo e fortalece o sentimento nacional, a união popular e o governo federal, sendo a sua expressão máxima a Constituição de 1934. Consequentemente, houve a inauguração de um novo sistema de organização interna no Brasil. No entanto, com a Primeira Guerra Mundial, Getúlio Vargas, influenciado por regimes totalitaristas, funda um regime autoritário, calcado na outorga da Carta Constitucional de 1937, revogando o texto constitucional anterior, de 1934.

Anos mais tarde, próximo do fim da Segunda Guerra Mundial, o Estado Novo começou a sofrer pressão da sociedade brasileira, a partir de 1943, com o Manifesto dos Mineiros, o qual

⁸ A escravidão é um excelente exemplo para ilustrar essa prerrogativa. Esse mecanismo de trabalho atravessou o mundo ao longo do século XIX e marcou a história do Brasil. Nesse sentido, a escravidão era uma atividade exercida sem restrições; contudo, em 1850, foi aprovada, após a pressão inglesa, a Lei Eusébio de Queirós, que proibia o tráfico negreiro. Durante o percurso, foram aprovadas outras leis, como a Lei do Ventre Livre e a Lei dos Sexagenários. No entanto, essas leis, ainda que presumissem uma finalidade evidentemente explícita, não adotada meios para tal. Consequentemente, eclodiram-se movimentos abolicionistas, que se organizaram de diversas formas, divulgando panfletos e organizando conferências, além do aumento da resistência e fuga dos escravos. Posteriormente, aboliu-se a escravidão com a Lei Áurea em 13 de maio de 1888. Assim sendo, a escravidão e a sua regulação foi sendo adaptada ao momento em que o país vivia – no início, permissão e consenso entre as pessoas do exercício dessa atividade; no final, revolta e digressão social às medidas adotadas até então –, através de microrrevoluções, até alcançar a Lei Áurea.

⁹ A primeira Constituição Republicana do Brasil rompeu com a ideia de um poder central, ao estabelecer repartições de competências que promovia a afirmação dos poderes locais e regionais, outrora adormecidos. (FARIA; FERREIRA; SANTOS; VAINFAS, 2014)

reivindicava a redemocratização do Brasil e a elaboração de uma nova Constituição. O resultado não poderia ser outro, em 29 de outubro de 1945, tropas militares invadiram o Palácio do Catete e impuseram a renúncia de Vargas. Consequentemente, em 1946, uma nova Constituição foi promulgada, traduzindo o compromisso com os princípios republicanos e com os direitos do homem, extirpando o radicalismo autoritário que marcou a década anterior.

Contudo, devido às crises de corrupção que estava no âmago do regime presidencial ao inaugurar a segunda metade do século XX, a Constituição de 1946 adentra em um espiral negativo de distanciamento entre os anseios sociais e o futuro constitucional. Com isso, devido aos problemas que assolava o país nesse período e a instabilidade decorrente dos movimentos comunistas, emergiu em 1964 a ditadura militar, que foi marcada por anestesiar qualquer potência de ação social contra o regime. Todavia, entre idas e vindas, os opositores do regime conseguiram impor seu interesse de pôr fim ao sistema autoritário e restaurar a democracia, a liberdade, a autonomia e a participação, culminando na promulgação da Constituição de 1988.

Diante do excerto, durante muito tempo, a noção dos pressupostos do Constitucionalismo Moderno permaneceu subvertida, não observando a correlação entre dispositivo normativo e interpretação social. Como consequência, a delimitação da aplicação das normas ocorreu através de crises e não da efetividade do texto constitucional com o “dever-ser” instituído pelos cidadãos, ou seja, por meio de um diálogo democrático entre o povo e o sistema de normas que o regula. Isso porque, junto às oscilações do poder político-econômico, houve diversas tentativas de reservar o poder a uma oligarquia que não era norteadada pelo interesse comum e os anseios nacionais.

Logo,

a Constituição de 1891 deu o poder aos coronéis, líderes regionais do período. A Constituição de 1937 condensou esse poder nas mãos de Getúlio Vargas. Já a Constituição de 1964, que apenas servia como uma fachada, não foi apta a conter o poder militar. (AMARAL; BORTOLO, 2019, p. 130)

Portanto, somente a partir da Constituição de 1988, os anseios populares foram atendidos, devolveu-se o poder ao ser verdadeiro detentor, o povo, e os sistemas sociais estiveram mais integrados com o sistema do ordenamento jurídico, em especial, com o topo da pirâmide, a Constituição. Isto posto,

o modelo dirigente foi pensado de modo a estabelecer projetos que o poder legislativo derivado deveria atingir, a fim de, finalmente, se estabelecer uma pacificação social e uma integração nacional. Além disso, esse modelo deveria ouvir os anseios populares e acompanhar a evolução da sociedade, permitindo que o “ser” estivesse sempre em consonância com o “dever-ser”. (AMARAL; BORTOLO, 2019, p. 130)

5. O CONSTITUCIONALISMO ATUAL NO BRASIL

O Constitucionalismo é um fenômeno internacional que não é só perceptível no Brasil; e é de suma importância, porque, a partir dele, pode-se observar os movimentos sociais, econômicos e culturais, os quais atingem a sua máxima quando se reivindica a alteração no ordenamento jurídico, a fim de que a lei incida na realidade.

Para além da Modernidade, o Constitucionalismo no Brasil ocupa um lugar singular, porque “a história política e jurídica do Brasil é marcada pela alternância entre modelos de constituição que refletem, em sua concretude, experiências autoritárias e democráticas.” (PAIXÃO, p. 146, 2011). Nesse sentido, respondendo à pergunta “Por que o Brasil tem um Constitucionalismo tão único?”; o Brasil preserva uma memória constitucional decorrente da confluência política e econômica, que reflete a previsão do futuro, sendo esse mediado pelas transformações, através do fenômeno do Constitucionalismo. Com isso, realiza-se uma interpretação jurisprudencial e autêntica, o que ratifica a percepção de que a Constituição é viva, e, conseqüentemente, os direitos fundamentais também o são, devendo considerar que seus significados são mutáveis e estão em constante alteração.

Essa fluidez interpretativa sempre acompanha a sociedade; em outras palavras:

a norma constitucional [...] antes deve ser compreendida como documento basilar de uma sociedade em permanente evolução, que estabelece o norte das mudanças e conformações do sistema político, das relações sociais e da ordem jurídica. A Constituição [...] inclui a própria sociedade, visto que se apresenta como um novo projeto de identidade de uma ordem político-social. E, portanto, estatuto jurídico do Estado e da sociedade. (CARVALHO NETTO, 1992, p.293)

Portanto,

o problema constitucional que interessa a Menelick não é o de uma multiplicidade de perspectivas que pretendem acessar o sentido (único) da Constituição; mas antes a circunstância de que o sentido da Constituição só se dá, em devir, em razão da pluralidade de acessos possíveis. (REZENDE, 2017, p.189)

Em razão de mecanismos constitucionais que permitem a fluidez do texto, a Constituição brasileira de 1988 apresenta um grande número de Emendas Constitucionais¹⁰. Isto posto, a resposta à indagação “Por que a Constituição do Brasil é tão emendada?” está intimamente relacionada à peculiaridade que permite que o texto constitucional possa ser reinterpretado, seguindo a lógica histórica do seu período, o que é uma característica extremamente positiva, porque impede que a Constituição seja engessada. Assim, o objetivo do reencantamento do Direito é alcançado, porquanto, ao permitir que os direitos fundamentais

¹⁰ ANTÔNIO CARLOS PRADO: PAÍS DA PEC. ISTO É, 2018. Disponível em: <https://istoe.com.br/pais-da-pec/>. Acesso em: 28/04/2021.

sigam tendências sociais, adequando-se o mais rápido e na medida do possível. Como consequência, as possibilidades de uma interpretação abusiva são diminuídas¹¹, embora não sejam extintas, e um contexto de racionalidade limitada é firmado. (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011)

Cabe realçar que as Emendas Constitucionais são formas de limitação do Poder Constituinte Derivado, e sofrem limitações materiais, que podem ser implícitas ou explícitas, e estaria relacionado à proteção da forma federativa, voto direto, secreto, universal, periódico, separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais. Há, também, outros tipos de limitações, a saber: temporal e circunstancial. Outrossim, para implementar as Emendas Constitucionais, é possível que ocorra por meio da iniciativa popular para projeto de emenda à Constituição (SILVA, 1995) e, também, que membro do Congresso Nacional possa questionar, através de mandado de segurança, alguma proposta em andamento que fira os dispositivos da Constituição Federal. (BARROSO, 2003)

Ademais, Constitucionalismo e democracia, no Brasil, estão intimamente relacionados na atualidade, sendo essa aproximação característica marcante desde a concepção da Constituição de 1988, por meio da Assembleia Constituinte¹². A forma de relação entre esses dois institutos se dá por meio de um sistema de retroalimentação, isto é, a democracia molda o Constitucionalismo, enquanto que este ratifica a nova visão de mundo social, através da juridificação das novas percepções, advindas de microrrevoluções sociais¹³, no ordenamento jurídico.

¹¹ Outra imunização constitucional, decorrente da grande quantidade de Emendas Constitucionais, que a brasileira possui é contra à existência de um Guardião da Constituição. Schmitt, criador desse conceito, argumenta que o presidente do Reich deveria proteger e resguardar a Constituição, já que é visto como um poder neutro e independente, graças ao sistema de garantias e à manutenção pelo plebiscito. Consequentemente, a esse guardião, cabe resguardar, também, a democracia e fortalecê-la (MAIA, 2007). O grande problema dessa teoria é que há uma centralização das fontes de poder, o que prevê uma homogeneidade do bloco dominado, a partir da identificação entre dominados e dominador. Isto posto, através da representação que se dá de baixo para cima, com foco na hierarquia de poder, facilitar-se-ia a atuação arbitrária do representante, mediante a obediência. E, com as Emendas Constitucionais, juntamente com as cláusulas pétreas, a barreira para usurpar da Constituição e utilizá-la contra ela é robusta.

¹² O procedimento tradicional contou com a forte participação popular, a qual já estava mobilizada pelas Diretas Já. No sentido de apenas se ater a uma coleta de sugestões, a Assembleia Constituinte ocasionou a abertura e a democratização do processo constituinte sem precedentes. De acordo com João Gilberto Lucas Coelho, um dos principais observadores do processo constituinte: “Talvez o mais rico momento da Constituinte tenha sido o das audiências. O Brasil apresentou-se nu e real, com problemas e sonhos, tensões e divergências. Centrais sindicais, lideranças empresariais, movimentos os mais diversos, especialistas e membros do governo depunham, a convite ou por iniciativa própria” (COELHO, 1988, PP. 16-17)

¹³ Um sistema é formado por unidades que se reúnem e se organizam mediante suas características de função, restrição e objetivo. Além disso, os sistemas se adequam ao meio externo de forma contínua, alcançando um equilíbrio. Tomando por base essa perspectiva, os sistemas parciais do sistema social poderão criar outras normas destoantes do padrão da autopoiese, levando em consideração a irritação externa, sob o objetivo de alcançar o equilíbrio (LUHMANN, 1983). Logo, o Direito juridifica as microrrevoluções no ordenamento jurídico, por meio do Constitucionalismo, a fim de atingir a paridade.

Bem como, pelo fato da Constituição de 1988, influenciada pelos ideais norteadores do Constitucionalismo Moderno, integrar a vivência social com a realidade normativa, percebe-se o acompanhando da norma com os sentimentos de pertencimento do povo à nação, sendo essa a resposta ao questionamento “Como a Constituição brasileira consegue sobreviver?”. Consequentemente, a Constituição consegue perpassar pelos momentos de crise, sem ruptura da homeostase constitucional, isto é, sem rompimento da regulação dos sistemas sociais pelo texto constitucional em vigor, evitando a sua revogação por uma nova Constituição. Assim, pode-se afirmar que esse mecanismo de Emendas Constitucionais permite a vivacidade da Constituição, o que culmina em sua vigência e sobrevivência ao longo dos anos.

Em outros termos,

a democracia também exerce o papel imprescindível de não acomodar o constitucionalismo em suas conquistas. Ao contrário, ela o tenciona a todo tempo, provocando-o e renovando-o através da aplicação e reaplicação da Constituição, sua interpretação e reinterpretação, seja pelo povo ou pelo Poder Judiciário. (CHUEIRI; GODOY, 2010, p. 166)

Outrossim, a Constituição do Brasil está intimamente relacionada com a forma como os cidadãos e os detentores de poder expressam seus ideais, levando em consideração seus aspectos pessoais e o contexto social em que estão inseridos. Nesse sentido, o Constitucionalismo atual no Brasil é marcado pela especificidade das ideias do Constitucionalismo Moderno, graças ao respeito do passado, do presente e da projeção para o futuro. Com isso, importar ideias estrangeiras sem adaptação interna, ou importar visão de mundo externa de forma subvertida, para concretizar interesses de uma oligarquia a frente do poder, tem-se o pressuposto de falha constitucional e inefetividade e ineficácia presumidas, como pôde ser percebido em relação à característica em comum do Constitucionalismo brasileiro de 1891 a 1988

Essas hipóteses – falta de adaptação interna e subversão de ideias vanguardas- não são perceptíveis na Constituição de 1988, já que, por ser tão próxima do cidadão e por haver mecanismos robustos de proteção do seu “core” constitucional – através de engrenagens de controle de constitucionalidade-, as ideias foram adaptadas à realidade nacional. Além disso, pelo amadurecimento da racionalidade limitada, a noção de um texto finalizado é distanciada, haja vista as inúmeras Emendas Constitucionais que conferem sobrevivência contínua da Constituição.

Por isso, o Constitucionalismo na experiência constitucional de 1988 é tão único, porque, além de agregar as ideias do Constitucionalismo Moderno, a Constituição de 1988 preserva o passado, o presente e o futuro. Ademais, criou-se um sistema de integração social e

normativa bem desenhado, que permite a confluência entre sociedade e Constituição, através, principalmente, das Emendas Constitucionais. Consequentemente, a Constituição sobrevive aos mais diversos contextos históricos e crises, pois a estruturação do sistema elementar interno da Constituição de 1988 absorveu as peculiaridades do Brasil. Assim sendo, os preceitos do Constitucionalismo Moderno foram adaptados à racionalidade limitada da sociedade brasileira e a forma como ela se desenvolve ao longo dos anos, considerando a sua história e suas particularidades.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, as ideias do Constitucionalismo Moderno representaram um marco significativo na juridicidade dos países, sob influência da mudança cultural e social, a partir do conceito de paradigma. Ademais, a história do Constitucionalismo Moderno deve ser analisada sob um panorama específico e geral, porque, ao mesmo tempo que as nações adotaram as ideias liberais, elas apresentaram excepcionalidades em recepcionar essas ideias, em especial o Brasil.

Outrossim, o Constitucionalismo Moderno, de forma íntegra e adaptada às circunstâncias nacionais, se faz presente na atual experiência constitucional, agregando motivações sociais e consequências jurídicas que constituíram a alma desse período histórico, bem como os atributos paradigmáticos do Estado Liberal, encontram respaldo na Constituição de 1988¹⁴.

No entanto, essa realidade nem sempre existiu. Desde o início da República até a Constituição de 1988, a recepção dessas ideias foi adaptada pela elite, para que fosse possível atingir os seus interesses sob pretexto de uma ideologia vanguarda. Contudo, os ideais sociais, que estavam distantes das Constituições anteriores, foram motivos para que os textos constitucionais fossem revogados, já que a sobrevivência constitucional dessa época estava atrelada a um contexto de persuasão ideológica subvertida. Com isso, em momentos críticos de político e economia, as engrenagens constitucionais se mostravam fracos, pois eram obstadas pelos interesses pessoais dos governadores, embora o real detentor do povo era o povo.

Dessa forma, o Brasil apresenta uma experiência constitucional extremamente eficiente, tanto é que é reconhecida por ser cidadã. A imposição e afirmação dos ideais sociais, sob a

¹⁴ Artigo 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 vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.” (BRASIL, 1988)

perspectiva do povo como detentor do poder, reflete desde o início da criação da Constituição, na Assembleia Nacional Constituinte, até os dias atuais, por meio das Emendas Constitucionais. Consequentemente, as Emendas, juntamente com as cláusulas pétreas e os mecanismos do Constitucionalismo, são os possibilitadores da sobrevivência do texto constitucional ao longo dos diversos momentos históricos do país, pois respeitou e preservou as peculiaridades do país.

Logo, a noção de que há uma presunção de fracasso constitucional; de que a história da Constituição brasileira é um conjunto de eventos frustrantes é uma afirmação errônea e equivocada. Essa conclusão é factível, porque a Constituição de 1988, diretamente influenciada pelo Constitucionalismo Moderno, revela um desenho constitucional que possibilita que o texto constitucional seja, ao mesmo tempo, fechado, ao proteger os seus elementos internos de autorreferência, a saber: o seu “core”, e aberto, por possibilitar a integração com os sistemas sociais, o que possibilita a mudança de interpretação dos direitos nele inerentes. Para isso, a Constituição se baseou no princípio da operabilidade, que seria a utilização significativa de normas limitadas e programáticas, que são preenchidas por leis infraconstitucionais, que remetem ao contexto histórico e social do país.

Com isso, em um país onde a corrupção, o nepotismo e a utilização da máquina pública para a concretização de benefícios pessoais se encontram com frequência; em um país onde a grandeza da diversidade está em paridade com a dimensão da desigualdade, e, mesmo assim, a Constituição sobrevive e consegue sobreviver, perpassando pelas crises e incluindo o povo na história constitucional, é um momento ímpar no Brasil.

Portanto, a ideia de fracasso constitucional é um preceito distante da realidade empreendida pelo Brasil desde 1988. Pelo contrário, pode-se dizer que a atual Constituição é corajosa, porque conseguiu não só absorver as alterações ao longo do período histórico, sejam elas singelas ou de grandes proporções, embora todas significativas, mas, também, preservou o seu “core”.

Ulysses Guimarães, aproximando da ideia retratada acima, anuncia na promulgação da Constituição de 1988:

Assinalarei algumas marcas da Constituição que passará a comandar esta grande Nação.

A primeira é a coragem (...).

A Assembleia Nacional Constituinte rompeu contra o *stablishment*, investiu contra a inércia, desafiou tabus. Não ouviu o refrão saudosista do velho do Restelo, no genial canto de Camões. Suportou a ira e perigosa campanha mercenária dos que se atreveram na tentativa de aviltar legisladores em guardas de suas burras abarrotadas com o ouro de seus privilégios e especulações (GUIMARÃES, 2008, pp. 913-914)

Em outros termos, conquanto a “Constituição Coragem” é sempre um excerto esquecido, esse traço é de extrema importância para compreender o Constitucionalismo na

atualidade brasileira. Desde antes da sua promulgação, a Constituição de 1988 sofreu ferrenhas críticas dos setores mais reacionários da sociedade, dos mais interessados em manter os mesmos traços patológicos de opressão e desigualdade que a marcam desde a colônia. Todavia, conseguiu persistir, identificou os dispositivos abusivos e inconstitucionais, e os extirpou, preservando o cerne das discussões e objetivos da Assembleia Nacional.

Por fim, entre idas e vindas, a Constituição brasileira suportou as transições sociais, resguardando seus parâmetros norteadores e, ao mesmo tempo, absorveu a mudança de percepção mundana. No entanto, por ser uma conclusão não palpável e significativamente abstrata, a Constituição, falsamente, é vista como ineficaz e inefetiva, sendo mais um fracasso da história constitucional, que foi marcada pela grande quantidade de Constituições entre 1891 e 1988.

Em outras palavras “o correr da vida embrulha tudo, a vida é assim: esquenta e esfria, aperta e daí afrouxa, sossega e depois desinquieta. O que ela quer da gente é coragem” (GUIMARÃES ROSA, 1994, p.448). A resposta da trama constitucional brasileira resume-se na palavra “coragem”, através da luta social por projetos reais e eficazes, metaforicamente representado por Menelick de Carvalho Netto: “Constituição é luta, gente; sempre foi” (CARVALHO NETTO, 2017). E é exatamente por esse motivo que a democracia e Constitucionalismo é tão presente na realidade atual brasileira; que a Constituição de 1988 é extremamente eficaz e efetiva, e, por isso, ela sobrevive às transições históricas, sociais e econômicas, através das Emendas Constitucionais e das interpretações autênticas e jurisprudenciais, sempre preservando os mecanismos de reprodução e as peculiaridades da nação. Assim, a Constituição do Brasil se molda em um sólido Constitucionalismo, com bases no Constitucionalismo Moderno, com grande proximidade entre o texto constitucional e o cidadão, característica nunca antes empreendida no país.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Sérgio Tibiriça; BORTOLO, Ana Laura Perozo. A Evolução do Constitucionalismo no Brasil e no Mundo. *Revista Intertemas*. Vol. 24, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil Anotada**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

BOSI, Alfredo. **Dialética da Colonização**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A Hermenêutica Constitucional e os desafios aos Direitos Fundamentais**. In: José Adécio Leite Sampaio (Org.). Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A Sanção no Procedimento Legislativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

CARVALHO NETTO, Menelick. **Conferência Proferida no III Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política**. Curitiba, 24-27 de outubro de 2017.

CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. **Os Direitos Fundamentais e as (In)Certeza do Direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CHUERI; Vera Karam de; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e democracia -soberania e poder constituinte. *Revista Direito GV*, vol. 6 n. 1, p.159-174, jan-jun, 2010.

COELHO, João Gilberto Lucas. A Participação Popular na Constituinte. *Revista Cultura. Vozes*. Vol. 82, nº 2, jul./dez. 1988.

CONSTANT, Benjamin. **Da Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos**. 1ª edição. São Paulo: Edipro, 2019.

DIPPEL, Horst. **História do Constitucionalismo Moderno: novas perspectivas**. Trad. António Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007.

ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom, and MELTON, James. The Endurance of National Constitutions, *Cambridge University Press*, 2009.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro**. 5ª Edição. São Paulo: Globo, 2012.

FARIA, Sheila de Castro; FERREIRA, Jorge Luiz; SANTOS, Georgia dos; VAINFAS, Ronaldo. **Conecte História**. 1ª Edição. São Paulo: Saraiva Didáticos, 2014.

GOMES, David F. L. **A Perífrase Esquecida: coragem e constituição**. In: GOMES, David F. L.; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. 1988-2018: o que constituímos? Homenagem a Menelick de Carvalho Netto nos 30 anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: Conhecimento, 2019.

GUIMARÃES ROSA, João. **Grande Sertão: Veredas**. Ficção Completa, v. II. São Paulo: Nova Aguilar, 1994.

GUIMARÃES, Ulysses. Discurso do Presidente da Constituinte na data da promulgação da Constituição, 5 de outubro de 1988. In: BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 9ª edição. Brasília: OAB, 2008.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HUNT, Lynn. **A Invenção dos Direitos Humanos: uma história**. Trad. Rosaura Eichenberg. 1ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 3ª edição revisada. São Paulo: Perspectiva, 1994.

MAIA, Paulo Sávio N. Peixoto. **O Guardião da Constituição na Polêmica Kelsen-Schmitt: Rechtsstaat como referência semântica na memória de Weimar**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 3ª edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

NEVES, Marcelo. Ideias em outro lugar? Constituição liberal e codificação do direito privado na virada do século XIX para o século XX no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. RBCS Vol. 30 nº 88 junho/ 2015.

PAIXÃO, Cristiano. Direito, Política, Autoritarismo e Democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades*. Vol. 13, nº 26, segundo semestre, 2011.

REZENDE, Gabriel. A máquina de Menelick. *Revista de Estudos Constitucionais Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. Vol. 9 nº 2, maio-agosto, 2017.

SCHIOPPA, Antonio Padoa. **História do direito na Europa: Da idade média a idade contemporânea**. 1ª edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 10ª edição. São Paulo: Malheiros, 1995.

O CONCEITO DE VANTAJOSIDADE DA PRORROGAÇÃO ANTECIPADA NO SETOR FERROVIÁRIO

THE CONCEPT OF ADVANTAGEOUS FROM THE EARLY EXTENSION IN THE RAILWAY SECTOR

Vanessa Schinzel Pereira¹

Resumo: Este artigo estuda o instituto da prorrogação antecipada, previsto pela Lei nº 13.448, de 05 de junho de 2017, especificamente quanto ao setor de transporte ferroviário. De acordo com a referida legislação, somente será autorizada a extensão do prazo contratual se fundamentada, por meio de estudo técnico, a vantagem da prorrogação frente à realização de nova licitação. No entanto, a forma que será aferida tal vantajosidade não se encontra definida na legislação, tornando imprescindível a sua delimitação. Dessa forma, o objetivo do presente estudo é identificar os critérios obrigatórios para aferição da vantajosidade, a fim de construir o seu conceito. Para tanto, parte-se do levantamento do contexto histórico referente ao contrato de concessão ferroviária no Brasil e da legislação específica sobre o tema, seguido pelo estudo de caso da prorrogação antecipada da Rumo Malha Paulista perante o Tribunal de Contas da União para, ao final, fixar os critérios básicos de aferição da vantajosidade. Feito esse levantamento, chegou-se à conclusão de que a vantagem só é existente se presentes os seguintes critérios: interesse público; urgência e relevância; e, reparação de problemas históricos no setor ferroviário brasileiro.

Palavras-chave: Concessões; Setor Ferroviário; Prorrogação Antecipada; Vantajosidade.

Abstract: This article studies the institute of early extension, provided in Brazilian Law nº 13.448/2017, specifically regarding the railway transport sector. According to the aforementioned legislation, the extension of the contractual term will only be authorized if it is justified, by technical study, demonstrating the advantage of the extension in relation to a new bid. However, the form that will be measured the advantageous is not defined in the legislation, making it essential to delimit it. This way, this study objective is to identify the mandatory elements for measuring the advantage, in order to build its concept. To do so, it starts from the historical context survey related to the railway concessions contracts in Brazil and the specific legislation about the subject, followed by the case study of early extension from Rumo Malha Paulista analysis by Brazilian Federal Audit Court. After this survey, it was concluded that the advantage only exists if the following elements are present: public interest; urgency; relevance; and historical problems repairment in the Brazilian railway sector.

Keywords: Concessions; Railway Sector; Early Extension; Advantageous.

Sumário: Introdução; 1 Os contratos de concessão ferroviária no Brasil; 2 O instituto da prorrogação antecipada; 3 A vantajosidade da prorrogação antecipada da Rumo Malha Paulista; 4 Os critérios obrigatórios para aferição da vantajosidade da prorrogação antecipada; 4.1

¹ Advogada atuante na área de Direito Público, com ênfase no setor de Infraestrutura de Transportes. Pós-graduada em Direito Administrativo pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Membro da Comissão de Direito Administrativo da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Distrito Federal.

Interesse Público; 4.2 Urgência e Relevância; 4.3 Reparação de problemas históricos no setor ferroviário brasileiro. Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Em 24 de novembro de 2016, foi editada pela Presidência da República a Medida Provisória nº 752, posteriormente convertida na Lei nº 13.448/2017, que estabeleceu diretrizes gerais para a prorrogação e relicitação dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, objetivando a realização imediata de novos investimentos para a retomada do crescimento econômico no País.

Para tanto, a referida lei criou o instituto da prorrogação antecipada, exigindo, além da qualificação prévia e específica do empreendimento para esse fim no Programa de Parcerias e Investimentos, que o órgão ou a entidade competente realize estudo técnico que fundamente a vantagem da prorrogação do contrato de parceria frente à realização de nova licitação.

Essa vantajosidade, no entanto, não se encontra definida na legislação, tornando imprescindível o estudo mais aprofundado do tema. Faz-se imperioso, então, desvendar os diversos posicionamentos sobre os contornos de sua aplicação prática pelos gestores públicos, com o escopo de elaborar proposta de fixação de critérios que possam ser úteis a presidir a atividade administrativa de escolha da melhor opção regulatória.

Tem-se, assim, como objetivo do presente estudo, a identificação dos critérios obrigatórios de aferição da referida vantajosidade, utilizando como referência o estudo do caso da prorrogação da Rumo Malha Paulista, que foi o primeiro a ser analisado e aprovado pelo Tribunal de Contas da União no setor ferroviário. Dele almeja-se colher uma matriz que sirva de referência teórica para a complexa tarefa do gestor público.

Nesse sentido, pretende-se apresentar, no primeiro capítulo, como premissa, o contexto histórico dos contratos de concessão ferroviária, desde a concepção das ferrovias no Brasil até a desestatização de seus trechos na década de 90, destacando-se os principais desafios enfrentados ao longo dos anos e a necessidade de projeção de novos investimentos para a retomada do setor no cenário econômico atual.

Mais adiante, no segundo capítulo, serão apresentados o regime jurídico e os fundamentos legais que regem o instituto da prorrogação antecipada, incluindo a análise das cláusulas contratuais que versam sobre o tema e os requisitos previstos na Lei nº 13.488/2017. No terceiro capítulo, dando continuidade ao estudo do instituto, adentraremos o conceito de vantajosidade apresentado no caso da Rumo Malha Paulista, analisando os estudos técnicos

elaborados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres e as decisões do Tribunal de Contas da União, incluindo as divergências ocorridas no âmbito da Corte.

Por fim, a partir da análise realizada no capítulo anterior, a última parte do trabalho dedicar-se-á à identificação dos critérios obrigatórios de aferição da vantajosidade, a fim de estabelecer um parâmetro a ser observado pelo Poder Público em outros casos de prorrogação antecipada, mantendo-se, assim, a essência do instituto e um efetivo benefício a todos os envolvidos.

1. OS CONTRATOS DE CONCESSÃO FERROVIÁRIA NO BRASIL

Influenciado pelo crescimento ferroviário na Inglaterra e nos Estados Unidos, o governo brasileiro iniciou a implantação das ferrovias no ano de 1835, com a edição do Decreto nº 101. Denominado de Lei Feijó, o decreto estabeleceu o primeiro marco legal das ferrovias no Brasil, autorizando o governo a conceder o direito de construir uma estrada de ferro ligando a capital do Império às províncias de Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Bahia (PINHEIRO; RIBEIRO, 2017, p. 5).

No entanto, devido à falta de incentivos da Lei Feijó, os projetos apresentados não foram adiante à época, o que levou à edição do Decreto nº 641, de 26 de junho de 1852. O referido decreto, além de autorizar a concessão pelo prazo de noventa anos, garantia o retorno de juros de 5% ao ano sobre o custo estimado da obra e isenções de impostos de importação, incentivando os investidores privados a construírem ferrovias no país.

À vista disso, no mesmo ano, Irineu Evangelista de Souza - posteriormente consagrado como Barão de Mauá - recebeu a concessão do governo imperial e iniciou a construção da Estrada de Ferro Mauá, inaugurando a “Era Ferroviária” no Brasil. A partir da construção desta ferrovia e da ampliação dos incentivos pelo governo, que aumentou a garantia para o patamar de 7% de juros, as estradas de ferro privadas se multiplicaram ao longo dos anos².

Porém, devido a diversos eventos históricos que afetaram a economia do país, como a Primeira Guerra Mundial e a quebra da bolsa de Nova York, diversas empresas ferroviárias entraram em colapso financeiro (PINHEIRO; RIBEIRO, 2017, p. 19). Assim, no final da década de 30, o Governo Vargas iniciou um processo de saneamento e reorganização das estradas de ferro, encampando as ferrovias privadas que estavam com dificuldades financeiras, incorporando-as progressivamente ao patrimônio da União (DNIT, 2019).

² Entre 1854 e 1940 foram construídos 34.252 km de ferrovias no Brasil. (DURÇO, 2015, p. 8)

Esse período de encampação também foi marcado pelo início do rodoviarismo, com o redirecionamento dos recursos públicos para a construção de rodovias no país. Dessa forma, apesar da transferência das ferrovias à União, em razão da expansão da malha rodoviária e da crescente concorrência entre os modais, o setor ferroviário continuou em declínio, respondendo por cerca de 90% do déficit público brasileiro em 1957 (CASTRO, 2000, p. 129).

Fundado nesse contexto que, ainda em 1957, com o objetivo de (i) unificar as ferrovias administradas pela União, (ii) reduzir os custos operacionais, (iii) criar integração e economia de escala que permitisse recuperar o setor e (iv) aumentar competitividade das ferrovias em relação às rodovias (PINHEIRO; RIBEIRO, 2017, p. 23), foi criada a Rede Ferroviária Federal S.A. (RFFSA). Constituída pela Lei nº 3.115, de 16 de março de 1957³, a RFFSA incorporou 18 estradas de ferro pertencentes à União e por ela administradas (DNIT, 2019), totalizando 38.967 km de linhas ferroviárias (DURÇO, 2015, p. 11).

Seguindo o mesmo processo, no ano de 1971 o Estado de São Paulo criou a Ferrovia Paulista S.A. (Fepasa), unificando cinco ferrovias na expectativa de iniciar um novo crescimento no setor ferroviário estadual. José Roberto Walker explica que na época de sua criação previa-se que haveria uma sobrevida no setor, no entanto, na mesma década, a Fepasa já se encontrava em crise financeira, agravando sua situação nos anos seguintes devido à decadência do setor ferroviário (WALKER; GURGEL; LACERDA, 2005, p. 27 apud DURÇO, 2015, p. 11).

Observa-se, portanto, que apesar da tentativa do governo de assumir o controle das empresas ferroviárias, tanto no plano federal quanto no estadual, a ausência de investimentos públicos no setor fez com que a RFFSA e a Fepasa passassem por problemas financeiros que incapacitaram suas operações e a manutenção da malha ferroviária existente, provocando as primeiras discussões a respeito da desestatização das ferrovias.

Assim, com o objetivo de reduzir a presença estatal na economia e controlar a dívida pública (BICALHO, 2019, p. 136), em 12 de abril de 1990, por intermédio da Lei nº 8.031, foi instituído o Programa Nacional de Desestatização (PND), tendo a inclusão da RFFSA e suas subsidiárias em seu programa nos anos seguintes⁴. Segundo Ricardo de Oliveira, era o começo da virada para que o instrumento de concessão retomasse o protagonismo que perdera, ao menos 30 anos antes, no setor ferroviário (OLIVEIRA, 2005, p. 27).

³ De acordo com a Lei nº 3.115, de 1957, as estradas de ferro de propriedade da União e por ela administradas deveriam ser incorporadas à RFFSA, o mesmo acontecendo com aquelas que viessem a ser transferidas ao domínio da União, ou cujos contratos de arrendamento fossem encampados ou rescindidos.

⁴ A RFFSA e suas subsidiárias foram incluídas no Programa Nacional de Desestatização por meio do Decreto nº 473, de 10 de março de 1992.

O modelo de desestatização da RFFSA, formulado por uma consultoria especializada contratada pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), dividiu sua malha ferroviária em seis trechos, quais sejam: Oeste, Centro-Leste, Sudeste, Tereza Cristina, Sul e Nordeste, cada uma consistindo em uma concessão separada, com prazo de 30 anos, que poderia ser renovada uma única vez (PINHEIRO; RIBEIRO, 2017, p. 37). Os trechos mencionados foram repassados ao setor privado a partir de 1996, por meio de leilão.

Seguindo o mesmo modelo, as malhas da Fepasa formaram a sétima concessão, em razão de sua incorporação à RFFSA por meio do Decreto nº 2.502, de 18 de fevereiro de 1998. Leiloadas no mesmo ano, o seu contrato apresentava a possibilidade de prorrogação pelo mesmo prazo de duração da concessão.

Além das sete concessões relacionadas à desestatização da RFFSA e da Fepasa, a União concedeu outros trechos ferroviários na década de 90. Com a inclusão da Companhia do Vale do Rio Doce no PND em 1995 e a sua privatização em 1997, as ferrovias “Estrada de Ferro Carajás” e “Estrada de Ferro Vitória Minas”, que estavam sob sua operação, também foram transferidas para os investidores pelo prazo de 30 anos, prorrogável por igual período.

O mesmo ocorreu com a “Estrada de Ferro Paraná Oeste”. Outorgada inicialmente à sociedade de economia mista denominada FERROESTE - Estrada de Ferro Paraná Oeste S.A. no ano de 1988, o qual possuía como seu principal acionista o Governo do Paraná, a malha ferroviária foi subconcedida à empresa privada FERROPAR - Ferrovia Paraná S.A. após a privatização da empresa em 1997, constando em seu contrato a concessão e prorrogação pelo prazo de 30 anos.

Distinguindo-se das demais, que já estavam em operação, a “Ferrovia Norte Brasil” foi concedida desde a sua concepção diretamente à empresa FERRONORTE S.A. - atualmente Rumo Logística S.A - em 1989, resultado da licitação promovida pelo então Ministério dos Transportes para a construção e exploração da ferrovia. O contrato possui o prazo de 90 anos, prorrogável pelo mesmo intervalo de tempo, sendo a única concessão atualmente que ainda possui o prazo de duração igual ao previsto no modelo do Decreto nº 641/1852.

Nota-se que, apesar do cenário negativo apresentado durante anos no setor ferroviário, a desestatização das malhas impactou positivamente os cofres públicos. Segundo a Associação Nacional dos Transportadores Ferroviários (2019, p. 12), a partir da prestação do serviço de transporte ferroviário pela iniciativa privada, somente nos anos de 1996 a 2010, a União passou a arrecadar R\$ 4,94 bilhões no pagamento das parcelas de concessão e arrendamento, sem contar a arrecadação de impostos no valor de R\$ 13,52 bilhões.

No entanto, nos anos seguintes, a execução de investimentos diretamente pelo orçamento fiscal desacelerou (OLIVEIRA, 2018, p. 285). Assim, buscando restabelecer o planejamento integrado dos transportes, de forma a implantar uma rede de infraestrutura moderna e eficiente, capaz de prover maior competitividade ao país, bem como fomentar o desenvolvimento econômico e social (ANTT, 2019c), em 2012 o Governo Federal lançou o Programa de Investimento em Logística (PIL).

O programa, entretanto, não foi adiante, tendo em vista que os estudos e projetos para as novas linhas ainda não estavam maduros para serem colocados em licitação no modelo⁵ proposto pelo programa (OLIVEIRA, 2018, p. 286). À vista disso, em 2015 o Governo Federal anunciou a segunda etapa do PIL, passando a constar como prioridade a concessão de novas ferrovias e novos investimentos em concessões já existentes, totalizando R\$ 86,4 bilhões de investimentos projetados (ANTT, 2019b).

A nova etapa do programa, com a previsão de inclusão de investimentos não previstos no instrumento contratual vigente, resultou na edição da Medida Provisória nº 752, de 24 de novembro de 2016, posteriormente convertida na Lei nº 13.448, de 05 de junho de 2017, que estabelece diretrizes gerais para a prorrogação e a relicitação dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal.

A referida lei busca reparar problemas e desafios históricos em importantes setores de infraestrutura, prevendo a possibilidade de prorrogação antecipada dos contratos de concessão dos modais rodoviário e ferroviário, a fim de viabilizar a realização imediata dos novos investimentos (PR, 2019). Esse instituto, inclusive, tem sido objeto de diversas discussões no âmbito jurídico, tanto em relação à sua constitucionalidade⁶ quanto à sua vantajosidade frente a uma nova licitação, este último objeto do presente estudo.

2. O INSTITUTO DA PRORROGAÇÃO ANTECIPADA

⁵ O modelo proposto à época seguia a seguinte estrutura: (i) a concessionária deteria o direito de exploração da infraestrutura ferroviária; (ii) a Valec compraria a totalidade da capacidade da ferrovia remunerando a concessionária por uma tarifa; (iii) a Valec subcederia, a título oneroso, o direito de uso de capacidade de tráfego a operadores ferroviários; e, por fim, (iv) a concessionária prestaria serviço de operação diretamente aos operadores, remunerando-a por meio de outra tarifa (Tarifa de Fruição), na medida de utilização da ferrovia. (MINFRA, 2019).

⁶ Em 2017 foi ajuizada no Supremo Tribunal Federal, pela Frente Nacional de Profissionais Liberais, Trabalhadores Operadores Usuários e Associações em Defesa das Ferrovias (FERROFRENTE), a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.684 em face da Medida Provisória nº 752/2016, não tendo sido conhecida por ilegitimidade ativa. Em seguida, no ano de 2018, a Procuradora-Geral da República propôs nova ação (ADI nº 5991), questionando a constitucionalidade de diversos dispositivos da Lei nº 13.448/2017, tendo sido, ao final, julgada improcedente a ação (STF, 2021).

O fundamento normativo do instituto jurídico da prorrogação dos contratos de concessão de serviço público reside no artigo 175 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o qual estabelece, no *caput*, que a concessão será sempre precedida de licitação e, em seu parágrafo único, inciso I, que a lei disporá, dentre outras matérias, sobre o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação (GUIMARÃES, 2018, p. 27).

Nesse viés, buscando regulamentar o artigo constitucional mencionado, foi editada, em 13 de fevereiro de 1995, a Lei nº 8.987, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos. Essa lei não especifica o limite do prazo de duração das concessões, apenas exige, como cláusula essencial do contrato, a indicação do prazo e das condições para a sua prorrogação⁷, conferindo margem considerável de discricionariedade para que o Poder Concedente estabeleça a extensão do prazo da outorga ou a sua renovação (PRADO; PINHEIRO 2017, p. 433).

Foi com base nessa parcela de competência que, em 2015, em decorrência da previsão de novos investimentos em concessões na segunda etapa do Programa de Investimento em Logística, o Ministério dos Transportes (MT) e a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) estabeleceram as primeiras regras a serem seguidas para a prorrogação dos contratos de concessão ferroviária, consubstanciadas na Portaria MT nº 399, de 17 de dezembro de 2015, e na Resolução ANTT nº 4.975, de 18 de dezembro de 2015.

A Portaria nº 399/2015 do Ministério apresentou a essência do procedimento de prorrogação, determinando, dentre outras questões, que a ANTT deverá seguir as seguintes diretrizes: (i) necessidade de realização imediata de novos investimentos na malha ferroviária concedida; (ii) ratificação, adaptação e adequação dos contratos às boas práticas de regulação; e (iii) ampliação do compartilhamento de infraestrutura ferroviária e de recursos operacionais de forma a fomentar a concorrência e a eficiência setorial. Com base nesses preceitos, a Agência editou a Resolução nº 4.975/2015, que estabeleceu o procedimento a ser adotado dentro da agência, desde o pedido de prorrogação do prazo formulado pelas concessionárias até a assinatura do termo aditivo ao contrato de concessão.

Nesse período, diversas empresas que celebraram contratos na década de 90, em decorrência da desestatização da RFFSA e da Fepasa, solicitaram a prorrogação antecipada de seus contratos, tendo em vista o transcurso dos prazos contratuais vigentes, faltando à época cerca de 10 anos para o encerramento das concessões (ANTT, 2019a). São elas: (i) Rumo Malha

⁷ Do mesmo modo previu a Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001, que criou a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).

Paulista - Malha Paulista; (ii) MRS Logística - Malha Sudeste; (iii) Ferrovia Centro Atlântica - Malha Centro-Leste; (iv) Estrada de Ferro Vitória a Minas; e (v) Estrada de Ferro Carajás⁸.

Nessa linha, seguindo a necessidade de consecução dos objetivos do governo, referentes à realização de novos investimentos nas concessões vigentes, tornou-se fundamental alterar a política de infraestrutura do país e garantir o tratamento prioritário dos empreendimentos de interesse público. Diante disso, em 13 de setembro de 2016, por intermédio da Lei nº 13.334, foi criado o Programa de Parceria de Investimentos (PPI), destinado à ampliação e fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada.

Conforme o artigo 2º da Lei nº 13.334/2016, são objetivos do PPI: (i) ampliar as oportunidades de investimento; (ii) garantir a expansão com qualidade da infraestrutura pública; (iii) promover ampla e justa competição na celebração das parcerias e na prestação dos serviços; (iv) assegurar a estabilidade e a segurança jurídica; (v) fortalecer o papel regulador do Estado e a autonomia das entidades estatais de regulação; e (vi) fortalecer políticas nacionais de integração dos diferentes modais de transporte.

No mesmo ano, a fim de efetivar as diretrizes traçadas pelo PPI, especialmente quanto ao dever de “assegurar a estabilidade e a segurança jurídica” (FREITAS, 2018, p. 209), foi editada a Medida Provisória nº 752, posteriormente convertida na Lei nº 13.448, de 05 de junho de 2017, que disciplina a prorrogação e a relicitação dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário.

A referida lei prevê duas espécies de prorrogação⁹, quais sejam, a contratual e a antecipada. De acordo com o artigo 4º da Lei nº 13.448/2017, que as conceitua, as duas modalidades diferenciam-se somente em termos cronológicos, uma vez que a primeira (contratual) se dá ao término da vigência do ajuste e a segunda (antecipada) antes do termo da concessão¹⁰.

⁸ Ressalta-se que os referidos empreendimentos foram qualificados posteriormente pelo PPI, para fins de prorrogação antecipada, por intermédio do Decreto nº 9.059, de 25 de maio de 2017.

⁹ A Lei nº 13.448/2017 traz apenas duas espécies de prorrogação, no entanto, o Tribunal de Contas da União, quando da análise da possibilidade da utilização do instituto em arrendamentos portuários, definiu que, na verdade, existem três espécies distintas, quais sejam, a ordinária, a excepcional para fins de reequilíbrio e a antecipada, sendo esta última aquela em que ocorrerá a inclusão de investimentos não previstos em instrumento contratual vigente. Vide: TC nº 030.098/2017-3. Acórdão nº 1446/2018. Plenário.

¹⁰ O artigo 4º da Lei nº 13.448/2017 conceitua as espécies de prorrogação da seguinte forma: (i) prorrogação contratual: alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, expressamente admitida no respectivo edital ou no instrumento contratual original, realizada a critério do órgão ou da entidade competente e de comum acordo com o contratado, em razão do término da vigência do ajuste; (ii) prorrogação antecipada: alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, quando expressamente admitida a prorrogação contratual no respectivo edital ou no instrumento contratual original, realizada a critério do órgão ou da entidade competente e de comum acordo com o contratado, produzindo efeitos antes do término da vigência do ajuste;

A prorrogação antecipada, de acordo com os ensinamentos de Rafael Vêras (2018, p. 214), terá lugar nas hipóteses em que, por razões econômicas, o poder concedente, em vez de esperar o termo do contrato de concessão, incentiva que o concessionário realize investimentos não previstos nas suas obrigações originárias, tendo como contrapartida a ampliação da vigência do prazo da concessão.

Nesse contexto, Armando Castelar Pinheiro e Leonardo Coelho Ribeiro (2018, p. 21) adicionam que a prorrogação antecipada resulta em um ganho “com a manutenção de um serviço a contento, e a incorporação imediata de novos investimentos, em infraestrutura pública, que teriam de ser adiados até o final da vigência contratual, sem o aporte de recursos públicos (subsídios), ou tampouco aumento tarifário”, isto em troca da transformação de monetização de expectativa em certeza.

À luz da nova lei, esta espécie de prorrogação ocorrerá apenas no contrato de parceria cujo prazo de vigência, à época da manifestação da parte interessada, encontrar-se entre 50% e 90% do prazo originalmente estipulado (art. 6º, §1º) e desde que a prestação de serviço de transporte ferroviário seja adequada, entendendo-se como tal o cumprimento das metas de produção e de segurança definidas no contrato (art. 6º, §2º, II).

No que se refere à sua formalização, esta ocorrerá por meio de termo aditivo, contendo em seu teor o cronograma de investimentos obrigatórios e mecanismos que desestimulem eventuais inexecuções ou atrasos de obrigações (art. 7º), permitindo, assim, um melhor acompanhamento da execução contratual. A prorrogação deverá, ainda, ser submetida previamente à consulta pública (art. 10) e, ao final, encaminhada ao Tribunal de Contas da União (TCU), instruída com o estudo técnico, o cumprimento dos requisitos da lei e, quando for o caso, o aditivo de prorrogação contratual (art. 11).

Para que ocorra a alteração do prazo de vigência, exige-se também que a prorrogação esteja expressamente admitida no respectivo edital ou no instrumento contratual original (art. 4º, II). Quanto a este ponto, cumpre tecer alguns comentários. Em análise aos contratos de concessão existentes no setor ferroviário, expostos no capítulo anterior¹¹, verifica-se que todos os contratos possuem cláusulas que possibilitam a prorrogação contratual, encontrando-se aptas à eventual pedido de extensão do prazo.

Destaca-se que as cláusulas contratuais de prorrogação possuem duas previsões, de acordo com a época da celebração do contrato. Os contratos ainda em vigor, firmados antes da década de 90, determinam apenas que o contrato poderá ser prorrogado pelo mesmo período da

¹¹ A íntegra dos contratos de concessão encontra-se disponível no sítio eletrônico da ANTT (ANTT, 2020c).

concessão, desde que manifestado com a antecedência mínima prevista. Já os contratos celebrados após a década de 90 são mais completos e exigem, além da antecedência, alguns requisitos para a concessão do pleito, conforme modelo colacionado abaixo¹²:

CLÁUSULA TERCEIRA - DA PRORROGAÇÃO DO CONTRATO

Em havendo interesse manifesto de ambas as partes, o presente contrato poderá ser prorrogado até o limite máximo total de 30 anos, a exclusivo critério da CONCEDENTE.

Parágrafo 1º. Até 60 meses antes do termo final do prazo contratual, a CONCESSIONÁRIA deverá manifestar seu interesse na prorrogação contratual, encaminhando pedido à CONCEDENTE que decidirá, impreterivelmente, sobre o mesmo até 36 meses antes do término deste contrato.

Parágrafo 2º. A CONCESSIONÁRIA poderá pleitear a prorrogação da CONCESSÃO desde que não tenha sido reincidente em condenação administrativa ou judicial por abuso de poder econômico e tenha atingido e mantido a prestação de serviço adequado.

Parágrafo 3º. A partir da manifestação de interesse da CONCESSIONÁRIA, verificada sua conveniência e oportunidade pela CONCEDENTE, esta definirá as condições técnico-administrativas e econômicas-financeiras necessárias à prorrogação do contrato.

Da leitura da cláusula supracitada é possível verificar que a prorrogação não é ampla e irrestrita, devendo ser preenchidos, além dos requisitos previstos no texto normativo, também os contratualmente necessários à sua aprovação, tais como a ausência de reincidência em condenação administrativa ou judicial por abuso de poder econômico e o alcance e manutenção da prestação de serviço adequado.

Por fim, ainda que o pedido preencha os requisitos previstos na Lei nº 13.448/2017 e haja expressa previsão da prorrogação no contrato celebrado entre o Estado e a iniciativa privada, o órgão ou a entidade competente¹³ deverá realizar estudo técnico prévio que fundamente a vantagem da prorrogação em relação à realização de nova licitação para o empreendimento (art. 8º, *caput*).

Devem constar no referido estudo: (i) o programa de novos investimentos, quando previstos; (ii) as estimativas dos custos e das despesas operacionais; (iii) as estimativas da demanda; (iv) a modelagem econômico-financeira; (v) as diretrizes ambientais, quando exigíveis, observado o cronograma de investimentos; (vi) as considerações sobre as principais questões jurídicas e regulatórias existentes; e (vii) os valores devidos ao poder público pela prorrogação, quando for o caso (art. 8º, §1º).

¹² Fonte: Contrato da Rumo Malha Paulista S.A. (ANTT, 2020d).

¹³ Quanto à entidade competente para realizar o estudo técnico, a Nota Informativa Interministerial 01/2018/ANTT/MTPA/SG-PR, de 16 de março de 2018, firmou o entendimento de que a responsável será a ANTT, sendo que, comprovada a vantagem, o Ministério dos Transportes deverá decidir e avaliar se a prorrogação antecipada está alinhada ao planejamento estratégico e à política pública de transporte aplicável ao setor.

Apesar da lei em destaque apresentar os componentes do estudo técnico, a forma que deve ser aferida a vantajosidade, no entanto, não se encontra definida, levando a um estudo mais aprofundado quanto à sua definição, o qual será realizado nos próximos capítulos.

3. A VANTAJOSIDADE DA PRORROGAÇÃO ANTECIPADA DA RUMO MALHA PAULISTA

Conforme visto, a Lei nº 13.448/2017, ao disciplinar o instituto da prorrogação antecipada, apenas asseverou a necessidade de realização de estudo técnico para fundamentar a vantagem da prorrogação frente a uma nova licitação, mas não estabeleceu o conceito de vantajosidade. Trata-se, *in casu*, de conceito jurídico indeterminado¹⁴, em que a entidade competente utilizar-se-á de sua discricionariedade para escolher, segundo critérios de conveniência e oportunidade, a melhor solução que atenda ao interesse público, respeitando as peculiaridades do caso concreto (NOHARA, 2010, p. 167).

Registra-se que uma prorrogação antecipada que ultrapasse o tempo inicialmente previsto no instrumento original só se justifica em situações excepcionais¹⁵, nas quais comprovadamente se demonstre que esta é a opção mais favorável. Do contrário, estar-se-ia reconhecendo e atestando a possibilidade de existirem verdadeiros contratos eternos com a Administração Pública (OLIVEIRA, 2018).

Assim, para a construção do conceito de vantajosidade neste artigo, valemo-nos dos estudos técnicos elaborados pela ANTT e das decisões do TCU nos autos do processo de prorrogação antecipada da Rumo Malha Paulista (Rumo). O pedido mencionado foi o primeiro a ser apreciado pelo Plenário do TCU e que teve o seu Termo Aditivo ao Contrato de Concessão assinado.

Ressalta-se que todas as informações constantes deste capítulo foram obtidas por meio de solicitação de cópia apresentada nos autos do processo administrativo nº TC 009.032/2016-9, respaldado na Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), tendo sido autorizado o acesso por meio de despacho proferido pelo Ministro João Augusto Ribeiro em 7 de outubro de 2019.

¹⁴ Conceito jurídico cujo conteúdo e extensão são incertos.

¹⁵ O Ministro Mauro Campbell Marques do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do MS 20.432/DF, entendeu que o contrato de concessão com prazo certo é a regra, sendo a prorrogação, exceção, que somente se justifica se essa escolha se desdopntar eficiente em termos de relação de custo-benefício. (STJ, 2016).

Pois bem. Em obediência aos artigos 8º e 11º da Lei nº 13.448/2017, minuciados no capítulo anterior, a ANTT realizou o estudo técnico referente à prorrogação antecipada do contrato de concessão da Rumo e, após a análise do Ministério da Infraestrutura, o protocolou junto ao TCU, tombado sob o nº 009.032/2016-9.

De acordo com o referido estudo¹⁶, a pretensão reside na extensão do prazo contratual da concessão por mais 30 anos, contados do término do prazo atualmente vigente, e na inclusão de novos investimentos no contrato para a eliminação de conflitos urbanos e ampliação da capacidade da malha ferroviária.

A redução de conflitos urbanos torna-se necessária em razão do desenvolvimento das cidades do interior paulista ao longo dos anos, que atualmente instalam-se, em sua maioria, em torno da malha ferroviária. São diversas cidades afetadas pelas linhas, sujeitando-se aos ruídos, bloqueio de vias urbanas e, principalmente, acidentes, este último consideravelmente maior do que a média nacional.

A ampliação da capacidade da malha, por sua vez, decorre da saturação da Linha Tronco - linha principal -, ocasionando congestionamento, formação de filas e aumento de custos operacionais, bem como a transferência da demanda reprimida à via rodoviária, tornando-se, do ponto de vista econômico, menos eficiente e com custos externos elevados.

Os referidos investimentos não se encontram previstos no contrato de concessão vigente, portanto, a concessionária não se interessa em realizá-los, tendo em vista a impossibilidade de recuperar os investimentos em curto prazo e de garantir, diante da inexistência de regras para indenização, a reversibilidade dos valores despendidos.

Assim, buscando a inovação e a atualização do contrato, a ANTT apresentou os referidos estudos de aferição da vantajosidade da prorrogação antecipada, utilizando como instrumento a Análise de Impacto Regulatório (AIR)¹⁷, conduzida pelas “Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório”¹⁸ elaboradas pela Casa Civil da Presidência da República.

Assim, iniciando a análise, foram definidos o objetivo geral - ampliação da oferta e qualidade do transporte ferroviário na malha - e os objetivos específicos - ampliação de capacidade, adequação dos estados de conservação e manutenção da via, endereçamento do problema dos trechos sem tráfego, ampliação do desempenho operacional, adequação do

¹⁶ O referido estudo também se encontra disponível no sítio eletrônico da Agência (ANTT, 2020a).

¹⁷ Análise de Impacto Regulatório é o “processo sistemático de análise baseado em evidências que busca avaliar, a partir da definição de um problema regulatório, os possíveis impactos das alternativas de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos” (PR, 2020).

¹⁸ Ibidem.

contrato às melhores práticas de regulação e a ampliação do compartilhamento da infraestrutura - a serem observados na apreciação do caso em exame.

Como alternativas para aferir eventual vantagem, foram escolhidos os seguintes cenários: (i) cenário base: prorrogação contratual no advento do termo contratual e realização de nova licitação no advento do termo contratual; (ii) alteração contratual com reequilíbrio por extensão de prazo; (iii) prorrogação antecipada; e (iv) extinção antecipada e realização de nova licitação, por meio de encampação, caducidade, anulação e rescisão do contrato.

Para a avaliação das alternativas, a agência empregou como parâmetro os seus impactos - aplicando como variável a eficiência - e a efetividade no endereçamento dos objetivos específicos, indicando, ao final, a alternativa que se enquadrou no maior grau conjunto de referência, a fim de auxiliar o gestor na tomada de decisões quanto à escolha por alguma das opções apontadas.

O método de análise de eficiência utilizado pela ANTT foi o seguinte: para cada uma das alternativas foram listados impactos positivos e negativos, as categorias de atores afetadas (usuários, sociedade e administração) e a magnitude dos impactos sobre essas categorias, em uma escala de 1 (baixa relevância) a 5 (alta relevância), tendo sido calculada a pontuação gerada pela diferença dos impactos negativos e positivos para a classificação da eficiência da melhor alternativa.

Neste método, verificou-se que a alternativa da prorrogação antecipada foi classificada como de maior eficiência e o cenário base como de menor eficiência¹⁹. Veja o resultado:

Alternativa Regulatória	Indicador	Pontuação dos Impactos		
		Positivos	Negativos	Diferença
Cenário Base	Total	2,0	30,0	-28,0
	Média	2,0	4,3	-2,3
Alteração Contratual com Extensão de Prazo	Total	16,0	4,0	12,0
	Média	4,0	4,0	0,0
Prorrogação Antecipada	Total	24,0	4,0	20,0
	Média	4,0	2,0	2,0
Extinção Antecipada e Nova Licitação	Total	30,0	30,0	0,0
	Média	4,3	3,8	0,3

Tabela 1 – Eficiência das Alternativas Regulatórias.

Em seguida, para avaliar se a alternativa não é somente eficiente, sobretudo pela ótica de benefícios e custos econômicos gerados, a agência analisou se ela poderia não se mostrar efetiva na solução dos objetivos pretendidos, empregando para tanto o seguinte método: avaliação das alternativas em momentos distintos, quais sejam, a curto prazo (até 5 anos), a

¹⁹ O estudo completo da eficiência das alternativas regulatórias encontra-se disponível no Relatório da SEINFRA, nos autos do TC 009.032/2016-9, em trâmite perante o Tribunal de Contas da União.

médio prazo (entre 5 a 10 anos) e a longo prazo (mais de 10 anos), calculando a magnitude de cada uma delas com base em objetivos específicos, em uma escala de 1 (baixa efetividade) a 5 (alta efetividade), para se chegar ao resultado final.

Na mencionada análise de efetividade, foram consideradas ainda, em face das alternativas existentes, as seguintes premissas:

Cenário Base: i) De forma geral, no curto prazo, considerou-se a efetividade do cenário base como baixa ou muito baixa no endereçamento dos diferentes objetivos específicos. ii) Atribuiu-se decréscimo na efetividade para solução de alguns objetivos no médio prazo, em virtude da aproximação do advento do termo contratual; iii) No longo prazo, considerou-se que tanto a prorrogação quanto a licitação possuem efeitos semelhantes, com vantagens para o processo licitatório; iv) Considerou-se que a prorrogação será mais efetiva no atingimento de alguns dos objetivos se realizada daqui 10 anos (longo prazo) do que agora (curto prazo), tendo em vista o maior prazo para análise e a melhoria da regulação nos próximos anos.

Alteração Contratual com Reequilíbrio por Extensão de Prazo: i) Principal reflexo se dá sobre a ampliação da capacidade; ii) Assumiu-se uma melhora entre o curto e médio prazo no atingimento de alguns dos objetivos, com perda de performance no longo prazo; iii) A efetividade no curto prazo foi considerada no máximo regular, tendo em vista que o instituto jamais foi utilizado no cenário ferroviário nacional para solução do problema já apontado, mesmo estando à disposição desde o início da Concessão.

Prorrogação antecipada: i) Efeitos produzidos já no curto e médio prazo; ii) Considerada menos efetiva se realizada nesse momento do que ao final do contrato, em virtude do prazo para estudo e melhor endereçamento das questões, bem como pela melhoria da regulação nos próximos anos.

Extinção antecipada: i) Efetividade semelhante à do cenário base no curto prazo; ii) Assumiu-se que o encerramento da Concessão ocorreria em até 5 anos; iii) Geração de elevada insegurança jurídica em virtude da extinção antecipada por meio de encampação; iv) Considerou-se que o processo licitatório após a extinção da Concessão seria menos efetivo que se realizado no advento do termo contratual, sobretudo em vistas do afastamento de players importantes pelo cenário de insegurança jurídica gerado.

Verificou-se, a partir daí, que a alternativa da prorrogação antecipada foi considerada a de maior pontuação e a alternativa da alteração contratual com extensão de prazo a de menor pontuação. Confira o resultado:

Alternativa Regulatória	Efetividade
Cenário Base	2,0
Alteração Contratual com Extensão de Prazo	1,9
Prorrogação Antecipada	3,7
Extinção Antecipada e Nova Licitação	2,3

Tabela 2 – Efetividade das Alternativas Regulatórias

Portanto, ao final da análise da eficiência e da efetividade das alternativas regulatórias, a ANTT concluiu que a prorrogação antecipada se mostrou a mais adequada dentre as

alternativas analisadas no caso concreto, sendo aquela recomendada em eventual tomada de decisão em relação à concessão da Malha Paulista.

Ainda no estudo da vantajosidade da prorrogação antecipada, a ANTT passou a discorrer sobre os benefícios decorrentes da realização de investimentos propostos pela Rumo, atentando-se ao fato de que, se não for criado um ambiente regulatório favorável à realização de investimentos, a probabilidade da concessionária não realizá-los na vigência do contrato é considerada alta. São esses os benefícios: (i) econômicos; (ii) redução de acidentes; (iii) geração de empregos; (iv) ambientais; e (v) urbanos.

Quanto aos benefícios econômicos, a agência concluiu que seriam geradas as seguintes economias: redução do custo de frete no total de R\$ 3,878 bilhões; redução de consumo de combustível no total de R\$ 730 milhões; pagamento de outorga no total de R\$ 2,278 bilhões, convertida em investimentos para solução de conflitos urbanos; e acréscimo na arrecadação tributária no total de R\$ 680 milhões.

Como benefício indireto, a ANTT demonstrou que haveria uma redução do número de acidentes, uma vez que o transporte ferroviário é mais seguro que o rodoviário, resultando em um montante de R\$ 2,506 bilhões na escolha da prorrogação antecipada. Ademais, resultaria na geração de 198.971 novos empregos.

No tocante aos benefícios ambientais, a agência considerou que o modal ferroviário emite poluentes em menor quantidade quando comparados ao modal rodoviário, gerando impactos positivos, tais como: a redução da poluição do ar; a redução das perdas de biodiversidade; a redução dos efeitos de mudança climática; a redução de ruído; a redução de processos relacionados à energia, aos veículos e à infraestrutura; a redução de custos à natureza; e a redução da poluição do solo e da água, que alcançariam um excedente econômico de R\$ 1,428 bilhão.

Com relação aos benefícios urbanos, a agência aduz que o tráfego motorizado afeta também o tráfego não motorizado, havendo, dessa forma, uma redução de custos externos em áreas urbanas e redução de congestionamento no caso da escolha pela prorrogação antecipada, resultando na economia de R\$ 1,994 bilhão.

Por fim, finalizando a análise da vantajosidade da prorrogação antecipada, a ANTT calculou a relação custo-benefício, a fim de aferir se o projeto é economicamente viável, concluindo que os benefícios superariam os custos no ano de 2024, ou seja, o projeto teria o seu *payback* já no sexto ano, tornando o projeto factível.

Após o recebimento dos autos pelo TCU, a Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária (Seinfra) do órgão avaliou os estudos preparatórios para a prorrogação

antecipada do contrato de concessão da Ferrovia Malha Paulista, recomendando algumas alterações referentes aos impactos positivos e negativos decorrentes da manutenção da atual concessionária nos cenários de prorrogação do contrato, que não chegaram a alterar o resultado dos estudos, entendendo, em sua conclusão, que eventual assinatura do termo aditivo não resultaria em inobservância dos princípios do dever de licitar.

Seguindo o trâmite processual, após a análise da Seinfra e do Ministério Público junto ao TCU, o processo foi julgado pelo Plenário do Tribunal, resultando no Acórdão nº 2876/2019 (TCU, 2019). Naquela oportunidade, os Ministros se posicionaram pela aprovação da prorrogação antecipada requerida pela Rumo.

Na parte final do acórdão, diante da necessidade de ajustes pontuais na minuta de termo aditivo e no próprio estudo, especialmente quanto à definição dos investimentos para a mitigação dos conflitos urbanos e à modelagem econômico-financeira²⁰, o Plenário determinou que a agência adotasse as providências cabíveis e encaminhasse ao órgão de contas a versão final da documentação com antecedência mínima de 15 dias da data da assinatura do termo.

Após os referidos ajustes, a ANTT encaminhou ao TCU a documentação comprobatória do cumprimento da implementação das recomendações. No entanto, recebidos os autos pela Seinfra, o órgão técnico entendeu que a relação apresentada nos estudos originários, referente às localidades que seriam beneficiadas com os investimentos para a mitigação dos conflitos, foi injustificadamente modificada por meio de inclusões e exclusões de municípios, o que, na sua visão, resultaria na diminuição de investimento e, conseqüentemente, refletiria na vantajosidade da prorrogação antecipada.

²⁰ Vide itens 9.3.8., 9.3.9, 9.3.10 e 9.3.11 do Acórdão: “9.3.8. inclua no fluxo de caixa e no Caderno de Obrigações somente as intervenções para a solução de conflitos urbanos obtidas junto ao Ministério da Infraestrutura que tenham prazo determinado de conclusão, em respeito ao art. 104, inciso II, do Código Civil e aos princípios da eficiência e da economicidade (seção V do Voto); 9.3.9. defina, por meio de projetos e demais peças técnicas, os elementos necessários à caracterização adequada e suficiente das intervenções que serão previstas no Caderno de Obrigações para minimização dos conflitos urbanos, tendo por base estudos preliminares e diagnósticos qualificados sobre a situação dos conflitos, de modo a possibilitar análise prévia da viabilidade técnica, financeira e social em face dos custos aproximados previstos, bem assim a estabelecer referencial técnico no contrato para o julgamento das propostas de projeto apresentadas pela concessionária, em respeito ao art. 104, inciso II, do Código Civil e aos princípios da eficiência, da transparência, da economicidade e do equilíbrio da contrato (seção V do Voto); 9.3.10. caso apure ágio após serem promovidos os ajustes que impactam no fluxo de caixa da modelagem econômico financeira, adote mecanismos para cobrá-lo do concessionário, a título de pagamento de outorga, não podendo tais valores serem internalizado pela concessionária para aplicação em investimentos indefinidos, sob o risco de configurar infringência aos princípios constitucionais da legalidade, da universalidade, do interesse público, da eficiência e da economicidade, bem assim ao art. 104, inciso II, da Lei 10.406/2002 e art. 7º da Lei 13.448/2016 (seção V do Voto); 9.3.11. inclua, na documentação anexa ao Termo Aditivo ao Contrato, cronograma factível de todas as intervenções previstas, inclusive aquelas para minimização de conflitos urbanos, com base nos elementos mínimos de projeto a serem previstos no Caderno de Obrigações, em atendimento ao art. 7º da Lei 13.448/2017 (seção V do Voto)”.

Além disso, quanto à modelagem econômico-financeira, a Seinfra afirmou ser inadequada a aferição de outorga indicada no novo estudo, sugerindo a redução do prazo da concessão para 7 ou 8 anos, contados a partir de 2020, ou o direcionamento de tais recursos para a consecução de outras obras ferroviárias, motivo pelo qual requereu, ao final, a concessão de medida cautelar, visando a suspensão da celebração do termo aditivo até a deliberação do órgão de contas.

Feita a devida análise, o relator do processo, Ministro João Augusto Ribeiro Nardes, proferiu despacho indeferindo a medida cautelar proposta pela Seinfra, considerando que não foi verificado descumprimento às determinações do Tribunal, tampouco prejuízos decorrentes dos ajustes implementados no regular atendimento às medidas constantes do Acórdão nº 2.876/2019.

De acordo com o Relator, a unidade técnica se equivocou quanto à análise da relação de cidades com investimentos previstos para mitigação de conflitos urbanos, visto que, na verdade, houve um acréscimo de 20 para 40 municípios atendidos. Além disso, a exclusão de 7 municípios da lista decorreu, justificadamente, em razão do investimento em aumento da capacidade da via, que resultará na resolução de conflitos daquelas localidades, não havendo necessidade de novos investimentos nesse sentido.

No tocante à redução de investimentos em resolução de conflitos urbanos, de R\$ 2,6 bilhões para R\$ 673 milhões, o Ministro entendeu que o que se busca no caso em análise “não é meramente investir um montante ‘x’ de recursos, mas sim resolver, no curto prazo, os problemas existentes”, adicionado ainda que “o que a política pública almeja é a resolução dos conflitos no maior número possível de cidades, o que se verifica estar sendo atendido, em maior grau que o previsto anteriormente” (TCU, 2020b, parágrafos 82 e 84).

Em continuidade, o Relator atestou que a determinação do acórdão em converter o saldo positivo do fluxo de caixa em outorga resultou em um valor não previsto anteriormente de R\$ 2,8 bilhões, que, com a assinatura do termo aditivo, não será mais internalizado pela concessionária, mas sim direcionado aos cofres da União, o qual corrobora com o entendimento de vantajosidade da prorrogação em comento.

Neste ponto, ressalta-se, ainda, que a proposta da área técnica quanto à prorrogação por prazo menor ao estabelecido na minuta e direcionamento de recursos à outras obras ferroviárias foram afastadas pelo Ministro Relator, respectivamente, em razão da solução ser insatisfatória para a concessionária, que teria que realizar diversos investimentos para permanecer com o prazo original do contrato, e de gerar interferência no campo discricionário do gestor da política pública.

Dessa forma, concluiu-se à época que as referidas alterações não afetaram a vantajosidade da prorrogação antecipada da Rumo Malha Paulista, encontrando-se passível de assinatura nos moldes dos estudos técnicos e documentos jurídicos apresentados pela agência²¹, o que ocorreu em 27 de maio de 2020, conforme Extrato de Termo Aditivo publicado no Diário Oficial da União de 28 de maio de 2020 (ANTT, 2020b).

A observação desses desdobramentos do processo administrativo da Rumo indica que não houve uma harmonia entre os atores do órgão de controle quanto à verificação prática do conceito jurídico indeterminado de vantajosidade da prorrogação antecipada. As divergências entre a Seinfra, Plenário e relatoria do caso demonstram a dificuldade existente na definição do que é considerado vantajoso ou não, haja vista a falta de um conceito legalmente estabelecido para tanto e o grau de indeterminação que daí decorre.

No entanto, a partir da referida análise foi possível identificar os critérios que obrigatoriamente devem ser observados quando da aferição da vantajosidade pelas áreas técnicas e julgadoras, a fim de alcançar um tratamento uníssono entre os pedidos de prorrogação antecipada apresentados pelas concessionárias, sem esvaziar o objetivo do instituto, conforme será abordado no capítulo seguinte.

4 OS CRITÉRIOS OBRIGATÓRIOS PARA AFERIÇÃO DA VANTAJOSIDADE DA PRORROGAÇÃO ANTECIPADA

Conforme visto anteriormente, o artigo 8º da Lei nº 13.448/2017 exige que a entidade competente realize estudo técnico prévio que fundamente a vantagem da prorrogação antecipada do contrato de parceria em relação à realização de nova licitação. No entanto, o legislador não apresentou sua definição, nem ao menos um rol taxativo ou exemplificativo para que se averigüe os parâmetros mínimos para aferição dessa vantajosidade.

Cabe à Administração Pública, portanto, buscar a alternativa mais eficiente, dentre os cenários econômicos existentes, para a sua tomada de decisão. Contudo, ainda que a agência detenha conhecimento técnico específico em transporte, nem sempre os critérios apresentados para eleger a melhor alternativa mostram-se os mais adequados, ainda que haja um aperfeiçoamento do contrato originário.

Assim, a fim de conduzir uma definição do termo, julga-se necessário que haja uma fixação dos critérios obrigatórios a serem observados na aferição da vantajosidade, resultando

²¹ Registra-se que os estudos técnicos e documentos jurídicos foram aprovados pela ANTT por meio da Deliberação nº 273, de 26 de maio de 2020.

em uma tomada de decisão mais eficaz, visto que os fatores de análise se alteram de acordo com o caso concreto.

A partir da análise dos estudos da Rumo Malha Paulista, realizada no capítulo anterior, foi possível identificar alguns critérios básicos - sem prejuízo da adição de outros inerentes ao caso - que justificam a escolha da prorrogação antecipada como a melhor alternativa regulatória, quais sejam: (i) interesse público; (ii) urgência e relevância; e (iii) reparação de problemas históricos no setor ferroviário brasileiro.

4.1. Interesse público

Da mesma forma que a vantajosidade, o termo interesse público configura-se como um conceito jurídico indeterminado, não havendo uma definição universal acerca de seu significado. No entanto, conforme leciona José dos Santos Carvalho Filho (2017, p. 55), “dentro da análise específica das situações administrativas, é possível ao intérprete, à luz de todos os elementos do fato, identificar o que é ou não é o interesse público”, utilizando como baliza as zonas de certezas negativa e positiva, tornando-o determinável.

Em seu estudo de definição teórico-dogmática do termo interesse público, Juliano Heinen (2018, p. 96) identificou as margens negativas e positivas que compõem o seu conceito, sendo colacionadas abaixo as que devem se aplicar na análise de vantajosidade da prorrogação antecipada, quais sejam:

(d1) Margem negativa:

(d1.1) O interesse público não se confunde com o interesse coletivo, mas podem existir situações de convergência, ou seja, em que se verifica um interesse público e coletivo incidentes no mesmo contexto e ao mesmo tempo. Exemplo: meio ambiente, proteção às relações de consumo etc. O interesse coletivo condensa uma multiplicidade de interesses comuns, que podem não estar relacionados com o interesse público ou mesmo, a depender do caso concreto, ir de encontro a ele;

(d1.2) O interesse público não se confunde com o interesse do Estado, apesar de o interesse público reclamar a atuação do Estado – aqui, revela a diferença entre interesse público primário e secundário. E, deve ser destacado, que, apesar de não se confundirem, podem e devem ser convergentes; [...]

(d1.4) Não se pode falar em interesse público que seja contrário à Constituição Federal, à lei e aos princípios jurídicos;

(d2) Margem positiva:

(d2.1) O interesse está ligado aos “objetivos estatais” e aos “direitos fundamentais” como categorias definidoras de “áreas públicas”, sem se desconectar das necessidades dos indivíduos; [...]

(d2.3) O interesse público não necessariamente se opõe ao interesse privado, mas deve, na medida do possível, coincidir com o maior número possível de interesse privados tutelados; [...]

(d2.5) Podem existir graus de maior ou menor presença do interesse público;

Assim, no caso de aferição da vantajosidade, além da conferência quanto à obediência aos princípios jurídicos e dispositivos constitucionais e legais, deve haver um levantamento dos fatores que justificam o interesse público existente na escolha da prorrogação antecipada frente a uma nova licitação.

No caso da Rumo, por exemplo, restou demonstrado que a população dos municípios do entorno da ferrovia seria beneficiada por meio da resolução de conflitos urbanos, com o aumento da segurança nas áreas urbanas, redução do número de acidentes e de congestionamento, bem como, indiretamente, com a diminuição de poluentes e geração de empregos.

Quanto aos aspectos de ordem econômica, os estudos da Rumo demonstraram a redução do custo de transporte para os usuários e do consumo de combustível, o pagamento de outorga e o aumento da arrecadação tributária, bem como benefícios indiretos relacionados à redução do número de acidentes decorrente da prevalência do modal ferroviário em relação ao rodoviário.

À vista disso, com o objetivo de aferir a relação custo-benefício, foi realizado um balanceamento entre os referidos benefícios e os custos necessários à execução dos investimentos, resultando, ao final, na atestação da viabilidade socioeconômica do projeto. Neste ponto, nota-se que o referido exame não deve se restringir apenas aos aspectos de cunho orçamentário, sendo necessário que se aprecie em conjunto as vantagens sociais.

Esse assunto foi debatido, inclusive, quando da análise da medida cautelar apresentada no caso da Rumo. Naquela oportunidade, o Ministro Augusto Nardes afastou o entendimento da Seinfra, que alegava a falta de vantagem existente em decorrência da diminuição considerável do valor de investimentos em resolução de conflitos, defendendo que não se trata somente do *quantum* que será investido, mas sim da quantidade de cidades que serão positivamente afetadas, o que resulta no atendimento da vantajosidade (TCU, 2020b, parágrafos 82 e 84).

Se fossem considerados somente os aspectos financeiros, não haveria que se falar em prorrogação antecipada, tendo em vista que o alto valor de outorga que seria percebido quando da realização de nova licitação - em razão do término do prazo contratual - seria considerada uma das melhores alternativas para o Poder Público. No entanto, não seriam alcançados os objetivos previstos com a prorrogação, quais sejam, a realização de novos investimentos a curto e médio prazo para a reparação de gargalos logísticos, encontrando-se devidamente compensada a ausência de vantajada outorga pelo direcionamento do montante em obras na nova perna contratual.

Assim, observa-se que a ANTT teve êxito na elaboração dos estudos prévios da Rumo, conseguindo englobar, por todos os campos de visão, os aspectos sociais e econômicos que justificam o interesse público, o que resultou em sua reverência perante o Plenário do Tribunal de Contas da União.

Neste aspecto, quanto às margens apresentadas por Juliano Heinen (2018, p. 96), verifica-se que a situação fática apresentou convergência entre o interesse público e coletivo, visto que um dos objetivos da prorrogação antecipada da Rumo é a resolução de conflitos urbanos, que atinge diretamente a sociedade ao redor da malha ferroviária, sendo estes identificados por meio de benefícios sociais. Ademais, foram demonstrados, por intermédio de benefícios econômicos, os interesses do Estado na renovação do contrato, que afetará positivamente o orçamento federal, estadual e municipal.

Como exemplo contrário, cumpre trazer à baila a análise técnica do pedido de prorrogação antecipada da Estrada de Ferro Carajás (EFC) nos autos do processo administrativo nº 018.841/2019-8²², que, apesar de ter utilizado o mesmo método de análise de vantajosidade aplicado ao caso da Rumo, teve um resultado distinto. No referido caso, a agência não se debruçou sobre o detalhamento dos benefícios econômicos e sociais que tornaram a prorrogação antecipada a melhor alternativa, utilizando para tanto apenas argumentos genéricos, não logrando êxito na demonstração do interesse público.

No relatório preliminar apresentado pela Seinfra naquele caso, esta ressaltou que a principal deficiência encontrada na AIR “foi a ausência de qualquer análise de custo-benefício referente ao caso concreto da EFC, a qual, por derradeiro, teria o condão de evidenciar a vantajosidade na prorrogação antecipada” (TCU, 2020a, parágrafo 323). Além disso, a Secretaria destacou que a mera existência em caráter conceitual dos benefícios, ou ainda a apresentação de uma ínfima melhora em relação à situação anterior, não seria suficiente para a escolha da prorrogação como melhor alternativa.

Registra-se que, apesar da recomendação da Seinfra afastando a possibilidade de prorrogação antecipada do contrato de concessão da EFC, o Plenário do TCU, por meio do Acórdão nº 1946/2020 (TCU, 2020c), decidiu por sua aprovação, utilizando como fundamento que “impugnar a decisão acerca da vantajosidade significa adentrar no mérito da decisão discricionária do Poder Concedente”, devendo ser ponderados outros aspectos, tais como “as

²² Registra-se que, da mesma forma que o processo da Rumo, as informações referentes ao pedido de prorrogação antecipada da Estrada de Ferro Carajás foram obtidas por intermédio de pedido de acesso, com base na Lei de Acesso à Informação, tendo sido deferido por meio de despacho proferido em 16 de dezembro de 2019.

consequências práticas, as dificuldades reais enfrentadas pelo gestor, bem como as exigências das políticas públicas a seu cargo”.

Neste ponto, sem adentrar na definição dos limites de atuação do TCU, que não se enquadra no escopo do presente estudo, cumpre destacar que a referida fundamentação vai de encontro aos demais posicionamentos já proferidos no âmbito da Corte, inclusive no caso da Rumo, visto que a análise de vantajosidade integra os estudos técnicos a serem analisados pelo órgão de contas, sendo necessária a sua verificação para que o instituto da prorrogação antecipada não seja esvaziado.

Nada obstante o referido entendimento, ressalta-se que a ausência de apresentação detalhada dos benefícios referentes ao interesse público pode levar à frustração do instituto, que necessita de uma justificação ampla acerca de sua real vantagem. Dessa forma, entende-se não ser suficiente a mera indicação de possíveis benefícios, sendo necessária a comprovação do atendimento ao interesse público, capaz de demonstrar a vantagem da prorrogação frente à realização de nova licitação – e demais alternativas.

Isso porque, conforme ensina Felipe Montenegro Viviani Guimarães (2018, p. 267), o artigo 175, *caput* e parágrafo único da Constituição Federal estabelece que o instituto jurídico da prorrogação “possui ‘*caráter especial*’ (ou excepcional) em relação ao instituto jurídico da licitação pública, podendo ser utilizado, apenas e tão somente, nos casos em que o interesse público substanciado no prolongamento do prazo efetivamente justificar a prorrogação”.

Nesse sentido, destaca-se o entendimento da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do MS nº 20.432/DF, em que se discutia a prorrogação do contrato de concessão de geração de energia elétrica, no sentido de que a “prorrogação é a exceção, que somente se justifica se essa escolha se desdopar eficiente”, eficiência essa, do ponto de vista da Turma, nos termos da relação de custo e benefício²³.

Assim, resta clara a necessidade de se ter como critério obrigatório de aferição da vantajosidade a demonstração, pela agência reguladora, do interesse público existente, este certificado por meio da descrição inequívoca e detalhada dos benefícios sociais e econômicos que serão alcançados ao se optar pela utilização do instituto da prorrogação antecipada.

4.2 Urgência e relevância

A aferição da vantajosidade também precisa vir acompanhada de urgência e relevância, a fim de garantir que a escolha pelo instituto da prorrogação antecipada seja efetivamente

²³ Entendimento esposado no Voto do Ministro Mauro Campbell Marques (STJ, 2016).

excepcional. Para tanto, deve ser realizado um comparativo entre a prorrogação antecipada e as demais alternativas, a partir da análise do caso concreto, para se averiguar o tempo que seria necessário para alcançar esses investimentos em cada uma delas.

O Grupo de Economia da Infraestrutura e Soluções Ambientais da Fundação Getúlio Vargas (FGV) realizou um estudo de “Avaliação da Política de Prorrogação Antecipada das Concessões Ferroviárias” (OLIVEIRA; MARCATO; CURI; SOUSA; PENTEADO; VANZELLA, 2018) analisando, de forma geral, como o instituto se comporta diante de outros cenários. Direcionando aquele estudo somente em relação aos aspectos temporais, foi possível identificar as seguintes diferenças em cada alternativa:

- a) no cenário atual, ou por meio da prorrogação contratual simples, os contratos permaneceriam inalterados e, conseqüentemente, sem previsão quanto à inclusão de novos investimentos, e a partir disso a concessionária não teria incentivo para realizá-los, tendo em vista que não estaria condicionada contratualmente ao seu cumprimento. Seria necessário, então, aguardar o término natural do prazo contratual para que a nova licitação passasse a prever novos investimentos;
- b) na prorrogação por reequilíbrio econômico-financeiro, apesar de poder incluir novos investimentos no contrato e ser efetuada de forma célere se comparada aos demais cenários, a Administração Pública teria que desembolsar um grande valor para a devida indenização à concessionária, gerando custos que não estão disponíveis no orçamento federal;
- c) na nova licitação, os investimentos seriam adiados pelo tempo das providências prévias à realização do procedimento licitatório, guardando inúmeras complexidades até a sua execução; e
- d) na relicitação (devolução amigável), ocorreria algo semelhante, pois os investimentos seriam adiados e, provavelmente, o risco de judicialização causaria um enorme atraso na licitação e na realização dos investimentos.

A prorrogação antecipada se destaca diante dessas alternativas, tendo em vista que os novos investimentos poderão ser realizados logo após a assinatura do Termo Aditivo, ou seja, a curto e médio prazo, sendo o cenário ideal nos casos em que há evidente relevância e urgência. Assim, torna-se essencial que estes critérios constem nos estudos prévios a serem apresentados pela agência reguladora.

Além disso, importante ressaltar que a área técnica competente pelos estudos deve calcular o tempo que levará para a realização dos novos investimentos, a fim de garantir que a prorrogação não se estenda por um tempo aquém do esperado. Nestes termos, Rafael Vêras de Freitas (2018, p. 215) ensina que tal modalidade de extensão de prazo deve ser limitada ao período em que o concessionário terá para amortizar os novos investimentos realizados, estando totalmente desvinculada do prazo previsto no contrato para eventual prorrogação.

Veja-se, portanto, que não basta somente a demonstração do interesse público, devem estar devidamente demonstradas nos estudos prévios apresentados pela agência reguladora a urgência e a relevância de tais investimentos. Dessa forma, caberá ao gestor público a ponderação se tais investimentos (i) precisam ser efetuados de forma emergencial, ou se podem aguardar o término do prazo contratual para serem realizados; (ii) são efetivamente relevantes, ou se a sua ausência não mudará o cenário existente atualmente; e (iii) justificam a renovação pelo mesmo prazo da concessão, ou se deve estender o contrato por prazo inferior ao previsto.

No caso da Estrada de Ferro Carajás, por exemplo, a Seinfra não identificou a urgência e a relevância na prorrogação do contrato por mais 30 anos, entendendo que os investimentos propostos (redução de conflitos e aumento do compartilhamento em infraestrutura), apesar de serem essenciais, encontram-se em patamar superior às demais ferrovias nacionais, no que se refere aos níveis de segurança e de desempenho²⁴, não sendo adequada a prorrogação contratual com base nessas inovações.

Assim, conforme aponta a Seinfra, em seu relatório preliminar, o instituto da prorrogação antecipada não existe apenas para buscar manter “um serviço a contento ou adiantar pequenos investimentos, mas sim para resolver uma necessidade urgente ou de relevante interesse público”, motivo pelo qual entende “que o contexto verificado ao tempo da prorrogação não recomendaria esperar a resolução ordinária do contrato, porque o fator tempo seria primordial” (TCU, 2019, parágrafo 486).

Relembra-se que a antecipação do prazo contratual, conforme se infere da Lei nº 13.448/2017, não deve ser utilizado para premiar as concessionárias, mas sim como instrumento extraordinário, devendo-se manter a sua finalidade principal, qual seja, a resolução de problemas relevantes ou que necessitam de intervenções urgentes.

²⁴ Quanto à mitigação de conflitos urbanos, de acordo com os estudos apresentados pela ANTT, a EFC apresenta número de acidentes inferiores à média nacional, obtendo em 2017 a pontuação de 2,67 enquanto a média era de 10,70. Além disso, no período de 2010 a 2017, 48% dos acidentes na ferrovia foram causados por interferência de terceiros e caso fortuito e força maior, ou seja, por externalidades. Além disso, no que se refere ao aumento do compartilhamento em infraestrutura, os estudos indicam que apenas 2% do total do transporte realizado na malha é direcionado à operação de terceiros, sendo que 98% refere-se ao transporte de minério de ferro de propriedade da Vale S.A., administradora da concessão.

Como exemplo de cumprimento deste critério, cumpre trazer à baila o estudo técnico da Estrada de Ferro Vitória a Minas (EFVM) colacionado nos autos do processo administrativo de prorrogação antecipada nº 018.8412/2019-4²⁵. No referido estudo pretendia-se, além da resolução de conflitos urbanos e da ampliação da capacidade de compartilhamento da malha, a implantação da Ferrovia de Integração Centro Oeste (FICO) – denominado de investimento cruzado²⁶ - e a demolição do viaduto de Monte Seco/ES, que apresenta risco de desabamento.

De acordo com o relatório prévio da Seinfra, posteriormente confirmado pelo Plenário do TCU por meio do Acórdão nº 1947/2020 (TCU, 2020d), somente a implementação da FICO já materializa a urgência e a relevância da prorrogação antecipada do contrato, justificando a necessidade de se realizar da forma mais célere possível a celebração de Termo Aditivo nestes termos, afastando, portanto, a realização de nova licitação. Confira-se:

A implementação da FICO apresenta importância sensível para o planejamento de transportes do Poder Público, porque permitirá maior equilíbrio da matriz de transporte, bem como o atendimento à demanda da região Centro-Oeste, que se apresenta hoje como um dos principais polos produtores para a balança comercial brasileira, o que pode ser considerado ainda mais relevante em uma realidade de recessão ou estagnação econômica.

584. Dessa forma, nota-se que a vantajosidade da implementação mais célere do referido segmento ferroviário materializa a urgência e o relevante interesse público por trás da medida de incluí-la como obrigação na prorrogação antecipada da EFVM, reputando-se atendidos os arts. 3º, 6º, e 8º da Lei 13.448/2017.

Assim, observa-se que a urgência e a relevância são critérios essenciais para aferição da vantajosidade, visto que garantem a confirmação da excepcionalidade do instituto no caso concreto, atestando se o prazo determinado é adequado e se a alternativa é a mais apta a assegurar a efetividade dos investimentos.

4.3. Reparação de problemas históricos no setor ferroviário brasileiro

Por fim, vislumbra-se que o critério de maior sensibilidade na análise de vantajosidade refere-se à reparação de problemas históricos no setor ferroviário brasileiro. Conforme visto nos primeiros capítulos, a prorrogação antecipada foi instituída no ordenamento jurídico

²⁵ Registra-se que, da mesma forma que o processo da Rumo e da Estrada de Ferro Carajás, as informações referentes ao pedido de prorrogação antecipada da Estrada de Ferro Vitória a Minas foram obtidas por intermédio de pedido de acesso, com base na Lei de Acesso à Informação, tendo sido deferido por meio de despacho proferido em 16 de dezembro de 2019.

²⁶ O investimento cruzado encontra-se previsto nos artigos 25, §1º, da Lei nº 13.448/2017 e estabelece que “o órgão ou a entidade competente poderá, de comum acordo com os contratados, buscar soluções para todo o sistema e adotar medidas diferenciadas por contrato ou por trecho ferroviário que considerem a reconfiguração de malhas, admitida a previsão de investimentos pelos contratados em malha própria ou naquelas de interesse da administração pública”.

exatamente para resolver os entraves que remontam às desestatizações das ferrovias na década de 90.

Nesse sentido, cumpre trazer à baila a exposição de motivos da Medida Provisória nº 752/2016, posteriormente convertida na Lei nº 13.448/2017 (PR, 2019), *in verbis*:

[...] 2. A Medida Provisória ora proposta objetiva reparar problemas e desafios históricos em importantes setores de infraestrutura, buscando viabilizar a realização imediata de novos investimentos em projetos de parceria e sanear contratos de concessão vigentes para os quais a continuidade da exploração do serviço pelos respectivos concessionários tem se mostrado inviável. [...] 4. Os novos investimentos em concessões existentes têm o condão de reaquecer o setor de infraestrutura logística de forma muito rápida, resolvendo entraves logísticos, aprimorando os níveis de serviços prestados e criando novos postos de trabalho.

Note-se que a intenção do legislador é corrigir, de forma célere, problemas logísticos que surgem desde a concepção das ferrovias, adequando os contratos, que já duram mais de vinte anos, às práticas regulatórias modernas e às inovações tecnológicas existentes, a fim de garantir a competitividade e aumentar a oferta de transporte.

Neste ponto, a fim de exemplificar a sensibilidade que deve marcar tal análise de vantajosidade, cumpre apresentar no presente tópico os principais problemas históricos existentes no setor ferroviário, sendo este critério indispensável para o alcance da finalidade do instituto da prorrogação antecipada.

Iniciando por um dos problemas mais usuais no setor ferroviário, ressalta-se a problemática quanto aos conflitos urbanos, que se encontra presente na maioria dos estudos técnicos apresentados pela ANTT. De acordo com estudo elaborado por agentes da referida agência reguladora, apresentado em 2019 no Congresso da Associação Nacional em Pesquisa e Ensino em Transportes (Anpet), esses problemas foram herdados em grande parte no período pré-desestatização, que resultaram no “excesso de passagens em nível, inclusive clandestinas, agravado pela falta de segurança nestes cruzamentos, e as ocupações irregulares na faixa de domínio ferroviária” (SOUZA; BRAGA; SILVA, 2019, p. 3).

Os seus autores ressaltam ainda que, por intermédio deste conflito, são identificados diversos incômodos e riscos à segurança das comunidades que se encontram no entorno da via férrea, interferindo, inclusive, na condição de ir e vir dos centros urbanos. Além disso, o transporte ferroviário é diretamente atingido por estes problemas, tendo em vista que geram ineficiência, comprometimento da capacidade operacional e redução de produtividade. Torna-se necessário, portanto, que sejam implementadas soluções para mitigar estes conflitos,

utilizando-se, por exemplo, intervenções físicas, por meio de obras de transposições, contornos ferroviários, vedações de faixa de domínio, dentre outros.

Outro problema histórico a ser observado é em relação à qualidade e à capacidade da malha ferroviária. Apesar de já terem sido realizados diversos investimentos em melhorias neste aspecto pelas concessionárias, ainda há uma enorme articulação por parte da Administração Pública em resolver estes gargalos logísticos. Isso porque, após a desestatização das ferrovias na década de 90, a principal preocupação das concessionárias era efetuar a recuperação da malha ferroviária e material rodante, tendo em vista a enorme recessão econômica que paralisou os investimentos no setor, seguidamente de investimentos em aumento da capacidade da malha e melhoria dos serviços operacionais (CNT, 2013, p. 27).

Não obstante todo o investimento realizado, “grande parte da malha concedida apresenta baixa densidade de tráfego, o que gera uma situação de ineficiência no transporte ferroviário de cargas” (CNT, 2013, p. 27). Assim, tem-se como possível solução, visando o desenvolvimento econômico do país, a adequação de trechos ferroviários e a manutenção permanente de trechos (CNT, 2013, p. 31), que poderão ser realizados, no curto e médio prazos, por meio de novos investimentos constantes na alteração antecipada do contrato de concessão.

Por fim, tem-se a implementação de ferrovias para fins de expansão da malha ferroviária, tendo em vista que, conforme observou-se, os contratos de concessão atuais não preveem a obrigatoriedade de ampliação da malha pelas concessionárias, não havendo incentivos para a construção de novas ferrovias. Para tanto, buscando propor soluções para a melhoria do planejamento estratégico, bem como modernizar e integrar os modais de transporte, a Empresa de Planejamento e Logística (EPL) elaborou em 2018 o Relatório Executivo do Plano Nacional de Logística (PNL).

O referido documento aponta que diversos trechos da rede multimodal “permanecem com pontos de estrangulamento no horizonte de 2025, denominados de gargalos remanescentes”, assim, tem-se como possível solução a “integração das malhas ferroviárias e ampliação da participação do modo ferroviário na matriz de transporte nacional” (EPL, 2018, p. 77). Planeja-se, portanto, a implantação de dois empreendimentos ferroviários, quais sejam, a Ferrovia de Integração do Centro-Oeste (FICO) e a Ferrovia de Integração Oeste-Leste (FIOL).

Os dois empreendimentos serão incluídos como novos investimentos em contratos de concessões já existentes, quando da prorrogação antecipada dos respectivos contratos. Conforme se viu no processo administrativo da EFVM, o TCU aprovou que fosse incluído no

Termo Aditivo a implementação da FICO, tendo sido o primeiro caso de investimento cruzado aprovado pelo órgão de contas.

Veja-se, portanto, que o setor ferroviário possui diversos gargalos que permanecem desde a época da desestatização das ferrovias e que carecem de soluções céleres para a sua devida resolução, sendo necessário que a agência reguladora contemple em seus estudos técnicos investimentos que reparem estes problemas históricos, conforme demonstra o estudo da EFVM.

No mesmo sentido, verifica-se que os estudos do caso da Rumo abrangem este último critério, ao menos segundo a decisão que prevaleceu na Corte de Contas, tendo em vista que os investimentos propostos (redução de conflitos urbanos e aumento da capacidade da malha) resolvem entraves que vêm somente aumentando ao longo dos anos, em razão da ausência de progresso nas malhas.

No processo da EFC, por sua vez, apesar de não ter sido identificado o interesse público, bem como a urgência e a relevância, os investimentos se mostraram aptos à reparação dos problemas históricos. No entanto, cumpre destacar que este não deve ser o único critério a ser considerado para a aferição da vantajosidade, devendo ser analisado em conjunto com os demais indicados no presente trabalho.

CONCLUSÃO

Vindo de um cenário de pouco direcionamento de recursos federais ao setor ferroviário que, em 2012, o Governo Federal lançou o Programa de Investimento em Logística, constando em sua segunda etapa a realização de novos investimentos nos contratos de concessão existentes. Foi nesse contexto que em 2016 foi editada a Medida Provisória nº 752, posteriormente convertida na Lei nº 13.448/2017.

Conforme visto, a referida norma passou a autorizar a inclusão de novos investimentos nos instrumentos contratuais vigentes, por meio da prorrogação antecipada dos contratos, apresentando como requisito obrigatório que o órgão competente realize estudo técnico que fundamente a vantagem da prorrogação frente a uma nova licitação, tendo em vista que, de acordo com a Constituição Federal, a prorrogação possui caráter excepcional, sendo a licitação pública a regra geral.

Assim, diante da inexistência de um conceito legal para vantajosidade, a escolha da alternativa regulatória que melhor atenda o interesse público é de responsabilidade da agência reguladora, que não poderá valer-se, porém, de sua discricionariedade técnica, sem a devida

motivação fática e jurídica. Como a referida tarefa é revestida de algum grau incerteza e complexidade, faz-se necessária a identificação de critérios obrigatórios a serem observados quando da aferição da vantajosidade.

À vista disso, no escopo de elaborar proposta de construção de modelo racional para a motivação do exame da vantajosidade, analisou-se no presente artigo o caso da prorrogação antecipada da Rumo Malha Paulista, tomando por base os estudos técnicos elaborados pela ANTT e o processo administrativo que tramitou no TCU.

O referido processo administrativo, por ter sido o primeiro a ser analisado pelo TCU, revelou entendimentos divergentes entre a unidade técnica e os julgadores. No entanto, do núcleo das controvérsias havidas nesse caso líder foi possível extrair um rol mínimo de critério obrigatórios para aferição da vantajosidade da prorrogação antecipada, quais sejam: (i) interesse público; (ii) urgência e relevância; e (iii) reparação de problemas históricos no setor ferroviário.

O interesse público deve ser demonstrado por meio da ampla apresentação da existência de benefícios econômicos e sociais, sendo que estes não precisam resultar apenas em ganhos financeiros à Administração Pública, podendo haver o seu balanceamento por meio de vantagens sociais, impactando a população diretamente afetada a partir das obras a serem realizadas na nova perna contratual. Quanto a este ponto, ressaltou-se ainda a necessidade de descrição detalhada dos benefícios, a fim de garantir que a opção pela prorrogação antecipada realmente se enquadre como a mais vantajosa dentre as alternativas existentes.

A urgência e a relevância, por sua vez, decorrem do comparativo entre a prorrogação antecipada e as demais alternativas, cabendo ao gestor identificar se tais investimentos precisam ser realizados de forma emergencial, se são efetivamente relevantes e, por fim, se justificam a renovação pelo mesmo prazo da concessão. Somente a partir dessa análise que será possível verificar se a extensão contratual, de forma antecipada, é a alternativa mais apta a assegurar a efetividade dos investimentos.

Tem-se ainda, como critério final, a reparação de problemas históricos no setor ferroviário brasileiro. Motivo central da criação do instituto da prorrogação antecipada, este critério é essencial para a resolução de entraves logísticos que existem desde a desestatização das ferrovias, tais como resolução de conflitos urbanos, aumento da capacidade da malha e implementação de novos empreendimentos ferroviários.

Nota-se, a partir do presente estudo, que a observância dos critérios obrigatórios para a aferição de vantajosidade são essenciais para que não haja uma frustração do instituto da prorrogação antecipada, visto que a escolha por esta forma de extensão contratual é utilizada

somente em casos excepcionais, em que realmente haja a comprovação de que a tomada de decisão é a mais adequada e a mais eficiente.

REFERÊNCIAS

ANTT - Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Relatório Anual de 2018**. Disponível em: http://www.antt.gov.br/backend/galeria/arquivos/2019/06/25/Relatorio_Anual_2018.pdf. Acesso em: 25 de novembro de 2019a.

ANTT - Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Programa de Investimento em Logística**. Disponível em: <http://pilferrovias.antt.gov.br>. Acesso em: 05 de dezembro de 2019b.

ANTT - Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Primeira etapa do Programa de Investimento em Logística**. Disponível em: http://pilferrovias.antt.gov.br/index.php/content/view/2002/PIL___Primeira_Etapa.html. Acesso em: 05 de dezembro de 2019c.

ANTT - Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Estudos técnicos encaminhados ao Tribunal de Contas da União**. Disponível em: http://portal.antt.gov.br/index.php/content/view/54223/Estudos_Tecnicos___Encaminhados_a_o_Tribunal_de_Contas_da_Uniao.html. Acesso em: 04 de agosto de 2020a.

ANTT - Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Extrato de Termo Aditivo**. Disponível em: http://portal.antt.gov.br/index.php/content/view/50071/010_2016.html. Acesso em: 07 de agosto de 2020b.

ANTT - Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Concessões Ferroviárias**. Disponível em: <https://www.antt.gov.br/concessoes-ferroviarias>. Acesso em: 17 de agosto de 2020c.

ANTT - Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Contrato da Rumo Malha Paulista S.A.** Disponível em: <https://www.antt.gov.br/documents/359178/794216/Contrato+de+Concess%C3%A3o.pdf/c40883b9-b100-9060-c324-dbbe846e893f?t=1592936379647>. Acesso em: 17 de agosto de 2020d.

ANTF - Associação Nacional dos Transportadores Ferroviários. **A evolução do Setor Ferroviário Brasileiro nos últimos 15 anos: Conquistas, Avanços e Desafios**. Disponível em: https://www.antf.org.br/wp-content/uploads/2017/01/rodrigo_vilaca-antf-menor.pdf. Acesso em: 30 de outubro de 2019.

BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. **Desestatizações: privatizações, delegações, desinvestimentos e parcerias**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CASTRO, Newton. **Os desafios da regulação do setor de transporte no Brasil**. In: Revista da Administração Pública. Rio de Janeiro, n. 34, set./out., 2000.

CNT - Confederação Nacional do Transporte. **O sistema ferroviário Brasileiro**. Brasília, 2013. Disponível em: <http://cms.cnt.org.br/Imagens%20CNT/Site%202015/Pesquisas%20PDF/Transporte%20e%20Economia%20%E2%80%93%20O%20Sistema%20Ferrovi%C3%A1rio%20Brasileiro.pdf>. Acesso em: 9 de agosto de 2020.

DNIT - Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes. **Histórico**. Disponível em: <http://www1.dnit.gov.br/ferrovias/historico.asp>. Acesso em: 06 de dezembro de 2019.

DURÇO, Fábio Ferreira. **A Regulação do Setor Ferroviário brasileiro**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

EPL - Empresa de Planejamento e Logística. **Plano Nacional de Logística**. Disponível em: <https://www.epl.gov.br/plano-nacional-de-logistica-pnl>. Acesso em: 09 de agosto de 2020

FREITAS, Rafael Vêras de. **Concessão de rodovias**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. **Prorrogação por Interesse Público das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

HEINEN, Juliano. **Interesse Público: Premissas teórico-dogmáticas e propostas de fixação de cânones interpretativos**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

MINFRA - Ministério da Infraestrutura. **Programa de Investimento em Logística**. Disponível em: <https://infraestrutura.gov.br/conteudo/52-sistema-de-transportes/2842-concessoes-ferroviarias-programa-de-investimento-em-logistica.html>. Acesso em: 05 de dezembro de 2019.

NOHARA, Irene Patrícia. **Conceitos jurídicos indeterminados e delimitação concreta da discricionariedade administrativa no pós-positivismo**. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, n. 7, jan./jun., 2010.

OLIVEIRA, Ricardo Wagner Carvalho de. **Direito dos transportes ferroviários**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

OLIVEIRA, Gesner. **Desafios da infraestrutura no Brasil**. São Paulo: Trevisan Editora, 2018.

OLIVEIRA, Gesner; MARCATO, Fernando; CURI, André Zaitune; SOUSA, Mariana Orsini Machado; PENTEADO, Mauro Bardawil; VANZELLA, Rafael. **Avaliação da Política de Prorrogação Antecipada das Concessões Ferroviárias**. São Paulo: FGV, 2018. Disponível em: https://gei-sa.fgv.br/sites/gei-sa.fgv.br/files/u49/estudo_vantajosidade_final_grupo_de_economia_vf_limpa_.pdf. Acesso em: 17 de agosto de 2020.

OLIVEIRA, Carolina Zaja Almada Campanate. **Contratos administrativos complexos e de longo prazo: a prorrogação antecipada e a relicitação na teoria dos contratos públicos.**

Dissertação (Mestrado). Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27347/Carol-disserta%c3%a7%c3%a3o-final.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 18 de agosto de 2020.

PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. **Regulação das Ferrovias.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2017.

PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. **As Leis nº 13.334/2016 (PPI) e 13.448/2017 e seus impactos para as concessões ferroviárias.** Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, ano 16, n. 62, abr./jun., 2018.

PRADO, Lucas Navarro; PINHEIRO, Luis Felipe Valerim. **O tempo nas Concessões de Infraestrutura: prazo de vigência e sua prorrogação.** In: Direito da Infraestrutura. São Paulo: Editora Saraiva, volume 1, 2017.

PR - Presidência da República. **Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 752, de 2016.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP-752-16.pdf. Acesso em: 30 de outubro de 2019.

PR - Presidência da República. **Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório.** Brasília, DF, 2018. Disponível em: https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/diretrizes-gerais-e-guia-orientativo_final_27-09-2018.pdf/view. Acesso em: 17 de agosto de 2020.

SOUZA, Elaine Verdi Coutinho e; BRAGA, Aurélio Ferreira; SILVA, Marcelo Camilo da. **Proposta de ferramenta para interação entre a ferrovia e seus impactados nos centros urbanos.** Associação Nacional de Pesquisa e Ensino em Transportes, 2019. Disponível em: http://www.anpet.org.br/anais/documentos/2019/Gest%C3%A3o%20de%20Transportes/Gest%C3%A3o%20do%20Transporte%20de%20Carga/6_690_AC.pdf. Acesso em: 09 de agosto de 2020.

STJ - Superior Tribunal de Justiça. MS 20.432/DF. **Voto-Vista.** Ministro Mauro Campbell. Sessão de 15 de fevereiro de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=36633825&num_registro=201303056603&data=20160215&tipo=3&formato=PDF. Acesso em 17 de agosto de 2020.

STF – Supremo Tribunal Federal. ADI 5991. **Acórdão.** Ministra Carmén Lúcia. Sessão em 07 de dezembro de 2020. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5522428>. Acesso em: 10 de maio de 2021.

TCU - Tribunal de Contas da União. TC nº 030.098/2017-3. **Acórdão nº 1446/2018**. Plenário. Relator: Ministro Bruno Dantas. Sessão de 26/06/2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/acordao-completo/1446%252F2018/%2520/%2520?ts=1597687640754&pb=acordao-completo>. Acesso em: 17 de agosto de 2020.

TCU - Tribunal de Contas da União. TC 009.032/2016-9. **Acórdão nº 2876/2019**. Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes. Sessão de 27/11/2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/acordao-completo/903220169.PROC/%2520/%2520>. Acesso em: 13 de agosto de 2020.

TCU - Tribunal de Contas da União. TC 018.841/2019-8. **Relatório Preliminar da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária**. Emitido em 29 de novembro de 2019.

TCU - Tribunal de Contas da União. TC 018.841/2019-8. **Relatório da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária**. Emitido em 14 de maio de 2020a.

Tribunal de Contas da União (TCU). TC 009.032/2016-9. **Despacho**. Relator: Ministro Augusto Nardes. Proferido em 20 de maio de 2020b.

TCU - Tribunal de Contas da União. TC 018.841/2019-8. **Acórdão nº 1946/2020**. Plenário. Relator: Ministro Bruno Dantas. Sessão de 29/07/2020. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/acordao-completo/1884120198.PROC/%2520/%2520>. Acesso em: 13 de agosto de 2020c.

TCU - Tribunal de Contas da União. TC 018.842/2019-4. **Acórdão nº 1947/2020**. Relator: Ministro Bruno Dantas. Sessão de 29/07/2020. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1947%252F2020/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=d0d7a000-e0c6-11ea-a522-b72c2e4c1e8b>. Acesso em: 09 de agosto de 2020d.

WALKER, José Roberto; GURGEL, Antônio de Pádua; LACERDA, Guilherme Narciso de. **Ferrovia: um projeto para o Brasil**. São Paulo: Contexto Jornalismo & Assessoria, 2005, p. 27 apud DURÇO, Fábio Ferreira. *A Regulação do Setor Ferroviário brasileiro*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

OS IMPACTOS FISCAIS E TRIBUTÁRIOS IMPLÍCITOS NO CADASTRO DE MATERIAIS E PRODUTOS

THE FISCAL AND TAX IMPACTS IMPLICIT IN THE REGISTRATION OF MATERIALS AND PRODUCTS.

André Luiz Reis Evangelista¹

Resumo: O objetivo do presente artigo foi apresentar os impactos fiscais e tributários decorrentes de alterações e modificação de informações no cadastro de materiais e produtos no âmbito SPED, instituído através do Convênio ICMS 143/2006, que regula os processos de escrituração de informações fiscais e tributárias no Brasil. Neste artigo, são apresentadas análises pertinentes aos mecanismos de *compliance* no âmbito SPED. O presente estudo intentou responder, avaliando as regulamentações pertinentes ao tema, considerando a complexidade tributária no país. Para a realização deste trabalho foi feita uma pesquisa pertinente ao Código Tributário Nacional, para desenvolver um estudo descritivo no âmbito das escriturações fiscais, dando ênfase à complexidade da matéria abordada. Foram analisados dados disponíveis em sítios virtuais, legislações, artigos e livros, a fim de realizar um levantamento de instrumentos aptos a apresentar a sensibilidade do processo, que podem colocar em risco o planejamento tributário das empresas.

Palavras-chave: Âmbito SPED. Escrituração. Processo.

Abstract: The purpose of this article was to present the tax and tax impacts resulting from changes and modification of information in the registration of materials and products within the SPED framework, established through the ICMS Agreement 143/2006, which regulate the processes of bookkeeping of tax and tax information Brazil. In this article, analyzes relevant to the compliance mechanisms within SPED are presented. The present study tried to answer, evaluating the regulations relevant to the theme, considering the tax complexity in the country. For the accomplishment of this work, a pertinent research to the National Tax Code was carried out, to develop a descriptive study in the scope of the fiscal deeds, emphasizing the complexity of the subject covered. Data available on virtual sites, legislation, articles and books were analyzed in order to carry out a survey of instruments capable of presenting the sensitivity of the process, which can put the tax planning of companies at risk.

Keywords: SPED scope. Bookkeeping. Process.

Sumário: Introdução. 1.Contexto. 2. Metodologia. 3. Dos Efeitos fiscais e tributários na alteração de informações do cadastro. 4.Principais informações constantes no cadastro de materiais e produtos. Conclusão.

¹ Analista Tributário, Graduado em Direito pela Universidade Salgado de Oliveira, Graduado em Ciências Contábeis pela Faculdade Anhanguera e Pós Graduado em Gestão de Tributos pelo Centro Universitário UNA.

INTRODUÇÃO

Ao longo dos últimos anos a Administração Pública vem transformando os processos de fiscalização tributária no país, a integração digital no setor público é um fenômeno, com base no princípio constitucional da eficiência administrativa, norma expressa que consta no artigo 37, caput, da Constituição Federal de 1988, com o objetivo de trazer celeridade e eficiência.

A burocracia na administração pública vem diminuindo ao longo dos anos e com isso, assim como no direito os processos precisam ser aperfeiçoados. A simplicidade dos processos se impõe, todavia não podemos nos esquecer que todo processo de adequação precisa ser acompanhado em tempo pela sociedade, trazendo resultados satisfatórios.

Neste sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, demonstra duas faces do princípio da eficiência:

“(...) o princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público”

Embora se discuta o modo de atuação dos agentes públicos e a forma de estrutura das Administrações Públicas, são perceptíveis os resultados positivos nas empresas, se implementados corretamente, pois fortalece o sistema de controles internos e proporciona maior confiabilidade nas informações geradas, assegurando o *compliance* fiscal e tributário.

1. CONTEXTO

Através do Convênio ICMS 143/06, posteriormente substituído pelo Ajuste SINIEF 02/2009 foi instituída a EFD ICMS/IPI, utilizada como ferramenta de integração dos órgãos fiscalizadores (federal, estaduais e do Distrito Federal) e o compartilhamento de todo o processo

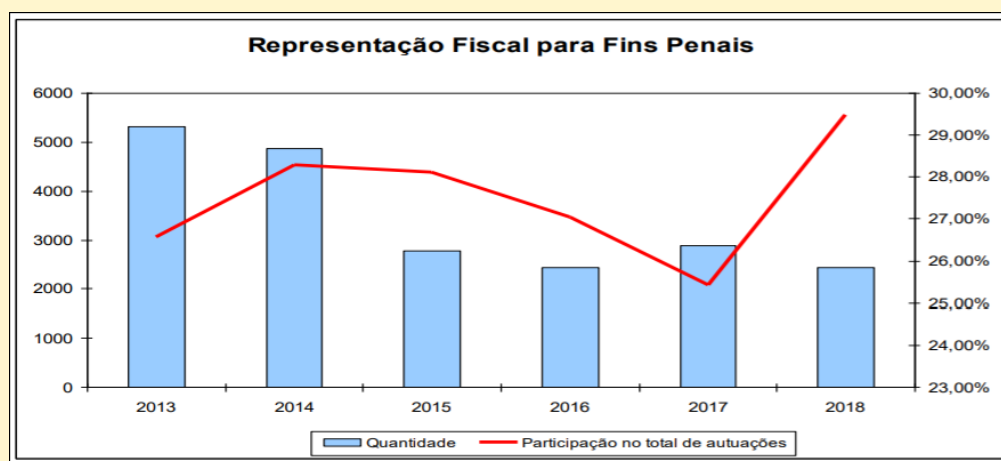
relativo à escrituração fiscal, com a substituição dos documentos em meio físico (papel) por **documento eletrônico com validade jurídica para todos os fins**.

A EFD ICMS/IPI corresponde a um módulo do projeto SPED, criado através do Decreto nº 6.022, de 22 de janeiro de 2007, no PAC (Programa de Aceleração do Crescimento).

Caracterizado através de um arquivo digital obrigatório para os contribuintes do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços (Transporte Interestadual, Intermunicipal e de Comunicação) - ICMS, Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI e a partir de 2019 para contribuintes do ISSQN (Contribuintes do Distrito Federal), composto de um conjunto de informações, provenientes da apuração de impostos, pertinentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte, bem como demais informações fiscais de interesse dos órgãos e entidades fiscalizadoras.

Atualmente, o SPED **é a principal ferramenta utilizada para fiscalizar as grandes empresas**, pois todos os documentos eletrônicos são assinados digitalmente com uso de Certificado Digital, do tipo A1 ou A3, estruturados de acordo com as especificações do ICP-Brasil, em conjunto com representantes legais, tendo este arquivo validade jurídica para todos os fins, nos termos dispostos na Medida Provisória Nº 2.200-2 de agosto de 2001.

Com base nas informações apresentadas no Plano Anual de Fiscalizações, relatório elaborado pela Receita Federal do Brasil, destinado a apresentar de forma transparente a sociedade as principais ações promovidas pela RFB, é possível identificar que foram elaboradas 2.442 RFFP, que correspondem a 29,48% de todas as ações fiscais encerradas.



Considerando as ações encerradas em 2018, foram identificadas provas de ocorrência, em tese, de crime contra a ordem tributária².

Para compreendermos a importância da EFD ICMS/IPI, bem como a finalidade de seus Registros, é importante depreender que o Programa SPED, trata-se de um ERP, ou seja, um sistema de informação que “conecta” todos os dados e processos da companhia, de forma célere, em um único sistema ERP = **Enterprise Resource Planning - Planejamento de Recurso Corporativo**.

A junção pode ser vista sob a perspectiva funcional (sistemas de finanças, contabilidade, recursos humanos, fabricação, marketing, vendas, compras, dentre outros) e sob a perspectiva sistêmica (sistema de processamento de transações, sistemas de informações gerenciais, sistemas de apoio a decisão).

O ERP consiste em uma plataforma de *software* propiciando o armazenamento de todas as informações do negócio. Ao gerenciar todas as etapas que levam a um produto final, a companhia pode chegar ao ponto de produzir de forma mais inteligente, rápida e melhor, em outras palavras, trazendo lucratividade para a empresa.

Conforme disposto no Guia Prático EFD-ICMS/IPI – Versão 3.0.3 (Atualizado: 14 de outubro de 2019) o arquivo digital da EFD-ICMS/IPI deve ser gerado pelo contribuinte de acordo com as especificações do layout definido em Ato COTEPE, devendo contemplar a totalidade das informações econômicas, fiscais e contábeis pertinentes ao período compreendido entre o primeiro e o último dia do mês civil.

² Lei nº 8.137, de 1990. Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal; III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável; IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato; V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação. Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

2. METODOLOGIA

Para atendimento e cumprimento das solicitações em concordância com o Guia Prático, o contribuinte deverá entregar as informações em **sua totalidade**, ou seja, é imprescindível que todos os campos sejam preenchidos e declarados. É importante ressaltar, que o Guia Prático atende a uma especificação nacional, sendo que as unidades federadas poderão legislar de forma independente, considerando as regras delimitadas no Guia Prático.

Mas o que seria entregar as informações em sua totalidade?

Para compreendermos esta importante premissa, precisamos nos atentar no que está descrito de forma tácita nos requisitos abaixo:

Considera-se totalidade das informações:

1 - As relativas às entradas e saídas de mercadorias bem como aos serviços prestados e tomados, incluindo a descrição dos itens de mercadorias, produtos e serviços.

2 - As relativas à quantidade, descrição e valores de mercadorias, matérias-primas, produtos intermediários, materiais de embalagem, produtos manufaturados e produtos em fabricação, em posse ou pertencentes ao estabelecimento do contribuinte declarante, ou fora do estabelecimento e em poder de terceiros e de terceiros de posse do informante;

3 - As relativas à produção de produtos em processo e produtos acabados e respectivos consumos de insumos, tanto no estabelecimento do contribuinte quanto em estabelecimento de terceiro, bem como o estoque escriturado;

4 - Qualquer informação que repercuta no inventário físico e contábil, no processo produtivo, na apuração, no pagamento ou na cobrança de tributos de competência dos entes conveniados ou outras de interesse das administrações tributárias.

Perceba que nos quatro itens descritos acima, todos possuem um denominador em comum, o cadastro.

Como poderíamos falar de mercadorias e produtos sem o cadastro?

Na EFD ICMS/IPI, o cadastro de materiais e produtos encontra-se no Registro 0200 (Tabela de Identificação do Item - Produtos e Serviços). O objetivo deste registro é discriminar mercadorias, serviços, produtos ou quaisquer outros itens pertinentes às transações fiscais e aos movimentos de estoques. Seu objetivo é apresentar - mapear - o fluxo no ambiente SPED. Vale ressaltar, que a EFD ICMS/IPI, trata-se da escrituração das informações pertinentes a apuração do ICMS e IPI, todavia não podemos analisar como foco específico na apuração e sim de forma abrangente, pois seus impactos poderão ocorrer nos demais módulos, ou seja, NF-e, ECD, ECF, EFD Contribuições etc.

Precisamos ter em mente que o material, produto ou serviço, será escriturado na EFD, sendo que a sua circulação ocorrerá através de um outro módulo do ambiente SPED, ou seja, a NF-e (Nota Fiscal Eletrônica).

2. DOS EFEITOS FISCAIS E TRIBUTÁRIOS NA ALTERAÇÃO DE INFORMAÇÕES DO CADASTRO

Dando continuidade ao raciocínio lógico, o SPED (Sistema Público de Escrituração Fiscal), está atrelado a uma sequência sistêmica, e não faria sentido ou não seria prudente, que após a criação de um determinado material ou produto tenhamos suas características sistêmicas alteradas. O cadastro de produtos e materiais é composto de informações importantíssimas para o negócio, dentre elas: preço de custo, preço de venda, classificação fiscal (NCM), classificação contábil, dentre outras. Desta maneira, é preciso ter em mente que antes mesmo de um produto ser cadastrado, deve-se atentar as informações pertinentes a este, ou seja, dados contábeis, tributários, custo e demais informações consideradas relevantes a operação.

É importantíssimo sabermos que estas informações - o cadastro – é que nos direcionará, através de relatórios e demonstrativos, se a continuidade do processo será factível e vantajosa. Isso posto, o cadastro deve ser considerado uma espécie de “Caixa Preta”, ou seja, com a finalidade de resguardar as informações que foram “desenhadas” no momento da criação do material, produto e serviço.

Faz-se necessário, a criação de governança interna em relação as alterações de informações. Garantir o *compliance* das informações estabelecidos pelos legisladores,

compreende a aplicação de regras internas com seus parceiros de negócios assumindo um papel importantíssimo nos resultados da companhia.

Quando realizamos diversas alterações no cadastro, precisamos analisar as causas e os motivos no qual o cadastro está sendo modificado, considerando que tais alterações poderão impactar diretamente nas informações de custo, no âmbito tributário e contábil. No momento da modificação, será que tais informações estão sendo repassadas aos respectivos departamentos (Contabilidade, controladoria, administração tributária, núcleo de processos eletrônicos, TI)?

A título de exemplo, em relação a complexidade das informações contidas em um cadastro de materiais e produtos, podemos citar o campo NCM/SH.

A NCM/SH foi adotada pelos países do Mercosul em 1995, composto por 8 dígitos, no qual os seis primeiros representam a classificação SH e os outros dois últimos dígitos são parte das especificações do próprio Mercosul.

Este campo é de informação obrigatória nas NF-e, conforme **“NT 2014.004”**, disponível no Ambiente de Produção da SEFAZ em 01/08/14.

A estrutura do código NCM constitui-se basicamente de 5 subgrupos:

Formatação do código: 00 00 .00 .00

- 2 primeiros dígitos do SH – Capítulo: características de cada produto.
- 4 primeiros dígitos do SH – Posição: desdobramento da característica de uma mercadoria identificada no Capítulo.
- 6 primeiros dígitos do SH – Subposição: desdobramento da característica de uma mercadoria identificada no Capítulo.
- 7º dígito da NCM – Item: classificação do produto.
- 8º dígito da NCM – Subitem: classificação e descrição mais completa de uma mercadoria.

Vejamos, no exemplo abaixo a composição da NCM 3102.50.11:

Capítulo 31: Adubos ou fertilizantes.

Posição 312: Adubos ou fertilizantes minerais ou químicos nitrogenados.

Subposição 3102.50: Nitrato de sódio.

Item 3102.50.1: Natural.

Subitem 3102.50.11: Com teor de nitrogênio não superior a 16,3%, em peso.

Imprescindível ressaltar que para determinação da composição da NCM, faz-se necessário o conhecimento a respeito da composição química e física de produtos e materiais, pois somente um especialista, saberá especificar que determinado produto possui “teor de nitrogênio não superior a 16,3%, em peso”.

Neste caso, considerando que o cadastro deveria ter visão de “caixa preta”, seria possível realizarmos alterações no cadastro?

Bem, considerando as orientações do Guia Prático, caso ocorra alteração somente **na descrição do item**, sem que haja descaracterização deste, ou seja, criação de um novo item, a alteração deve constar no “Registro 0205”. O Guia Prático permite alterações no “Registro 0200”, contudo se resguarda em permitir a alteração apenas do campo “DESCR_ITEM” (Descrição do item).

REGISTRO 0205: ALTERAÇÃO DO ITEM

Este registro tem por objetivo informar alterações ocorridas na descrição do produto ou quando ocorrer alteração na codificação do produto, desde que não o descaracterize ou haja modificação que o identifique como sendo novo produto. Caso não tenha ocorrido movimentação no período da alteração do item, deverá ser informada no primeiro período em que houver movimentação do item ou no inventário.

Nº	Campo	Descrição	Tipo	Tam	Dec	Obrig
01	REG	Texto fixo contendo "0205"	C	004	-	O
02	DESCR_ANT_ITEM	Descrição anterior do item	C	-	-	OC
03	DT_INI	Data inicial de utilização da descrição do item	N	008*	-	O
04	DT_FIM	Data final de utilização da descrição do item	N	008*	-	O
05	COD_ANT_ITEM	Código anterior do item com relação à última informação apresentada.	C	060	-	OC

Observações: Os campos 02 e 05 são mutuamente excludentes, sendo obrigatório o preenchimento de um deles. Em caso de alteração da DESCR_ANT_ITEM e do COD_ANT_ITEM deverá ser gerado um registro para cada alteração.
Nível hierárquico - 3
Ocorrência - 1:N

Conforme já descrito, a visão do SPED fiscal é de ERP, sendo assim, todos os procedimentos e processos devem ser mapeados, pois, as modificações deixam lacunas na escrituração e conseqüentemente prejudicam a análise do processo.

O fisco é taxativo, não permitindo, em regra, alterações nos demais campos do “Registro 0200”. Sendo assim, no que tange a alterações de cadastros, seria possível apenas modificações na descrição. **DESCR_ITEM(Descrição do item).**

Acontece que os processos industriais são dinâmicos e que modificações nos produtos são essenciais para a adequação de uma Lista Técnica ou até mesmo a correção de um produto classificado incorretamente. Tais alterações devem ser analisadas criteriosamente, por todas áreas envolvidas no processo e não apenas pelo cadastro.

Constantes alterações no cadastro demonstram que em alguma fase do processo existe uma falha e que devemos atuar, mas não na modificação das informações, que a princípio seria a mais fácil, e sim na identificação dos motivos.

Imagine a seguinte situação hipotética: Determinado material classificado como “07 - Uso e consumo” (Campo 07 - TIPO_ITEM do Registro 0200), que em certo momento, identifica-se que sua classificação está incorreta, e que este deveria ser classificado com a utilização “01 – Matéria-prima”, sendo realizada a alteração da informação no cadastro.

Considerando a situação hipotética, temos impactos fiscais e contábeis nos quais podemos destacar:

- O que era determinado como despesa passou a ser custo;
- Os créditos fiscais não apropriados;
- Os relatórios gerenciais utilizados internamente pela companhia;
- As obrigações acessórias que utilizam como base o cadastro, como serão tratadas?

Precisamos compreender que o objetivo do SPED é mais que prevenir a evasão fiscal e uma simples alteração no cadastro, como também de assegurar o planejamento tributário das empresas.

O fisco está atento a formalidade e não apenas a materialidade, não sendo o bastante a apresentação de laudos e pareceres em relação ao processo produtivo ou a composição de produtos. Podemos perceber que o SPED possui infinitas combinações de informações, sendo

assim, os questionamentos por parte dos órgãos fiscalizadores ocorrem com maior assertividade.

4. PRINCIPAIS INFORMAÇÕES CONSTANTES NO CADASTRO DE MATERIAIS E PRODUTOS.

Dentre as principais informações do cadastro, estão os campos COD_BARRA, COD_ANT_ITEM, UNID_INV, TIPO_ITEM, COD_NCM, ALIQ_ICMS e CEST.

O campo (COD_BARRA) tem a finalidade de informar os códigos GTIN-8, GTIN-12, GTIN-13 ou GTIN-14 (antigos códigos EAN, UPC e DUN-14). O GTIN é um acrônimo para *Global Trade Item Number*, um identificador para itens comerciais desenvolvido e controlado pela GS1, antiga EAN/UCC. O GTIN é utilizado para recuperar informação pré-definida e abrange desde as matérias primas até produtos acabados. GTINs podem ter o tamanho de 8, 12, 13 ou 14 dígitos e podem ser construídos utilizando qualquer uma das quatro estruturas de numeração dependendo da aplicação. O GTIN-8 é codificado no código de barras EAN-8. GTIN-12 é mais comumente utilizado no código de barras UPC-A, o GTIN-13 é codificado no EAN-13 e o GTIN-14 no ITF-14. Com a utilização do GTIN é possível melhorar o controle de estoque, automação de processos, validação do pedido enviado com a NF-e recebida, rastreabilidade etc. Se o produto comercializado na NF-e possuir código de barras com GTIN ele deve ser destacado no documento, seja o documento gerado pelo fabricante, distribuidor, revenda, varejo etc.

O Campo 05 (COD_ANT_ITEM) não deve ser preenchido, conforme orientações do Guia Prático.

O Campo 06 (UNID_INV) – Neste campo deve ser informada a unidade de medida do cadastro de material ou produto. Considerando que as NF-e poderão ter unidades de medida diferentes da utilizada no cadastro os fatores de conversão serão apontados no Registro 0220.

Dando continuidade a descrição dos campos do “Registro 0200”, chegamos ao Campo 07 (TIPO_ITEM), campo imprescindível na escrituração das informações na EFD, pois este campo é chave na escrituração das informações em relação a demais registros como por exemplo dos processos produtivos (Bloco K). A classificação da mercadoria não se altera a cada movimentação, ou seja, não existem impedimentos que a empresa comercialize uma

matéria prima, ou que um produto acabado, produzido pela empresa seja consumido no processo produtivo.

Nos casos onde uma mercadoria ou produto tenha uma destinação diferente da que lhe foi definida no momento de sua criação, não deverá ser realizada a alteração do cadastro e sim os ajustes fiscais determinados em legislação.

Exemplo: Quando consumo uma matéria prima - tipo 01, como material de uso e consumo - tipo 07?

Uma mercadoria (COD_ITEM) deve ter uma única classificação (TIPO_ITEM). Conforme previsto no Guia Prático da EFD ICMS/IPI – Registro 0200 – campo TIPO_ITEM, nas situações de um mesmo código de item possuir mais de um tipo de item (destinação), deve ser informado o tipo de maior relevância na movimentação física, observadas, no que couberem, as regras de escrituração do Bloco K. Considerando o exemplo, a classificação da mercadoria no Registro 0200 seria tipo 01. Não há impedimento que essa mercadoria tenha uma destinação diferente.

Considerando que a destinação foi para uso e consumo no estabelecimento, a baixa do estoque deve ocorrer por meio da emissão de NF-e, caso a legislação estadual permita, tendo como destinatário o próprio estabelecimento emitente, resultando no estorno de crédito de ICMS/IPI.

Uma mercadoria (COD_ITEM) deve ter uma única classificação (TIPO_ITEM).

Conforme previsto no Guia Prático da EFD ICMS/IPI – Registro 0200 – campo TIPO_ITEM, nas situações de um mesmo código de item possuir mais de um tipo de item (destinação), deve ser informado o tipo de maior relevância na movimentação física, observadas, no que couberem, as regras de escrituração do Bloco K. (Vide: Perguntas e respostas - 16.1.28).

Podemos considerar o campo TIPO_ITEM do “Registro 0200” um dos principais registros da EFD ICS/IPI, sendo utilizado pelo fisco como meio de prova ao apurar o crédito tributário a seu favor.

Vejamos: Acórdão: 21.502/17/2ª, da DF/Sete Lagoas. Disponibilizado no Diário Eletrônico em 04/08/2017.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO - MATERIAL DE USO E CONSUMO.

O código “01” refere-se aos materiais utilizados na reparação de bens, os quais foram classificados pelo próprio contribuinte como sendo material de uso e consumo (Registro 0200 de seus arquivos SPED nos quais são identificados com o tipo “07 – Material de Uso e Consumo”).

Detalha a Fiscalização que, para chegar a essa conclusão, consultou o registro de entrada das notas fiscais de aquisição desses materiais informados pelo contribuinte por meio do Registro C170 - Complemento de Documento - Itens do Documento (dos arquivos SPED), (...).

Destaca a Fiscalização que, pesquisando os códigos dos itens acima no Registro 0200 - Tabela de Identificação do Item (Produtos e Serviços) dos citados arquivos SPED, verificou-se que eles foram classificados pelo contribuinte no campo “Tipo Item” com o código “07”: (...).

Menciona Fiscalização que esse código “07”, de acordo com o disposto no Ato Cotepe nº 09/08, na parte referente ao leiaute de preenchimento do referido registro 0200, identifica os materiais classificados como de uso e consumo, (...).

O Campo 08 (COD_NCM), para as empresas industriais ou equiparadas é obrigatório o seu preenchimento, sendo que o código NCM não se aplica a serviços. É obrigatória a informação da NCM para os itens importados, exportados ou, no caso de substituição tributária, para os itens sujeitos à substituição, quando houver a retenção do ICMS.

Sendo assim, os materiais classificados com o TIPO_ITEM igual a 07 - Material de Uso e Consumo; ou 08 – Ativo Imobilizado; ou 09 - Serviços; ou 10 - Outros insumos; ou 99 –

Outras não estariam obrigados a informar a NCM, casos em que não apropriem créditos de ICMS e IPI e que não estejam sujeitos a substituição tributária.

A determinação da não obrigatoriedade do preenchimento vai de encontro as regras do “Registro 0200”, sendo ressalvadas as operações de aquisição de “materiais para uso/consumo” que não gerem direitos a créditos, desde que não destinada à posterior circulação ou apropriação na produção. Vale ressaltar que mesmo os materiais destinados a “uso e consumo” são suscetíveis a operações subsequentes, como por exemplo uma devolução.

Os Campo 09 (EX_IPI), Campo 10 (COD_GEN) e Campo 11 (COD_LST) são auxiliares ao Campo 08 (COD_NCM).

No que tange as informações do Campo 12 (ALIQ_ICMS), este tem a finalidade de informar a alíquota do ICMS utilizada nas operações de saídas internas, como parte integrante do cadastro dos produtos, independentemente de que o referido item tenha sido adquirido ou comercializado em operação interestadual.

Referente as informações do Campo 13 (CEST), trata-se de uma obrigatoriedade prevista no Convênio ICMS 92, de 2015, que estabelece a sistemática de uniformização e identificação das mercadorias e bens passíveis de sujeição aos regimes de substituição tributária e de antecipação de recolhimento do ICMS com o encerramento de tributação, relativos às operações subsequentes.

Os contribuintes que emitem NF-e ou NFC-e nas operações com produtos sujeitos a este regime, devem declarar o CEST para classificação do item em campo específico no XML, conforme disposto na Nota Técnica 2015/003 v. 1.94.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, a determinação das informações no cadastro de materiais e produtos possuem uma grande importância e relevância na escrituração das informações no âmbito SPED, seja na escrituração das informações na EFD como também na emissão de NF-e. Isso posto, sugere-se a não modificação das informações do “Registro 0200”, salvo exceção do

campo “DESCR_ITEM”, que poderá ser realizada através do Registro 0205, desde que não descaracterize ou haja modificação que identifique como sendo novo produto.

A Alteração de campos traz riscos fiscais e tributários e conforme orientações do Guia Prático e a partir da vigência da Lei nº 13.670, de 30 de maio de 2018, deve a pessoa jurídica que incorrer nas situações transcritas no art. 12 da Lei nº 8.218, de 1991, no inciso I **(entrega de arquivos digital sem observância dos requisitos e especificações estabelecidos)**, no inciso II **(prestação de informações com omissões ou incorreções)** ou no inciso III (apresentação de arquivo fora do prazo estabelecido).

Veja-se que o cadastro de materiais e produtos feito de forma indevida ou incorreta expõe a companhia a riscos tributários que vão desde a imposição de multas por descumprimento de obrigações acessórias decorrentes da falta de confiabilidade, correção e higidez das informações lançadas nas declarações oficiais transmitidas à Administração Fazendária, até a exigência de obrigação principal (tributo), em razão da aplicação equivocada da tributação sobre determinada mercadoria/operação, tais como a inobservância da ST (substituição tributária), a aplicação incorreta de MVA (margem de valor agregado), utilização indevida de redução de base de cálculo, apropriação incorreta de créditos, dentre outros. Também é possível a exigência conjunta de multa, tributos e juros.

Neste sentido, é necessário ressaltar que nem sempre será suficiente, para afastar as infrações imputadas aos contribuintes, a demonstração de que a realidade fática havida (comportamento da companhia) converge com a legislação – sob o aspecto material. Isso porque, muitas vezes, além do não recolhimento do tributo também são imputadas ao contribuinte infrações consistentes no descumprimento de obrigações acessórias, que: (i) ou são observadas em estrita conformidade com a legislação, ou (ii) não o são.

Isto é, ainda que seja possível afastar a exigência do tributo (obrigação principal) pela comprovação de que determinada operação ocorreu em *compliance* com as normas de regência, caso também havido descumprimento de obrigações acessórias, a penalidade relativa a esta infração poderá ser mantida, uma vez que, sob o aspecto formal, o contribuinte não teria observado a legislação pertinente.

Assim, o cadastramento incorreto de materiais e produtos pode levar a criação de passivos tributários com valores representativos para a companhia. Por isso, o processo de

cadastro deve ser tratado com muita importância, e sujeito à regulação e controles rígidos, agindo como importante filtro/mecanismo para eliminar/reduzir erros e assim evitar/mitigar autuações fiscais decorrentes de tais equívocos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Guia Prático EFD-ICMS/IPI – Versão 3.0.3 Atualização: 14 de outubro de 2019.

BRASIL. Convênio do ICMS 143/06 e suas atualizações.

BRASIL. Lei nº 13.670, de 30 de maio de 2018.

http://www.fazenda.mg.gov.br/secretaria/conselho_contribuintes/acordaos/

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 13 ed. São Paulo: Atlas. 2001. P. 83.

A CRISE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

THE CRISIS OF THE DEMOCRATIC STATE OF LAW IN BRAZIL

Beatriz de Oliveira¹

Resumo: O presente artigo objetiva, de maneira breve e concisa, estabelecer reflexões e análises acerca dos elementos que compõem o Estado Democrático de Direito brasileiro, incumbindo-se dos fatores que abarcam o imbróglio da crise do sistema representativo democrático vigente no território nacional. Para atingir esse propósito, o trabalho delinea, inicialmente, um breve contexto histórico a fim de entender os principais aspectos que contribuíram direta ou indiretamente para a formação do atual cenário sociopolítico. Ao longo do desenvolvimento do texto, utiliza-se como suporte as principais ideias e teorias de alguns estudiosos dessa temática, apresentando, a princípio, tanto as características gerais que englobam o Estado contemporâneo quanto as especificidades encontradas no modelo estatal do Brasil. Em seguida, analisa as contradições inerentes ao ordenamento jurídico, discutindo não somente a relação entre Direito e Moral nos parâmetros da corrente jusfilosófica pós-positivista, mas também as questões relacionadas à garantia dos direitos fundamentais. Além disso, examina os fatores por trás da crise da democracia, principalmente no decorrer do século XXI, buscando compreender também as suas consequências. Como resultado, constata-se a necessidade de entender os moldes formais que competem ao Estado Democrático de Direito, assim como a problemática das dissonâncias do ordenamento jurídico e o desequilíbrio do sistema democrático, que são fenômenos estruturais e de significativa complexidade, sendo, então, intrínsecos à contemporaneidade contingente. Portanto, depreende-se que é fundamental encontrar os meios necessários para reestruturar o sistema democrático brasileiro em crise.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito; Brasil; Crise; Democracia; Direito; Constituição.

Abstract: The present article aims, briefly and concisely, to establish reflections and analysis about the elements that make up the Brazilian Democratic State of Law, dealing with the factors that encompass the imbroglia of the crisis of the representative democratic system in force in the national territory. To achieve this purpose, the paper outlines, initially, a brief historical context in order to understand the main aspects that directly or indirectly contributed to the formation of the current sociopolitical scenario. Throughout the development of the text, the main ideas and theories of some scholars on this theme are used as support, presenting, at first, both the general characteristics that encompass the contemporary State and the specificities found in the Brazilian State model. Next, it analyzes the contradictions inherent in the legal system, discussing not only the relationship between Law and Moral in the parameters of the post-positivist jusphilosophical current, but also the issues related to the guarantee of fundamental rights. In addition, it examines the factors behind the crisis of democracy, especially during the 21st century, also seeking to understand its consequences. As a result, one can see the need to understand the formal molds that are part of the Democratic State of Law, as well as the problem of the dissonance of the legal system and the unbalance of the democratic system, which are structural phenomena of significant complexity, being, thus, intrinsic to the

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Sergipe; oliveira.biab@gmail.com

contingent contemporaneity. Therefore, it is understood that it is fundamental to find the required methods to restructure the Brazilian democratic system in crisis.

Keywords: Democratic State of Law; Brazil; Crisis; Democracy; Law; Constitution.

Sumário: Introdução. 1. Brasil: Estado Democrático de Direito em crise. 2. O ordenamento jurídico e as contradições de sua aplicação. 3. Os fatores por trás da crise da democracia. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Um Estado Democrático de Direito, por definição, admite a ampla participação dos cidadãos nos processos tangentes às decisões públicas, a garantia dos direitos fundamentais, bem como o respeito ao ordenamento jurídico prescrito na Constituição Federal. Ao se inclinar para o cenário brasileiro, segundo a Constituição Federal de 1988, a República Federativa do Brasil, na medida em que se molda em um Estado Democrático de Direito, adota como princípios basilares a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa, a coexistência harmônica e independente dos Poderes da União, além do pluralismo político (BRASIL, 1988). Todavia, observa-se que, principalmente no decorrer do século XXI, os preceitos supracitados não condizem com a realidade tal qual ela se apresenta, suscitando-se na crise do sistema democrático brasileiro. Desse modo, é válido delinear o contexto histórico para entender o advento desse modelo estatal, mas também analisar brevemente alguns possíveis desencadeadores dessa crise.

Em decorrência do ônus provocado pelo caráter não intervencionista dos Estados Liberais, muitos países passaram a adotar o papel de um Estado de Bem-estar social (Welfare State), modelo socioeconômico baseado na garantia de benefícios sociais e de uma maior seguridade econômica frente aos avanços do fenômeno do capitalismo, no intuito de mitigar as disparidades socioeconômicas existentes. No paradigma brasileiro, esse molde apresentou algumas particularidades, pois “[...] o Welfare State surge a partir de decisões autárquicas e com caráter predominantemente político: [...]” (SOUZA, 2011). Visto isso, entre 1930 e 1945 — Era Vargas — e no período de 1964 a 1985 — ditadura militar — o protecionismo, o assistencialismo e o paternalismo pautaram tais regimes conservadores que, apesar de cercearem direitos civis e políticos, ampliaram os sociais. No entanto, em meados da década de 80, o Estado de Bem-estar social foi suplantado paulatinamente, já que questões de cunho

democrático e neoliberal começaram a ganhar destaque no cenário nacional, ocasionando, então, transformações sociais, econômicas e políticas (WINCKLER; NETO, 1992).

Por conseguinte, entre o final do século XX e o início do século XXI (estendendo-se até os dias atuais) é perceptível a emergência de imbrólios nos âmbitos socioeconômico e político, originados a partir do desenvolvimento acelerado do fenômeno da globalização, dos processos do capitalismo e da ordem neoliberal. Dessa forma, ao comparar o conteúdo teórico exposto na Constituição Federal de 1988 com a prática, as discrepâncias são notórias, percebendo-se, pois, a visível crise da democracia representativa do Estado de Direito. Sob essa ótica, alguns dos fatores responsáveis são: a não assimilação efetiva do significado do modelo estatal vigente, as contradições da aplicação do ordenamento jurídico, as práticas corruptivas, as ideologias políticas etc.

Portanto, diante dos fatos mencionados, compreende-se, no presente artigo, a necessidade de abordar, com rigor e objetividade, os motivadores da problemática exposta. Nos tópicos subsequentes, tratar-se-á dos atributos comuns dos Estados, das peculiaridades do desenvolvimento do Estado Democrático de Direito no território brasileiro, das relações estabelecidas entre legalidade e moralidade, além da conjuntura política que reflete a crise do sistema democrático.

1. BRASIL: ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO EM CRISE

A partir dessa breve introdução, é possível depreender que, diante do rápido processo de transformação da sociedade pós-moderna, torna-se imprescindível encontrar um ponto em comum (ou pontos em comum) que interseccionam os Estados na contemporaneidade, apesar das suas diversas nuances, com o fito de, em seguida, entender o modelo traçado no Estado brasileiro.

Desse modo, é válido se revestir de alguns aspectos fixados pela Teoria Geral do Estado. A priori, destaca-se que, em meio às mudanças ocorridas ao longo da História, a edificação de um Estado — para a maioria dos autores — se baseia em três elementos: território, povo e soberania, embora alguns teóricos do tema apontem um quarto elemento, a finalidade. Sendo assim, o Estado é uma pessoa jurídica de direito público externo, possuidora de soberania interna e externa, e que é responsável por governar legal e legitimamente o povo situado em um território delimitado geograficamente, visando ao bem-comum de todos — entenda-se por bem comum um conceito difuso, adaptável. Por isso, todo Estado que compõe o globo é

soberano na ordem internacional, no sentido de que não há um órgão que se coloque numa posição superior, já que a ONU (Organização das Nações Unidas) é uma pessoa jurídica de direito internacional público, e não um Superestado, isto é, a referida organização não possui soberania frente aos países, assumindo então como objetivos principais, de um modo geral, a manutenção de um relacionamento harmônico, seguro e pacífico dos países na ordem global, bem como alcançar o respeito aos direitos humanos, à igualdade e aos direitos fundamentais (DALLARI, 1998). Além disso, no que se refere à soberania interna, significa dizer que o Estado detém um poder que também não pode ser sobreposto por nenhum outro órgão interno.

No caso do Estado brasileiro, formalmente intitulado como um Estado Democrático de Direito, nota-se que o princípio do Constitucionalismo, cristalizado mediante a promulgação da Constituição Federal de 1988, busca garantir a supremacia da Constituição como elemento aglutinador e organizador do Estado, vinculando aos preceitos pré-fixados nesta o sistema tripartite de poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) e a sociedade civil, fato que torna a relação entre Estado e Direito ainda mais íntima, pois o ordenamento jurídico pauta a estruturação do Estado:

A superposição, [...], da imagem do Direito como ordenamento normativo relativamente concentrado com a do Estado como aparelho para uso da força concentrada, deu lugar à persistente imagem do ‘Estado de Direito’, na qual as duas idéias do Direito e do Estado estão estreitamente unidas, até constituírem um corpo só. (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 355)

Dessa maneira, de acordo com o trecho mencionado acima, retirado da obra de Bobbio, Matteucci e Pasquino, compreende-se que essa lei suprema de organização é de suma importância porque solidifica o modelo estatal, congregando Direito e Estado. Tal concepção reflete a ideia de que, em um Estado contemporâneo e altamente globalizado, o constitucionalismo — e, conseqüentemente, os efeitos da legalidade — confere maior estabilidade ao corpo social e às dinâmicas de mercado (BAMBINI, 2018). No entanto, questiona-se atualmente: a legalidade atrapalha ou poderia atrapalhar o desenvolvimento da política? Para responder à pergunta, é possível se assentar no problema da crise de representatividade. Para entender com mais clareza essa afirmação, o terceiro tópico do presente artigo visa ao esclarecimento objetivo dessa questão abordada, mas ainda é necessário estabelecer antecipadamente alguns apontamentos: o primeiro aspecto diz respeito à atuação direta ou indireta do povo nas decisões que guiam o funcionamento do Estado, já que a República Federativa do Brasil adota — formalmente — o sistema democrático representativo; o segundo aspecto se refere à atuação deturpada dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, que em tese, são responsáveis por expressar a vontade do povo, cada um à sua maneira:

[...] basta lembrar que a lei, como expressão da vontade geral, declarada, promulgada e pública, é a máxima expressão da racionalidade do Estado, no sentido de que o Estado exprime o interesse universal e a consciência própria do povo organizado. (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 352)

Visto isso, de modo oposto ao que postula a referida passagem, nota-se que, no cenário hodierno, a vontade geral do povo não é traduzida de forma efetiva. Outrossim, menciona-se o empecilho assentado entre a supremacia da liberdade e a supremacia da igualdade. Assim como se admite que o Estado pós-moderno é fundado no liberalismo, na autonomia, sabe-se também que o modelo estatal brasileiro adere ao neoliberalismo como modelo socioeconômico. Desse modo, a sociedade e os entes estatais se deparam com o seguinte impasse:

[...] ou dar primazia à liberdade, sabendo de antemão que isso iria gerar desigualdades muitas vezes injustas, ou assegurar a igualdade de todos mediante uma organização rígida e coativa, sacrificando a liberdade. Mas ambas as posições seriam contrárias ao ideal de Estado Democrático. (DALLARI, 1998, p. 107)

Dessa forma, partindo-se do pressuposto de que o homem é um ser naturalmente social, e, conseqüentemente, não vive isolado, mas sim em conjunto com seus semelhantes, deduz-se que a sua liberdade é social, situada, e caracterizada com base nos relacionamentos interpessoais, estabelecendo-se não só direitos, mas também deveres e responsabilidades (DALLARI, 1998). Ademais, em relação à preservação da igualdade, admite-se a ideia de uma igualdade de possibilidade, em que o Estado atua para minimizar as desigualdades inerentes ao meio social, logo as desigualdades não decorreriam de fatores artificiais, todavia seriam reduzidas através destes (DALLARI, 1998). Desde o período clássico, defende-se que “O verdadeiro democrata deve preocupar-se, contudo, em que a massa popular não viva numa penúria excessiva, já que essa é uma das causas da perversão das democracias.” (ARISTÓTELES, 1998, p. 459). Posto isso, compreende-se que, embora o modelo democrático tenha assumido diferentes formas no decorrer da história da humanidade, é plausível declarar que, devido à maneira como o Estado Democrático de Direito brasileiro se molda na contemporaneidade, as desigualdades (socioeconômicas, principalmente) ainda são acentuadas.

Portanto, conclui-se que o Brasil, embora formalmente identificado como um Estado Democrático de Direito, apresenta algumas dificuldades que precisam ser superadas. Por isso, é necessário não só assimilar nitidamente o significado desse modelo estatal, mas também identificar os prováveis desencadeadores dessa crise social, econômica e política, para que assim seja possível — paulatinamente — tornar exequíveis os princípios pressupostos na Constituição Federal de 1988.

2. O ORDENAMENTO JURÍDICO E AS CONTRADIÇÕES DE SUA APLICAÇÃO

O ordenamento jurídico, em sociedades complexas, condiciona uma maior estabilidade diante da dinamicidade inerente ao corpo social. Desse modo, no Estado Democrático de Direito brasileiro contemporâneo, a legalidade se torna primordial, já que, segundo esse princípio, o Estado não pode agir fora da lei: “[...] Direito e Estado são *unum et idem* e aquilo a que se chama habitualmente poder político não é mais do que poder que torna real um ordenamento normativo e faz deste ordenamento um ordenamento efetivo e não imaginário.” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 351, grifo do autor).

No cenário hodierno, impera-se o pós-positivismo, corrente jusfilosófica que, diferentemente do positivismo jurídico, busca associar a ciência do direito à ética, valendo-se de princípios e valores no processo hermenêutico e na cristalização da legislação. De uma maneira geral, o positivismo jurídico foca na neutralidade, entretanto ela não existe porque as normas jurídicas são feitas a partir dos valores socioculturais vigentes. Sob esse prisma, muito se discute acerca da relação entre moralidade e legalidade no pensamento pós-positivista, isto é, qual é o mínimo ou máximo de conexão que pode haver entre direito e moral. Nesse debate, é necessário levar em consideração o quanto os participantes diretos dos poderes estatais — Legislativo, Executivo e Judiciário — influenciam em todo o processo normativo, pois ao examinar o comportamento destes diante do atual sistema, é possível fazer uma estreita ligação com o conceito de “homem cordial” apresentado pelo escritor brasileiro Sérgio Buarque de Holanda, em sua notável obra “Raízes do Brasil”. De acordo com as análises do autor, uma característica marcante do cidadão brasileiro é a prevalência da afetividade e da parcialidade nas relações públicas, uma vez que os interesses privados são preponderantes quando em conflito com os públicos.

Dessa forma, à proporção que os aspectos burocráticos e formais assumem pouca relevância para o homem cordial, o patrimonialismo possui uma certa supremacia. Paralelamente à questão de cordialidade exposta em meados do século XX, verifica-se que essa ideia já estava presente nas democracias ocidentais do século IV a.C. : “Uma vez promulgadas as leis, declaram ser de justiça fazerem os governados o que é vantajoso para os outros e punem os que as violam, como transgressores da lei e praticantes de ato injusto. Eis a razão, meu caro, de eu afirmar que em todas as cidades o princípio da justiça é sempre o mesmo: o que é vantajoso para o governo constituído.” (PLATÃO, 2000, p. 67). Logo, infere-se que esses padrões referentes à parcialidade dos governos democráticos e à cordialidade do cidadão brasileiro foram herdados e se fazem presentes, explicitamente, no atual contexto nacional, fato que será evidenciado posteriormente.

Tendo em vista tal conjuntura, é importante discutir sobre essa intersecção entre direito e moral nos parâmetros do pós-positivismo e do positivismo, de modo a entender qual é o limite de extrapolação das normas jurídicas no momento de sua aplicação, abrangendo-se a práxis jurídica brasileira. A priori, é válido destacar a necessidade de observar o Direito sob dois ângulos: o externo, que diz respeito aos fenômenos econômicos, políticos e sociais, e o interno, que se refere à prática jurídica em si. Dessa maneira:

[...] o jurista teórico, [...], não pode desprezar as investigações a respeito de qual é o direito efetivo de uma comunidade, quais os fatores sociais que condicionam sua formação, qual sua eficácia social, qual sua relevância como instrumento de poder, quais os valores que o justificam moralmente etc. (FERRAZ JR, 2018, p. 56)

A posteriori, é necessário estabelecer um ponto de equilíbrio entre a perspectiva dogmática — que adota a existência de um ponto de partida (as leis) e de um marco limite — e os aspectos que abarcam, como um todo, a sociedade. Sendo assim, começa-se a questionar: (a) como garantir uma certa segurança jurídica a toda a sociedade civil sem se desvencilhar da justiça, ou seja, se é possível determinar como a atribuição de valor à norma não induzirá ao subjetivismo, e, por fim, (b) como assegurar o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana na atual circunstância em que se encontra o ordenamento jurídico. Para isso, mediante uma breve contextualização, é importante entender o papel da sociedade civil, do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.

Entre o final do século XVIII e o início do século XIX, a soberania popular passa a ser manifestada por meio da lei e, desse modo, o poder é concedido aos representantes políticos — no sistema brasileiro, estes são escolhidos via processos eleitorais —, que obtêm a legitimidade necessária para expressar a vontade popular através da legislação. Desse modo, desenvolver-se-á algumas teses propostas por estudiosos dos postulados positivistas e pós-positivistas. Em primeiro lugar, é pertinente ressaltar as principais ideias expostas pelo jurista austríaco Hans Kelsen, pois “Para Kelsen, o Estado não é nada fora do ordenamento jurídico.” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 350-351), isto é, o poder estatal depende da legislação e da jurisdição para um pleno funcionamento. Kelsen compreende que ambos os processos são incumbidos de discricionariedade, embora o poder discricionário do juiz seja efetivamente menor quando comparado ao do legislador, pois aquele está atrelado às leis criadas por este. Um dos motivadores de tal discricionariedade, delimitando-se a função jurisdicional, decorre do fato de que a linguagem dos textos normativos possuem uma textura aberta, passível de interpretações. Contudo, afirma-se que esses métodos interpretativos e decisórios não podem ser arbitrários (KHOURI; TRIVISONNO, 2017).

Em segundo lugar, é válido salientar os postulados pendentes ao pós-positivismo defendidos pelo jurista norte-americano Ronald Dworkin. Ele reconhece que o juiz de direito pode (e deve) atuar em um meio termo entre a arbitrariedade e a mecanicidade, além de dividir as normas jurídicas em regras e princípios — considera que estes contêm fundamentos. Para Dworkin, a ciência do direito não deve ser vista apenas como um conjunto de regras ou de leis, uma vez que é essencial se desviar de um vácuo de justiça na hermenêutica. Em uma necessidade de decisão, quando se ponderam os princípios, aquele de maior peso prevalece; quando se avaliam as regras/leis, adota-se o recurso da subsunção, em que o caso concreto deve ser aplicado objetivamente àquela norma jurídica em questão, tornando-a válida (FERNANDES; BICALHO, 2011). Sendo assim, Ronald Dworkin defende uma maior aproximação entre moralidade e legalidade, mas de maneira que a moral reflita princípios legitimados por autoridades competentes.

Ademais, ainda sob essa ótica, voltando-se para a práxis jurídica no território brasileiro, é importante avaliar como essa associação entre moralidade e legalidade influenciam nas decisões, tendo em vista a cordialidade inerente aos indivíduos, bem como é imprescindível analisar o cumprimento dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

Dessa maneira, é possível notar que, muitas vezes, o abuso de autoridade principalmente no Poder Judiciário implicam contradições na aplicação do ordenamento jurídico. Esse tipo de atuação de agentes públicos, na medida em que utilizam o poder em busca da satisfação de interesses privados ou de benefícios de outrem com interesses comuns, constitui uma transgressão de acordo com a Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019 (BRASIL, 2019). Por conseguinte, os servidores públicos — legislador e juiz — que lidam diretamente com o aparato de ordem normativa precisam estar submetidos aos preceitos legais em suas atividades laborais, aplicando regras válidas e ponderando princípios com o objetivo de manter a equidade e a justiça, desvinculando-se de juízos parciais e subjetivos, principalmente nos chamados *hard cases*, quando uma situação fática não subsume a uma lei previamente positivada. Além disso, é indispensável refletir acerca da garantia dos direitos fundamentais previstos na Constituição, pois devido ao pluralismo axiológico presente no ordenamento jurídico brasileiro, é preciso existir uma certa flexibilidade quanto às regras e aos princípios conflitantes, uma vez que, para manter o sistema normativo em constante comunicação com os valores sociais vigentes, torna-se necessário, em algumas situações, optar pela inadimplência de uma determinada norma em favor do cumprimento de um princípio constitucional (FERNANDES; BICALHO, 2011): “Os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam; concretizam-se” (BONAVIDES, 2000, p. 545).

Em suma, diante dos referidos fatos, depreende-se que a discussão sobre as dissonâncias entre o conteúdo teórico e sua respectiva aplicabilidade é uma temática há muito tempo debatida no âmbito mundial, existindo, então, teses que exibem tanto os prós quanto os contras em relação ao assunto. Assim, considerando-se o Brasil um Estado Democrático de Direito, fica evidente que, para muitos estudiosos do tema, o ideal é fixar um ponto de equilíbrio entre a moralidade — cumprindo os princípios fundamentais — e a legalidade — obedecendo aos códigos de leis escritas.

3. OS FATORES POR TRÁS DA CRISE DA DEMOCRACIA

Como já foi abordado anteriormente, a República Federativa do Brasil constitui um Estado Democrático de Direito. Desse modo, o sistema democrático representativo operante atualmente pressupõe que todo o poder advém dos cidadãos, sendo exercido pelos representantes eleitos ou diretamente pelo próprio povo (BRASIL, 1988). Entretanto, em face da constante fluidez e contingência da vida contemporânea, tais ideais previstos na Constituição se tornam cada vez mais deturpados quando se observa a realidade social.

É inegável que a crise da democracia, embora não se restrinja apenas à atual conjuntura, tornou-se mais nítida a partir do século XXI. Sob essa ótica, é possível perceber a presença de diversos fatores contribuintes para a concretização desse imbróglio: as práticas corruptivas no Poder Legislativo e no Poder Executivo, a despolitização dos cidadãos, a falta de representatividade dos eleitores, entre outros (BORGES, 2015). A partir desses obstáculos, desencadeiam-se outros problemas como o abstencionismo eleitoral e a desmoralização dos representantes eleitos. Sob esse prisma, é importante analisar esse contexto para entender com mais clareza as causas e as consequências que abarcam o desequilíbrio do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Em primeira análise, é pertinente destacar que, por definição, corrupto é aquele que atua de modo ilegal com o fito de atender aos interesses particulares. De uma maneira geral, os tipos mais comuns de padrões desviantes na esfera pública são o peculato e o nepotismo. Ademais, nota-se a frequência com que acontecem essas atitudes desviantes nas etapas de elaboração das decisões e na aplicação das normas, por isso, quanto mais vaga e flexível for a estruturação das normas, mais facilmente a prática corruptiva acontece (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998). Por conseguinte, os representantes eleitos perdem sua credibilidade diante da população, visto que usufruem do dinheiro público para se beneficiarem, em vez de utilizá-lo para exercer

a função de governar com integridade, garantindo à sociedade civil direitos básicos de qualidade, tais como: saúde, educação, moradia, alimentação, segurança e saneamento básico. Outrossim, é frequentemente percebido que muitos políticos, após eleitos ou durante as campanhas eleitorais, ora realizam alguns feitos ora fazem promessas para ludibriar a população:

É conveniente que, ao iniciar as suas funções, os magistrados ofereçam magníficos sacrifícios ou mandem construir um edifício público, para que o povo, tomando parte dos banquetes e vendo embelezada a sua cidade com oferendas votivas e edifícios, se compraza com a permanência do regime. (ARISTÓTELES, 1998, p. 465)

Nesse sentido, é possível estabelecer uma relação entre essas atitudes dos magistrados na Grécia Antiga (descrita por Aristóteles na citação acima) e as dos integrantes do Poder Público hodiernamente, uma vez que é comum observar em períodos de campanhas eleitorais discursos construtivos e promessas acerca da execução de práticas benéficas à sociedade civil, contudo a realização dessas grandes obras se dá de forma irregular/intermitente durante seus respectivos mandatos, constatando-se que, em sua maioria, os candidatos aos cargos públicos tem o intuito de tão somente atingir o poder.

Para além da corrupção, a falta de educação política é outro fator contribuinte para a crise do sistema democrático, na medida em que os cidadãos brasileiros são pouco estimulados a aprender sobre o funcionamento e o papel do Estado, bem como desconhecem seus direitos e seus deveres. Em suma, essa condição é fruto do próprio sistema educacional brasileiro, porquanto não muito engloba aulas sobre os preceitos básicos da Constituição Federal e do Código Civil, por exemplo, nem tampouco acerca da importância de exercer a cidadania através do voto, no intuito de eleger candidatos qualificados para representar toda a sociedade e, por causa disso, o conhecimento dos preceitos constitucionais são restritos à graduação em Direito, em vez de estar disponível para toda a sociedade civil.

Em virtude dos aspectos mencionados, aliados à falta de representatividade no âmbito político, constata-se que, nos últimos anos, os índices de abstencionismo vêm aumentando gradativamente, tanto em relação àqueles que se sentem desmotivados para ir até às urnas, quanto aos que anulam o voto. No que tange à falta de representatividade, em primeiro lugar, é possível apontar a dicotomia de ideologias políticas que compõem a democracia brasileira há algum tempo — principalmente após as eleições presidenciais de 2018 —, pois a separação entre os grupos de direita e esquerda se tornou ainda mais radical, dificultando o surgimento de candidatos que abranjam ambas ideologias (de forma branda) em suas campanhas. Apesar de a reeleição ser legalmente permitida no território nacional, percebe-se que essa prática não é

muito favorável à democracia, porque dificulta a ideia de efetivação da pluralidade de partidos políticos no encargo do governo.

Destarte, entende-se que, diante da crise da democracia, é de extrema necessidade a execução de uma reforma política no cenário brasileiro, pois o Estado Democrático de Direito se encontra fragilizado e deslegitimado. Desse modo, mudando-se paulatinamente a atual conjuntura, presume-se uma maior participação popular consciente, direta ou indiretamente, bem como a atração de políticos qualificados e aptos a representar a sociedade civil de maneira íntegra. Todavia, esse quadro só será alcançado se a sociedade e os poderes públicos se engajarem para revitalizar a democracia pautada no ideário constitucional.

CONCLUSÃO

Portanto, compreende-se que os preceitos que competem ao Estado Democrático de Direito brasileiro, tais como os da soberania popular, da garantia dos direitos fundamentais, da obediência ao ordenamento jurídico (entre tantos outros), embora estejam previstos na Constituição Federal de 1988, não se concretizam de modo efetivo na práxis social. Como mencionado anteriormente, é imprescindível conhecer marcadamente o que significa um Estado Democrático de Direito, identificando paralelamente os fatores que influenciam o cenário atual. Ademais, é de suma importância reconhecer que as contradições próprias da concreção do ordenamento jurídico permeiam o debate tangente à associação entre legalidade e moralidade, abarcando a influência exercida pelos indivíduos atuantes nas esferas do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, notando-se um vácuo existente entre a expectativa, pressuposta teoricamente, e a realidade tal como ela se apresenta.

Outrossim, ao longo do terceiro e último tópico, é possível apreender, com clareza, que a corrupção nos setores públicos, ligados à falta de educação política dos cidadãos e à escassa representatividade acarretam consequências que deslegitimam ainda mais a democracia representativa, contribuindo para um quadro de crise. Em virtude disso, conclui-se que há uma urgente necessidade de realizar uma reforma política eficaz no Brasil.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Política**. Lisboa: Vega, 1998.

BAMBINI, LUIZ GUSTAVO. Teoria Geral do Estado ou Teoria do Estado? BUCCI, M. P. D; GASPARD, Murilo (org.). **Teoria do Estado: sentidos contemporâneos**. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <https://hernandofernandes.com.br/wp-content/uploads/2019/04/elementos-teoria-geral-do-estado-dalmo-abreu-dallari.pdf>. Acesso em: 4 maio. 2021.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 11. ed. Brasília: UnB, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BORGES, R. M. S. **Reflexões sobre a democracia de ontem e a crise no Brasil de hoje**. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 77, p. 63-78, maio/ago. 2015. Disponível em: https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1472580558.pdf. Acesso em: 4 fev. 2021.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO (1988). TÍTULO I DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#:~:text=Todo%20o%20poder%20emana%20do,diretamente%2C%20nos%20termos%20desta%20Constitui%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13869.htm#art44. Acesso em: 2 fev. 2021.

DALLARI, D. d. A. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FERNANDES, R. V. d. C; BICALHO, G. P. D. **Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucional**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 48, n. 189, p. 105-131, jan./mar. 2011. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf?sequence=1>. Acesso em: 1 fev. 2021.

KHOURI, Alice de Siqueira; TRIVISONNO, A. T. G. Moralidade, discricionariedade e os limites da função jurisdicional no contexto do Estado Democrático de Direito: o caso da Súmula Vinculante nº 13 no Brasil. **CONPEDI LAW REVIEW**, Braga, v. 3, n. 2, p. 348-375, jul/dez. 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3789/pdf>. Acesso em: 21 jan. 2021.

PLATÃO. **A República**. 3. ed. Belém: EDUFPA, 2000.

SOUSA, J. M. C. d. **Desigualdade social e o Welfare State brasileiro**. Espaço Opinião, Rio de Janeiro, 15 jul. 2011. Disponível em: <https://espacoopiniao.adm.br/desigualdade-social-e-o-welfare-state-brasileiro/>. Acesso em: 30 jan. 2021.

WINCKLER, Carlos Roberto; NETO, B. T. M. **Welfare state à brasileira**. Indicadores Econômicos FEE, Rio Grande do Sul, v. 19, n. 4, p. 108-131, 1992. Disponível em: <https://revistas.dee.spgg.rs.gov.br/index.php/indicadores/article/viewFile/527/763>. Acesso em: 30 jan. 2021.

O ENSINO JURÍDICO DIANTE DOS NOVOS PARADIGMAS TECNOLÓGICOS: A NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DOS CURRÍCULOS DOS CURSOS DE DIREITO A PARTIR DA EDIÇÃO DA RESOLUÇÃO CNE/CES Nº 2/2021

LEGAL EDUCATION IN FRONT OF THE NEW TECHNOLOGICAL PARADIGMS: THE NEED TO ADEQUATE THE CURRICULA OF THE LAW COURSES FROM THE EDITION OF RESOLUTION CNE/CES Nº 2/2021

Tháise Amaral Dantas¹

Edimar Batista dos Santos²

Resumo: O uso de inteligência artificial e outras tecnologias tende a ser cada vez mais comum nos campos de atuação dos profissionais das carreiras jurídicas. Apesar disso, as Instituições de Ensino Superior parecem ainda não terem se adaptado aos novos desafios tecnológicos, principalmente aos desafios da formação dos profissionais das carreiras jurídicas. Diante desse cenário, buscamos analisar os currículos dos cursos de direito de universidades federais brasileiras a partir do estabelecido pela Resolução CNE/CES nº 2/2021, objetivando identificar a presença de disciplinas afins ao tema “Direito Digital”, com foco no estudo de novas tecnologias aplicadas ao estudo jurídico. Para essa compreensão, evidenciamos a evolução histórica do ensino jurídico brasileiro, a relação entre direito e tecnologia, e as experiências positivas do uso de tecnologia no judiciário. Ademais, foram analisados os currículos de 27 (vinte e sete) universidades federais brasileiras, uma de cada capital de estado da federação, além do Distrito Federal. Ainda, para fins de recorte metodológico, foram selecionadas para análise as últimas matrizes curriculares disponibilizadas nos sítios eletrônicos das universidades federais da grade noturna, quando disponível mais de uma estrutura curricular vigente. A partir da análise, foi possível verificar que apenas 51,85% das universidades federais analisadas apresentam em suas grades curriculares vigentes disciplinas relacionadas ao direito digital e/ou novas tecnologias aplicadas ao direito. Tal dado demonstra a urgente necessidade de adequação dos currículos dos cursos de direito das universidades federais às novas determinações da Resolução CNE/CES nº 2/2021.

Palavras-Chave: Direito; Ensino Jurídico; Inteligência Artificial; Tecnologia; Profissões Jurídicas.

Abstract: The use of technologies tends to be increasingly common in the fields of practice of the legal career professionals. Despite this, Higher Education Institutions don't seem to have adapted to the new technological challenges, mainly to the challenges of training legal professionals. In view of this scenario, this paper analyzes the curricula of law courses at Brazilian federal universities based on what is established by Resolution CNE/CES nº 2/2021, aiming to identify the presence of disciplines related to the theme "Digital Law", focusing on the study of new technologies applied to legal study. Thus, the curricula of 27 (twenty-seven) Brazilian federal universities were analyzed, one from each state capital of the federation, in

¹ Graduanda em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6333-3521>

² Graduando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3408-1705>

addition to the Federal District. For methodological approach purposes, the latest curricular matrices available on the websites of federal universities in the evening grid were selected for analysis, when more than one current curriculum structure is available. From the analysis, it was possible to verify that only 51.85% of the federal universities analyzed present in their current curricula disciplines related to digital law and/or new technologies applied to law. This data demonstrates the urgent need to adapt the curricula of law courses at federal universities to the new provisions of Resolution CNE/CES nº 2/2021.

Keywords: Law; Legal Education; Artificial intelligence; Technology; Legal Professions.

Sumário: Introdução. 1. A história dos cursos de Direito no Brasil. 1.1. A origem e criação do curso de Direito no Brasil. 1.2. Evolução histórica do ensino jurídico. 1.3. As reformulações curriculares dos cursos de Direito. 2. Direito e Tecnologia: a experiência brasileira. 3. Tecnologia no judiciário brasileiro. 4. Panorama atual dos currículos do curso de Direito nas Universidades Federais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

As novas tecnologias, especialmente no contexto das sociedades modernas, buscam respostas para as mais diversas demandas sociais, ampliando em larga escala a funcionalidade e a capacidade de produção e de mercado, impactando de forma significativa, não só as relações humanas, como também o sistema jurídico. São evidentes os efeitos da chamada inteligência artificial sobre os operadores do Direito e das organizações públicas e privadas.

Diante das transformações sociais e de mercado, nota-se o crescimento exponencial na produção e utilização de novas tecnologias, as quais vêm sendo gradativamente divulgadas e distribuídas com o objetivo de aumentar a eficiência da atuação de operadores do direito, escritórios de advocacia, tribunais, órgãos legislativos e administrativos. Os mercados de *startups* jurídicas passam por um processo de expansão em escala global, de forma que é possível observar tanto um crescimento relevante no número total de startups existentes, relacionadas a serviços jurídicos, como nos fluxos de investimentos destinados a elas. (FEFERBAUM; SILVA, 2018)

Nesse novo contexto, os diversos sistemas computacionais mais modernos visam empregar inteligência artificial, atuando como parte integrante de relações sociais e econômicas globais, de forma que o uso de inteligência artificial será cada vez mais comum nos diversos campos de atuação profissional. Apesar disso, o sistema educacional brasileiro, especialmente as Instituições de Ensino Superior - IES, parecem ainda não terem se adaptado às novas formas

de atuação e novos desafios dos ramos do direito, especialmente no que tange à aparente carência no emprego de estratégias de ensino frente aos novos paradigmas tecnológicos que circundam o mercado.

Diante desse cenário, a Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação - CES/CNE - aprovou a Resolução nº 2, de 19 de abril de 2021, a qual alterou o art. 5º da Resolução CNE/CES nº 5, de 17 de dezembro de 2018, que instituiu as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito (BRASIL, 2021). Por meio do referido instrumento, foram incluídos conteúdos de “Direito Financeiro” e “Direito Digital” como parte da formação técnico-jurídica essencial dos estudantes de direito. O documento também estabeleceu que as atividades relacionadas à prática jurídica e o trabalho de curso (TC) devem “abranger estudos referentes ao letramento digital, práticas remotas mediadas por tecnologias de informação e comunicação”.

Nesse sentido, mostra-se necessária a análise do atual cenário das matrizes curriculares das universidades brasileiras, especialmente para se avaliar o “gap” entre os currículos atuais e o esforço a ser empreendido para adequação às novas diretrizes estabelecidas pela Resolução nº 2, de 19 de abril de 2021.

1. A HISTÓRIA DOS CURSOS DE DIREITO NO BRASIL

1.1. A origem e criação do curso de direito no brasil

O ensino jurídico brasileiro experimentou, ao longo de sua história, um período de construção e de afirmação. O primeiro projeto de criação e implantação do curso de direito no Brasil foi apresentado durante a Assembleia Constituinte de 1823. Por iniciativa do Visconde de São Leopoldo, paulista de nascimento, uma das cidades escolhidas para sediar os cursos jurídicos foi justamente, naquela época, “a pobre São Paulo” (MOSSINI, 2010, p. 76). A iniciativa deu margem para que em 1827 fossem criadas as escolas de São Paulo e Olinda, as duas primeiras faculdades de direito no país (MELLO; MARTINS, 2018, p. 23). A lei de criação dos cursos jurídicos preconizava, em seu art. 9º, que os alunos que frequentassem os cinco anos do curso, com aprovação, obteriam o grau de Bacharel. (MURARO, 2010, p.3)

A implantação dos cursos jurídicos do Brasil ocorreu em um contexto marcado pela recente proclamação da Independência, em 1822. Dessa forma, os centros de estudos jurídicos

foram criados com o objetivo de formar bacharéis para auxiliar na administração pública do país, consolidando dessa forma o projeto político nacional (MOSSINI, 2010, p. 78).

1.2. Evolução histórica do ensino jurídico

Segundo BASTOS (1997), o período da redemocratização do Brasil, ocorrida na década de 1980, marcou um processo que discutiria pela primeira vez questões de ordem metodológica e pedagógicas no ensino jurídico brasileiro.

Foi a partir da afirmação do Estado Imperial com a Constituição promulgada em 1824 que surgiram os primeiros cursos de Direito no Brasil em 1828, nas cidades de São Paulo e Olinda. Enquanto o primeiro teve como vocação inicial a formar para a vida política nacional, o segundo tinha como idealização formar para a magistratura. O curso paulista surgiu com o nome de Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Academia de São Paulo e o pernambucano chamando-se de Curso de Ciências Jurídicas e Sociais de Olinda, para, a partir de 1854, chamar-se de Faculdade de Direito de Recife. Em ambos os casos, formavam-se inicialmente nesses cursos as futuras elites administrativas do Estado Imperial (MELLO; MARTINS, 2018 p. 24).

Com o fim do Estado Imperial e a proclamação da República em 1889, o perfil das escolas de Direito começou a ganhar nova dinâmica, pautando-se por um perfil mais educativo e objetivando formar bacharéis-advogados para a chamada “militância forense”. O ideal republicano fomentou um novo perfil de profissionais e continuou alimentando os quadros da elite política brasileira, formando cada vez mais novos profissionais para o exercício da advocacia.

O começo do século XX foi marcado pelo surgimento do Código Civil de 1916 de Clóvis Beviláqua, da Faculdade de Recife, demonstrando a importância que sua Escola possuía à época (MOSSINI, 2010, p.92).

Em 1927, a República Velha aproximava-se de seu fim com o saldo de 14 cursos de Direito e 3.200 alunos matriculados (SIQUEIRA, 2000, p. 33). O ensino jurídico da época limitava-se ao processo de mera transmissão do conhecimento, fato que contribuiu para a reprodução da ideologia liberal na formação dos operadores do Direito, tendo em vista a estrutura metodológica deficiente e o direcionamento privatista das grades curriculares. Revelava-se, portanto, um isolamento do conhecimento jurídico que, aliado à metodologia de mera transmissão do conhecimento, gerou o termo “Fábrica de Bacharéis” em alusão ao modelo “Fordista” de produção industrial em série (MARTINEZ, 2003, p. 4).

1.3. AS REFORMULAÇÕES CURRICULARES DOS CURSOS DE DIREITO

Os cursos de direito no Brasil passaram por reformulações em seus currículos regulares ao longo do tempo, de forma que as reformas mais importantes têm como referências as construções de Bastos (2000). De acordo com o autor, o currículo do curso em 1828, definido pela Comissão de Constituição e Justiça do Brasil, sessão de 31/08/1826, sob a égide do Governo Imperial, trazia a previsão de que o curso seria distribuído da seguinte maneira:

Quadro 1 - Disciplinas curriculares do curso de Direito em 1828.

ANO DE CURSO:	DISCIPLINAS:
1º ano	Análise da Constituição do Império; Direito das gentes; e Diplomacia.
2º ano	Análise da Constituição do Império; Direito das gentes; Diplomacia; e Direito Público Eclesiástico.
3º ano	Direito Pátrio Civil I(Direito Romano); Direito Pátrio Criminal; e Teoria do processo Criminal.
4º ano	Direito Pátrio Civil II; Direito Mercantil; e Marítimo.
5º ano	Economia Política; e Teoria e Prática do Processo (Adotado pelas leis do Império).

Fonte: BASTOS (2000)

O currículo de 1911, definido pelo Decreto Lei 8.662 de 05 de abril de 1911, conhecido como reforma Rivadavia Corrêa, apresentava as seguintes disciplinas:

Quadro 2 - Disciplinas curriculares do curso de Direito a partir de 1911.

SÉRIE:	DISCIPLINAS:
1º série	Introdução Geral ao Estudo do Direito; e Direito Público e Constitucional.
2º série	Direito internacional Público e Privado; Diplomacia; Direito Administrativo; Economia Política; e Ciências das Finanças.
3º série	Direito Romano; Direito Criminal I; e Direito Civil I (Direito de Família).
4º série	Direito Criminal II; Direito Civil II (Direito Patrimonial e Direitos Reais); e Direito Comercial I.
5º série	Direito Civil III (Direito das Sucessões); Direito Comercial II; e Medicina Pública.
6º série	Teoria do Processo Civil e Comercial; Prática do Processo Civil e Comercial; e Teoria e prática do Processo Criminal.

Fonte: BASTOS (2000)

O Currículo de 1994 foi instituído pela Portaria nº 1886/94 do Ministério da Educação - MEC, em 30 de dezembro de 1994, e apresentou inovações consideráveis em relação aos demais, tanto no bojo das disciplinas, como na sua organização e estrutura. O currículo pautou-se pela divisão em duas grandes frentes: disciplinas fundamentais e disciplinas profissionalizantes, divididas da seguinte maneira:

Quadro 3 - Disciplinas curriculares do curso de Direito a partir da edição da Portaria MEC nº 1886/94

DISCIPLINAS FUNDAMENTAIS:	DISCIPLINAS PROFISSIONALIZANTES:
Introdução ao Direito; Filosofia Geral e Jurídica; Ética Geral e Profissional; Sociologia Jurídica; Economia; e Ciência Política com Teoria do Estado.	Direito Constitucional; Direito Civil; Direito Penal; Direito Comercial; Direito do Trabalho; Direito Internacional Público; Direito Internacional Privado; Direito Administrativo; Direito Tributário; Direito Processual Civil; e Direito Processual Penal.

Fonte: BASTOS (2000)

Além da propositura dessas disciplinas obrigatórias, havia a oferta de disciplinas eletivas, formuladas a partir da livre escolha de cada instituição, bem como a “Monografia Jurídica”, a ser realizada como trabalho de conclusão de curso e Prática jurídica, com total de 300 horas. Para a conclusão regular do curso era exigido a realização de Atividades Complementares (palestras, congressos, encontros, monitoria, iniciação Científica, etc.), abrangendo entre 5% e 10% da carga horária total do curso.

A partir da análise dos dados acima, é possível observar que os currículos apresentados a partir da década de 90 apresentaram uma proposta inovadora ao fomentar o diálogo de elementos fundamentais do Direito com as áreas do conhecimento filosófico e humanístico das ciências sociais e, sobretudo, no caso específico do currículo de 2018, com as novas tecnologias aplicáveis ao sistema jurídico brasileiro.

A matriz curricular atualmente vigente foi instituída pela Portaria MEC nº 1.351, de 14 de dezembro de 2018. Ademais, a Resolução nº 2, de 19 de abril de 2021, alterou o artigo 5º da Resolução CNE/CES nº 5/2018, instituindo as disciplinas Direito Financeiro e Direito Digital aos Cursos de Graduação em Direito.

O novo currículo buscou oferecer ao graduando a tríade compostas por elementos de formação geral, constituída de saberes de outras áreas do conhecimento, formação técnico-jurídica, que abrange, além do enfoque dogmático, o conhecimento e aplicação e, por fim, a formação prático-profissional, que objetiva a integração entre a prática e os conteúdos teóricos desenvolvidos nas demais perspectivas formativas, especialmente as relacionadas com a prática jurídica e o trabalho de conclusão de curso. Nesse contexto, o novo currículo foi organizado da seguinte maneira:

Quadro 4 - Disciplinas curriculares do curso de Direito a partir da edição da Portaria MEC nº 1351/2018 e da Resolução nº 2, de 19 de abril de 2021
(continua)

FORMAÇÃO GERAL	FORMAÇÃO TÉCNICO-JURÍDICA	PRÁTICO-PROFISSIONAL
História; Psicologia; e Sociologia.	Teoria do Direito; Direito Constitucional; Direito Administrativo; Direito Tributário; Direito Penal; Direito Civil; Direito Empresarial; Direito do Trabalho; Direito Internacional; Direito Processual; Direito Previdenciário; Direito Financeiro; Direito Digital; e	Integração prática entre conteúdos teóricos; Perspectivas formativas, especialmente as relacionadas com a prática jurídica; e Trabalho de conclusão de curso.

Quadro 5 - Disciplinas curriculares do curso de Direito a partir da edição da Portaria MEC nº 1351/2018 e da Resolução nº 2, de 19 de abril de 2021
(conclusão)

	Formas consensuais de Solução de Conflitos.	

Fonte: Resolução nº 2, de 19 de abril de 2021

Os cursos de graduação passaram a ter carga horária referencial de 3.700 horas (observada a Resolução CNE/CES Nº 2, de 18 de junho de 2007), sendo exigido também o máximo de 20% (vinte por cento) de sua carga horária destinada às atividades complementares e de prática jurídica.

De acordo com Mello e Martins (2018, p. 34), os currículos de 1994 e 2018, diante do processo histórico, foram aqueles que mais evidenciaram preocupações com a qualidade do ensino jurídico praticado no Brasil.

Stuckey et al. são taxativos: “a sala de aula típica na maioria das escolas de Direito hoje, seria familiar a qualquer jurista que frequentou o curso nos últimos cento e trinta anos”³ (2007,

³ Texto original: “Typical classroom instruction at most law schools today would be familiar to any lawyer who attended law school during the past hundred thirty years.”

p. 98, tradução nossa). A afirmação dos autores reflete, ao nosso ver, uma realidade fática, apesar das inúmeras tentativas de atualização do ensino do Direito ao longo dos anos.

A despeito das preocupações, os cursos de Direito ofertados pelas IESs não receberam renovações consideráveis nos métodos, conteúdos e currículos, e não têm acompanhado com a mesma velocidade as transformações sociais. Dessa forma, com o expressivo avanço das tecnologias, a profissão jurídica carece cada vez mais de transformações que demandam, naturalmente, uma atualização estrutural no currículo dos cursos de direito.

Novas habilidades, conhecimentos de temáticas pautadas nas novas relações jurídicas (resultado de uma sociedade tecnológica), somadas ao dinamismo social e a mudança de concepção na realização do trabalho por operadores do direito, evidenciam as novas características exigidas aos profissionais pelo mercado jurídico, bem como, em consequência direta, das Universidades, responsáveis pela formação dos futuros operadores do direito.

2. DIREITO E TECNOLOGIA: A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

Estudos sobre os desafios institucionais do ensino do Direito enquanto parte integrante de mudanças sociais, não são inéditos na literatura contemporânea, temas a respeito têm sido abordados a partir de prismas e horizontes distintos. Diante de um contexto internacional, Brian Tamanaha (2012) apresenta um desgaste gradual vivenciado pelas faculdades de Direito norte-americanas, de forma que, parte delas se encontra em uma verdadeira “crise” diante do modelo econômico educacional “falido”, praticado há décadas. Ghirardi (2016, p. 14) também assume a existência de uma crise, mas defende que ela é decorrente de um contexto extrínseco de transformações sociais que elevaram as subjetividades dos agentes educacionais (alunos, professores e gestores) no sentido de perfis cada vez mais individualistas e descompromissados. No que diz respeito ao ensino jurídico, Barton (2015, p. 152) chama o momento atual das escolas de Direito de “águas desconhecidas” e prevê uma necessária readequação sistêmica para que voltem a prosperar.

É notável a influência de diversos fatores externos, como condições econômicas, perfis individuais, cultura, dentre outros, atuando no sentido de pressionar instituições de ensino, seus gestores e professores a revisarem seus modelos e estruturas de educação jurídica. Destaca-se que a tecnologia também é uma força motriz de mudanças sociais e políticas, sendo difícil dissociá-la das demandas por adequações no processo do ensino do Direito.

Os relatórios apresentados pelo Centro de Ensino e Pesquisa em Inovação (CEPI) analisam quantitativamente e qualitativamente as nuances da adequação do ensino do Direito à

nova realidade e são exemplares que evidenciam a realidade do ensino de Direito no Brasil. De acordo com as pesquisas, as exigências feitas ao profissional do Direito na atualidade impactam diretamente o contexto de formação jurídica, devendo ser observadas de maneira ampla, de modo que o ensino do Direito necessariamente reconheça a tecnologia como parte das atividades jurídicas (CEPI, 2018, p. 7).

Em dezembro de 2018 foi aprovado o Parecer CNE/CES nº 635/2018, que introduziu as novas Diretrizes Curriculares Nacionais (DCNs) para o ensino do Direito no Brasil. O Ministério da Educação evidenciou a importância da inovação tecnológica no ensino do Direito ao regular a estruturação dos Cursos de Direito no País.

A partir da publicação das novas DCNs, os cursos de graduação deveriam obrigatoriamente conter elementos capazes de preparar discentes para o domínio de novas tecnologias relacionadas à aplicação do Direito (BRASIL, 2018, p. 13). Esse apontamento decorre de uma percepção bastante ampla das mudanças observadas no mercado. O Parecer reconheceu que o surgimento de ferramentas avançadas reduz a demanda por recursos humanos e alteraram significativamente a elaboração e entrega de serviços jurídicos. Tal cenário demanda dos profissionais novas competências e conhecimentos específicos (BRASIL, 2018, p. 14).

Com o objetivo de permitir a compreensão do impacto de novas tecnologias na profissão jurídica e desenvolver competências relacionadas aos domínios desses novos sistemas, as DCNs atualizadas indicam que disciplinas relacionadas às novas tecnologias da informação devem fazer parte dos eixos de formação geral oferecidos pelas instituições, ao lado de matérias como Antropologia, Economia, Filosofia, Sociologia, dentre outras (BRASIL, 2018, p. 19).

Paul Maharg (2015, p. 25) é taxativo ao considerar impensável a educação jurídica da atualidade fora de um contexto que envolve conhecimentos e habilidades tecnológicas. Para Maharg, a profundidade e amplitude das transformações observadas na tecnologia devem ser objetos obrigatórios na esfera do ensino do Direito:

A tecnologia digital não é mais uma opção para a educação jurídica, pois se mostra incorporada em repertórios existentes de atividades socioculturais em telecomunicações, casas, carros, viagens, finanças, direito, assistência médica e muito mais – se usada em tais ambientes de aprendizagem informais, por que não usá-la na educação formal? Como vimos, o que importa é como formamos nosso relacionamento com ela, com aqueles que a usam, com quem a possui e com quem a regula. (MAHARG, 2015, p. 25, tradução nossa).⁴

⁴ Texto original: “*Digital technology is no longer an option for us in legal education, for it is incorporated into our already existing repertoires of sociocultural activities in telecommunications, houses, cars, travel, finance, law, medical care, and much else – in use in such informal learning environments, why would we not use it to learn in formal education? As we have seen, what matters is how we form our relationship with it, with those who use it, with those who own it, and with those who regulate it.*”

Percebe-se que a atual realidade do Direito carece de novas situações sociais relacionadas à tecnologia; uma nova organização de mercado e demandas institucionais; um novo perfil de profissional jurídico com novas habilidades e novos conhecimentos.

A construção do modelo de competências e habilidades significa muito mais que a tentativa de uma superação de um modelo. Na verdade, ela representa a reinvenção do paradigma pedagógico a partir de uma contextualização do indivíduo não apenas na área específica que ele escolheu para se ocupar, mas, também, a partir do reposicionamento do indivíduo frente à sociedade (VIEIRA, 2015, p. 8).

Em suma, o ensino do Direito na atualidade carece de adequação. As Escolas de Direito, bem como seus gestores e professores, devem se adequar à realidade tecnológica na qual o bacharel exercerá sua profissão, não apenas considerando os conhecimentos que serão necessários nesse contexto, mas também habilidades, competências e exigências comportamentais relacionadas à dinâmica do mercado.

Nesse sentido, deve-se considerar que a interdisciplinaridade no ensino jurídico possibilita a existência de uma integração entre o Direito e outras áreas do saber científico e que ajudam o Direito a enfrentar a realidade social (MARTÍNEZ, 2000).

Pistone (2015, p. 589) destaca que as habilidades tecnológicas serão cada vez mais exigidas a juristas do Século XXI, e traça um paralelo com a utilização de recursos tecnológicos em escolas de Direito. Trata-se de utilizar tecnologia para que as novas habilidades exigidas aos profissionais da atualidade já sejam praticadas no próprio processo de aprendizado (MARANGA, 2010, p. 3).

Em relação ao uso de tecnologia na perspectiva da formação do profissional jurista do futuro, importa destacar que os recursos tecnológicos poderiam ser aproveitados para o ensino jurídico muito além do oferecimento de internet, projetor multimídia ou uso sistemas de gerenciamento de arquivos. Observa-se que apesar do uso de computadores e da internet ser algo comum entre alunos e instituições de Ensino Superior, atualmente já existem recursos bem mais desenvolvidos que certamente poderiam ser implantados na prática do ensino e aprendizagem do Direito (PISTONE, 2015, p. 592). Nota-se que, de um modo geral, o ensino jurídico ainda possui bases muito tradicionais.

Para Lasso, o estudante do século XXI aprende de forma completamente distinta, pois se desenvolveu durante toda sua vida em contextos em que a tecnologia já era realidade e, portanto, era utilizada de forma recorrente para uma série de atividades (LASSO, 2002, p. 22). Nesse sentido, a tecnologia pode ser usada para uma transmissão de informações de formas

mais dinâmicas, interativas e criativas, tornando mais fácil e eficiente o aprendizado pelo aluno desta geração. (LASSO, 2003, p. 23).

3. TECNOLOGIA NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

A utilização de meios tecnológicos na administração pública, especialmente no poder judiciário, já não é novidade. Ainda em 2016, o Conselho Nacional de Justiça- CNJ- lançou o Sistema de Mediação Digital para possibilitar a negociação a distância. No entanto, a partir de 2018 os Tribunais brasileiros passaram a adotar sistemas relacionados à inteligência artificial mais ativamente.

De forma pioneira, o projeto VICTOR (assim nomeado em homenagem ao ex-Ministro Victor Nunes Leal) foi desenvolvido para auxiliar no trabalho de identificação de quais Recursos Extraordinários estão vinculados a determinados temas de repercussão geral bem como agilizar a análise de processos que chegam ao STF, por meio da utilização de análise documental e processamento de linguagem natural. (SILVA, 2018) O referido sistema alcançou assertividade acima de 93% (noventa e três por cento) na classificação de peças processuais dentre uma massa disponibilizada para sua análise, e atualmente também executa outras atividades, como a conversão de imagens em textos no processo digital e a separação do começo e do fim de um documento (peça processual decisão, etc) em todo o acervo do STF.

Tal sistema é um exemplo claro da importância e do potencial do diálogo e das parcerias entre o Poder Judiciário e as instituições de ensino na criação de novas tecnologias, e aperfeiçoamento das já existentes, para o desenvolvimento de um sistema de justiça cada vez mais ágil e efetivo em sua missão.

Além do Projeto VICTOR, merecem ser citados outros projetos que utilizam a Inteligência Artificial no judiciário brasileiro, como o Projeto Elis, do TJPE; Projeto Sinapses, do TJRO; e o CORPUS 927, desenvolvido pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam (PACHECO, 2019.)

Um estudo coordenado pelo Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário da FGV apontou que boa parte dos projetos na área de inteligência artificial no judiciário brasileiro envolve a colaboração com instituições de ensino superior por meio do compartilhamento de conhecimentos, tecnologias e outros recursos. Dentre os exemplos destacam-se os Projetos Poti, Jerimum e Clara, frutos de um projeto de residência de alunos de

pós-graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN em convênio com o Tribunal de Justiça do estado (PACHECO, 2019).

Além das louváveis parcerias do sistema judiciário com instituições de ensino, o judiciário brasileiro atualmente já aplica grande quantidade de novas tecnologias e sistemas em suas atividades diárias, tanto em razão da crescente acessibilidade a tais meios tecnológicos, quanto em razão do ganho em tempo e eficiência na prestação dos serviços à sociedade. Um dos fatos mais significativos na modernização do judiciário foi a migração dos processos em papel para o formato eletrônico na plataforma PJe (Processo Judicial Eletrônico), instituído pela Resolução 185 do CNJ, em 2013. Segundo dados de junho de 2020, atualmente mais de 54 milhões de processos estão em tramitação no PJe (CNJ, 2000).

Além disso, os advogados brasileiros podem ser demandados para atuarem em diversos outros sistemas informatizados, como o PROJUDI (Processo Judicial Digital), o e-Saj (Sistema de Automação de Justiça), o e-Proc (Sistema de Transmissão Eletrônica de Atos Processuais), dentre muitos outros. Tamanha diversidade de sistemas e de novas tecnologias revela a necessidade da utilização de diferentes configurações tecnológicas e de aprendizado sobre as especificidades de cada plataforma, tornando evidente que as instituições de ensino devem buscar a atualização de seus currículos para garantir, ao menos, o mínimo conhecimento necessário na área de tecnologia aplicada ao Direito.

No que tange à aplicação direta no trabalho da advocacia, a inteligência artificial já vem sendo aplicada em assistentes robotizados para a captura de novas ações de clientes já cadastrados nas bases de dados, a realização de diligências, e também na elaboração automática de peças processuais a partir de modelos básicos preenchidos com os dados do caso concreto inseridos no sistema. Além disso, diversas ferramentas de jurimetria (análise estatística preditiva aplicada ao direito) permitem aos advogados estimarem a probabilidade de uma ação ser julgada procedente ou não baseada na análise automatizada da jurisprudência de determinado tribunal, garantindo mais eficiência no ajuizamento de demandas.

Em uma época de crescente globalização e modernização, a utilização da inteligência artificial, da Big Data, da internet das coisas (*IoT*), da *blockchain* e dos *smart contracts*, o cenário se mostra cada vez mais desafiador. O judiciário já tem inovado, e vem sendo estimulado a buscar o desenvolvimento de novas ferramentas tecnológicas, como os julgamentos virtuais, a arquitetura de computação em nuvem, e outros. Tal investimento em tecnologias deve ser acompanhado do investimento em capital humano, com a adequada qualificação dos operadores do direito em seus diferentes níveis de alcance.

Além da formação técnica nos diversos aspectos das tecnologias aplicadas ao direito e do fomento no desenvolvimento de novas ferramentas no âmbito das instituições de ensino, é necessária a reflexão, ainda na academia, acerca da efetiva aplicação desses novos modelos em benefício da sociedade, considerando os desafios que são trazidos à tona, como as questões de cunho ético, moral e jurídico na utilização dessas novas tecnologias.

4. PANORAMA ATUAL DOS CURRÍCULOS DO CURSO DE DIREITO NAS UNIVERSIDADES FEDERAIS

A presente pesquisa possui natureza aplicada e exploratória, com abordagem qualitativa e quantitativa. Foi utilizada a técnica de coleta de dados e análise documental, buscando produzir novos conhecimentos e novas formas de compreender os vários processos de formação do profissional do Direito, bem como conhecer a forma como estes têm sido desenvolvidos (SÁ-SILVA; ALMEIDA; GUINDANI, 2009, p. 14). Para tanto, foi empregado o modelo de tratamento dos dados Análise de conteúdo proposta por Bardin (2010).

Para atingir os objetivos pretendidos pelo presente trabalho, foram analisados os currículos dos cursos de direito de 27 (vinte e sete) universidades federais brasileiras, uma de cada capital de estado da federação, além do Distrito Federal⁵, a partir das informações contidas nos sites das IESs. Ainda, para fins de recorte metodológico, foram selecionadas para análise as últimas matrizes curriculares disponibilizadas nos sítios eletrônicos das universidades federais da grade noturna, quando disponível mais de uma estrutura curricular vigente.

A partir da seleção dos currículos para análise, buscou-se identificar a presença de disciplinas afins ao tema “Direito Digital”, com foco no estudo de novas tecnologias aplicadas ao estudo jurídico. Dessa forma, foram encontradas disciplinas diversas, tais quais “Direito Cibernético”, “Informática Jurídica”, “Direito e Tecnologia”, “Gestão de Negócios Digitais”, “Direito e Inovação”, “Judiciário do Futuro”, dentre outras.

No entanto, a partir de uma análise quantitativa, é possível verificar que, das 27 (vinte e sete) universidades federais analisadas no presente estudo, apenas 14 (catorze) apresentam em suas grades curriculares vigentes a opção de disciplinas relacionadas ao direito digital e/ou novas tecnologias aplicadas ao direito. Tal número representa apenas 51,85% das universidades

⁵ Em relação ao estado de São Paulo, analisou-se a matriz curricular da Universidade Federal de São Paulo-UNIFESP, campus Osasco, considerando que o campus na capital paulista não disponibiliza o curso de direito em sua grade.

federais analisadas. Ainda, apenas 2 (duas) universidades apresentam as disciplinas em sua grade obrigatória, de forma que as outras 12 (doze) disponibilizam as disciplinas de forma complementar ou optativa, conforme quadro abaixo:

Quadro 6 - Resultado da análise das matrizes curriculares federais quanto a presença de disciplinas afetas ao direito digital
(continua)

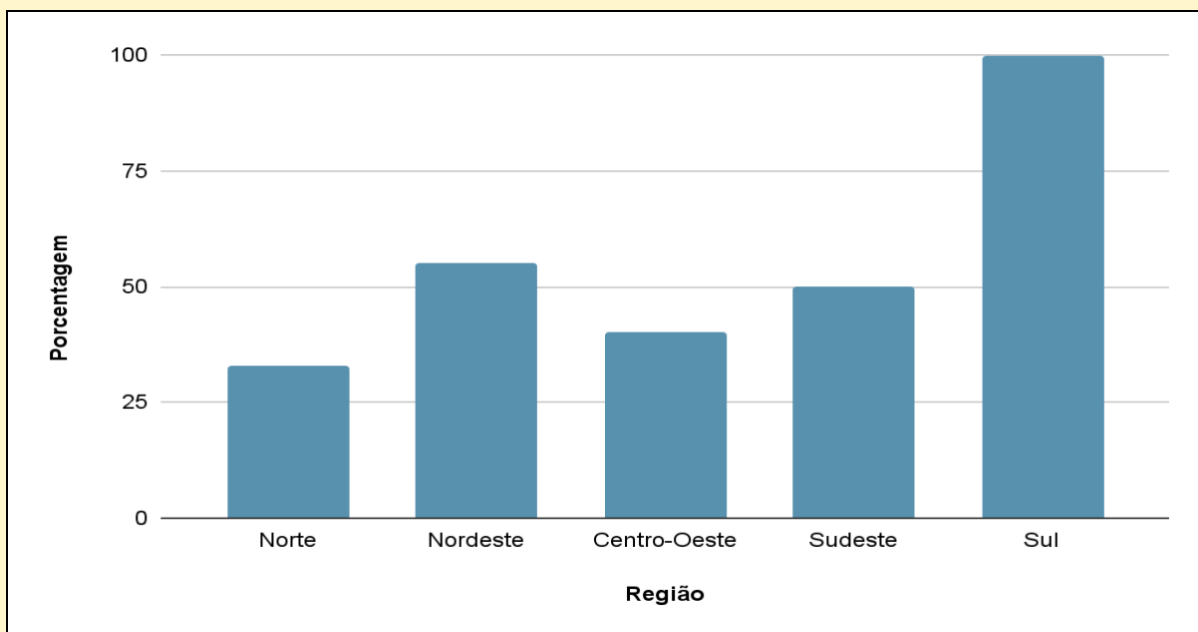
Região	Estado	Universidade	Matéria afim	Descrição da Matéria afim	Obrigatória ou Optativa
Norte	AC	UFAC	Sim	Temas emergentes em Direito	Optativa
	AP	UNIFAP	Sim	Temas emergentes em Direito	Optativa
				Direito da informática	Obrigatória
	AM	UFAM	Não	-	-
	PA	UFPA	Não	-	-
	RO	UNIR	Não	-	-
Nordeste	RR	UFRR	Não	-	-
	AL	AFAL	Não	-	-
	BA	UFBA	Não	-	-
	CE	UFC	Sim	Informática jurídica	Optativa
	MA	UFMA	Sim	Direito digital e crimes cibernéticos	Optativa
	PB	UFPB	Não	-	-
	PE	UFPE	Sim	Direito cibernético; Inovação, sociedade e Direito	Optativas
	PI	UFPI	Sim	Informática jurídica	Optativa
Centro-Oeste	RN	UFRN	Sim	Direito digital	Optativa
	SE	UFS	Não	-	-
	DF	UNB	Não	-	-
	GO	UFG	Não	-	-
	MT	UFMT	Não	-	-

Quadro 7 - Resultado da análise das matrizes curriculares federais quanto a presença de disciplinas afetas ao direito digital
(conclusão)

	MS	UFMS	Sim	Direito e tecnologia	Obrigatória
	TO	UFT	Sim	Direito e informática	Optativa
Sudeste	ES	UFES	Não	-	-
	MG	UFMG	Não	-	-
	RJ	UFRJ	Sim	Informática jurídica; Direito penal informático	Optativas
	SP	UNIFESP	Sim	Gestão de negócios digitais	Optativa
Sul	PR	UFPR	Sim	Tópicos especiais de filosofia do Direito: Direito, inteligência artificial informática	Optativa
	RS	UFRGS	Sim	Direito e inovação	Optativa
	SC	UFSC	Sim	Direito da informática; Judiciário do futuro	Optativas

Fonte: elaboração própria, 2021.

Gráfico 1- Relação percentual de universidades federais analisadas com disciplinas afins ao “Direito Digital” nos currículos atualmente vigentes, por região.



Fonte: elaboração própria, 2021.

A partir da análise dos dados apresentados, é possível verificar que as capitais dos estados do sul do país já apresentam disciplinas relacionadas ao direito digital em todas as universidades federais analisadas, enquanto que a região norte apresenta a menor porcentagem de universidades federais que já estão adequadas ao teor da Resolução CNE/CES n. 5/2018, alterada pela Resolução CNE/CES n. 2/2021, no que tange à exigência de conteúdos na área de Direito Digital.

Tais dados representam uma pequena amostra da defasagem na atualização das matrizes curriculares dos cursos de direito no Brasil, uma vez que as universidades públicas federais, em sua maioria, ainda não apresentam em sua grade curricular opções de disciplinas relacionadas ao macrotema “Direito Digital”. Ademais, apesar de evidente a necessidade de atualização das grades curriculares de formação dos novos juristas, as universidades que já apresentam as referidas disciplinas em sua grade curricular ainda as disponibilizam de forma optativa. Tal fato, por si só, já significa uma diluição do número de alunos que optam por cursá-las, considerando o vasto leque de disciplinas optativas oferecidas e a reduzida carga horária complementar necessária para cumprimento dos requisitos de conclusão do curso.

Dessa forma, entendemos adequada e necessária a supracitada atualização das Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito, conforme estabelecido pela Resolução CNE/CES n. 02/2021. No entanto, as novas diretrizes representam desafios às universidades brasileiras, tanto públicas quanto privadas, no sentido de garantirem uma formação técnico-jurídica adequada aos novos desafios do direito, abrangendo, além do

enfoque dogmático, a integração com as práticas relacionadas ao direito digital, que são aplicáveis, cada dia mais, às mudanças sociais, econômicas, culturais e políticas do Brasil.

CONCLUSÃO

A tecnologia vem se apresentando como um instrumento de suporte indispensável à justiça do futuro, de forma que é possível visualizar mudanças aceleradas no cenário profissional decorrente da inserção de novas tecnologias no dia a dia dos profissionais do direito. Tais inovações têm ocasionado alterações nas estruturas organizacionais dos espaços jurídicos, bem como na forma de elaboração de produtos e na prestação dos serviços jurídicos, criando, novas demandas educacionais às instituições de ensino brasileiras.

Dessa forma, os currículos das instituições de ensino devem se adaptar às novas demandas sociais e tecnológicas para capacitar profissionais do direito a atuarem em um mercado profissional cada vez mais plural e associado às novas tecnologias e às novas demandas sociais emergentes.

A Resolução CNE/CES nº 2/2021 acertadamente incluiu o ensino de Direito Digital como um dos conteúdos essenciais na formação técnico-jurídica dos alunos do curso de direito, em observância às significativas alterações sociais, econômicas, políticas e culturais do país. Ainda, a Resolução buscou fortalecer os esforços para o letramento digital, de forma que as tecnologias educacionais também permeiem a formação, inclusive presencial, dos discentes.

Nesse sentido, a partir da análise da composição curricular dos cursos de direito de 27 (vinte e sete) universidades públicas federais, é possível concluir pela necessidade da união de esforços multidisciplinares em pesquisa e planejamento por partes das Instituições de Ensino Superior- IES que oferecem o curso de Direito, para que haja uma adequação entre o ensino jurídico e as novas tecnologias, considerando, especialmente, que boa parte das IESs analisadas ainda não possuem qualquer disciplina relacionada ao direito digital como componente curricular. Assim, apesar de a Resolução CNE/CES nº 5/2018 ter estabelecido, ainda no ano de 2018, que o curso de graduação em direito deveria possibilitar a formação profissional que capacite o graduando a compreender o impacto das novas tecnologias na área jurídica, e que o forme para possuir o domínio de tecnologias e métodos para permanente compreensão e aplicação do Direito, grande parte das universidades públicas federais ainda não possuem disciplinas em seus currículos que possibilitem ao estudante a aquisição de tais conhecimentos e o desenvolvimento dessas mesmas habilidades.

Assim, para que as instituições de ensino superior proporcionem uma formação interdisciplinar e alinhada às demandas do futuro, devem-se promover debates junto à comunidade acadêmica, de forma que cada IES atualize sua matriz curricular, de acordo, também, com as demandas regionais relacionadas ao direito digital no futuro, equilibrando, assim, a aquisição de conhecimentos próprios das carreiras jurídicas com as diversas inovações tecnológicas do mundo atual.

REFERÊNCIAS

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. 4. ed. Lisboa: Edições 70, 2010.

BARTON, B. **Glass Half Full: The Decline and Rebirth of the Legal Profession**. New York: Oxford University Press, 2015.

BASTOS, A. W. **O Ensino Jurídico no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

BASTOS, Aurélio W. **O ensino jurídico no Brasil e as suas personalidades históricas: uma recuperação de seu passado para reconhecer seu futuro**. In: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Ensino Jurídico OAB - 170 anos de cursos jurídicos no Brasil. Brasília: OAB Conselho Federal, 1997. p. 35-55.

BRASIL. Conselho Nacional de Educação- CNE. **Parecer CNE/CES nº 635/2018**. Brasília, 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. **PJe indicadores**. Disponível em: <<https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=e7aa7858-2411-4677-8e69-5905c6fdee00&sheet=95c8b2bf-c7d4-4054-aca9-0c89d77eb329&lang=pt-BR&opt=currsel&select=clearall>>. Acesso em 06 de maio de 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. **Resolução nº 185, de 18 de dezembro de 2013**. Diário Judicial Eletrônico nº 241, de 18 de dezembro de 2013.

BRASIL. Ministério da Educação. **Resolução CNE/CES nº 2/2021**. Diário Oficial da União, Brasília, 23 de abril de 2021, Seção 1, p. 116.

BRASIL. Ministério da Educação. **Resolução CNE/CES nº 5/2018**. Diário Oficial da União, Brasília, 18 de dezembro de 2018, Seção 1, p. 122.

CEPI – CENTRO DE ENSINO E PESQUISA EM INOVAÇÃO – FGV DIREITO SP. **O Futuro das Profissões Jurídicas: Você Está Preparad@?** Sumário Executivo da Pesquisa Qualitativa “Tecnologia, Profissões e Ensino Jurídico”. São Paulo: FGV, 2018.

FEFERBAUM, Marina; SILVA, Alexandre Pacheco da. **Direito e mudanças tecnológicas: automação, inteligência artificial e os novos desafios do ensino jurídico**. In:

FREITAS, H. Judiciário brasileiro tem ao menos 72 projetos de inteligência artificial nos tribunais. Disponível em: <<https://www.jota.info/coberturas-especiais/ inova-e-acao/judiciario-brasileiro-tem-ao-menos-72-projetos-de-inteligencia-artificial-nos-tribunais-09072020>>. Acesso em 08 de maio de 2021.

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DO AMAPÁ - UNIFAP. Estrutura Curricular. Disponível em: <<https://www2.unifap.br/direito/files/2020/04/MATRIZ-CURRICULAR-155-CURSO-DE-DIREITO.pdf>>. Acesso em 08 de maio de 2021.

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA - UNIR. Currículo do Curso. Disponível em: <http://www.dcjpvh.unir.br/uploads/72816602/arquivos/Grade%20curricular/Curr_culo_do_Curso_2011_1506282582.pdf>. Acesso em 08 de maio de 2021.

GHIRARDI, J. G. **Ainda Precisamos da Sala de Aula? Inovação Tecnológica, Metodologias de Ensino e Desenho Institucional nas Faculdades de Direito**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2015.

LASSO, R. **From the Paper Chase to the Digital Chase: Technology and the Challenge of Teaching 21st Century Law Students**. *Santa Clara Law Review*, Vol. 43, n. 1, pp. 1-62, 2002. LINNA JR., Daniel W. **What we know and need to know about legal startups**. Digital Commons at Michigan State University College of Law. 2016. p. 390-391. Disponível em: <<https://dhriiti.com/wp-content/uploads/2017/11/What-We-Know-and-Need-to-Know-About-Legal-Startups.pdf>>. Acesso em: 08 de maio de 2021.

MAHARG, P. **Shared Space: Regulation, Technology and Legal Education in a Global Context**. *European Journal of Law and Technology*, Vol. 6, n. 1, pp. 1-31, 2015.

MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. **A evolução do ensino jurídico no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 969, 26 fev. 2006. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29074-29092-1-PB.pdf>>. Acesso em 14 de julho de 2020.

MARTÍNEZ, Sérgio Rodrigo. **Práxis Dialógica e Cooperação: Proposições de um novo paradigma para o Ensino Jurídico**. JUSsapiens – Juristas e Educadores Associados s.d. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1838>>. Acesso em 01 de maio de 2021.

MARANGA, K. M. **The Role and Impact of Technology in Legal Education**. 2010. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1520831>>. Acesso em 01 de maio de 2021.

MELLO, Cleyson de Moraes; MARTINS, Vanderlei. **O Ensino jurídico, Concepções Pedagógicas na Pós Modernidade, panorama estratégico, projeto pedagógico, metodologia científica, avaliação e taxonomia de Bloom, metodologias ativas**. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019.

MOSSINI, Daniela E. de S. **Ensino Jurídico: história, currículo e interdisciplinaridade**. Doutorado em Educação: Currículo PUC-SP, São Paulo, 2010 – 256 f. Tese (doutoramento) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

MURARO, Célia Cristina. **A formação do professor de Direito**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3861>. Acesso em 14 de junho. 2020.

PACHECO, Júlio César Barroso. **Possibilidades de utilização da Inteligência artificial no Poder Judiciário**. 2019. 46f. Monografia (Graduação em Direito) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2019.

PISTONE, M. **Law Schools and Technology: Where We Are and Where Are We Heading**. *Journal of Legal Education*, Washington, Vol. 66, n. 4, pp. 586-604, 2015.

SÁ-SILVA, Jackson Ronie; ALMEIDA, Cristóvão Domingos, GUINDANI, Joel Felipe. **Pesquisa documental: pistas teóricas e metodológicas**. *Rev. Bras. de História & Ciências Sociais*. n. I, p. 1-15, jul., 2009.

SILVA, Nilton; BRAZ, Fabrício; CAMPOS, Teófilo; et al. **Document type classification for Brazil's supreme court using a Convolutional Neural Network**. *Proceedings of The Tenth International Conference on Forensic Computer Science and Cyber Law*. Anais. p.7-11, 2018. HTCIA.

SIQUEIRA, Márcia Dalledone. **Faculdade de Direito, 1912-2000**. Curitiba: UFPR, 2000.

STUCKEY, R. et al. **Best Practices for Legal Education: A Vision and a Road Map**. Columbia: Clinical Legal Education Association, 2007.

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UnB. **Currículo da Habilitação 8486**. Disponível em: <<https://condoc.unb.br/matriculaweb/graduacao/curriculo.aspx?cod=8486>>. Acesso em 08 de maio de 2021.

TAMANAH, B. **Failing Law Schools**. Chicago: University of Chicago Press, 2012.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ACRE - UFAC. **Estrutura Curricular**. Disponível em: <<http://www2.ufac.br/direito/menu/estrutura-curricular>>. Acesso em 08 de maio de 2021.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO AMAZONAS - UFAM. **Currículo de Curso FD02**. Disponível em: <<https://ecampus.ufam.edu.br/ecampus/gradesCurriculares/report>>. Acesso em 08 de maio de 2021.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL. **Projeto Pedagógico Curso de Direito**. Disponível em: <<https://ufal.br/estudante/graduacao/projetos-pedagogicos/campus-maceio/ppc-curso-de-direito-2019-2.pdf/view>>. Acesso em 08 de maio de 2021.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA - UFBA. **Grade Curricular R00041**. Disponível em: <https://direito.ufba.br/sites/direito.ufba.br/files/grade_curricular_-_noturno.pdf>. Acesso em 08 de maio de 2021.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ - UFC. **Estrutura Curricular. Bacharelado em Direito**. Disponível em: <<https://fadir.ufc.br/pt/graduacao/estrutura-curricular/>>. Acesso em 08 de maio de 2021.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO- UFES. **Catálogo de Disciplinas.** Disponível em: <<https://direito.ufes.br/sites/direito.ufes.br/files/field/anexo/CAT%C3%81%C2%81LOGO%20GERAL%20DE%20DISCIPLINAS%202009.pdf>>. Acesso em 08 de maio e 2021.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS - UFG. **Matriz Curricular do Curso de Direito.** Disponível em: <https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/12/o/Matriz_Curricular_e_Eixos_Tem%C3%A1ticos_UFG.pdf>. Acesso em 08 de maio de 2021.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO - UFMA. **Detalhes da Estrutura Curricular** 30. Disponível em <https://sigaa.ufma.br/sigaa/public/curso/curriculo_curso.jsf?lc=pt_BR&lc=pt_BR&id=85810>. Acesso em 08 de maio de 2021.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MATO GROSSO - UFMT. **Matriz Curricular 19871.** Disponível em: <<http://sistemas.ufmt.br/matrizcurricular/#campus=1&curso=201&estrutura=19871%7C99999>>. Acesso em 08 de maio de 2021.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MATO GROSSO DO SUL - UFMS. **Projeto Pedagógico 2021. Anexo da Resolução nº 276, Cograd, de 4 de dezembro de 2020.** Disponível em: <https://fadir.ufms.br/files/2020/12/2020_Res_276__Aprova_PPC_-1.pdf>. Acesso em 08 de maio de 2021.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS - UFMG. **Estrutura Curricular.** Disponível em: <<https://ufmg.br/cursos/graduacao/2395/77520>>. Acesso em 08 de maio de 2021.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ - UFPA. **Estrutura Curricular.** Disponível em: <<https://sigaa.ufpa.br/sigaa/link/public/curso/curriculo/3868600>>. Acesso em 08 de maio de 2021.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA - UFPB. **Composição Curricular do Curso de Direito - UFPB Currículo 62/2011.** Disponível em: <<http://www.ccj.ufpb.br/ccj/contents/pdf/composicao-curricular-com-pre-requisito-62-2011.pdf>>. Acesso em 08 de maio de 2021.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ - UFPR. **Direito- Currículo Pleno. Resolução nº 60/09-CEPE.** Disponível em: <<http://www.direito.ufpr.br/portal/wp-content/uploads/2014/08/Curr%C3%ADculo-Direito-20101-1.pdf>>. Acesso em 08 de maio de 2021.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO- UFPE. **Relatório Perfil Curricular. Perfil: 0807-1.** Disponível em: <<https://www.ufpe.br/documents/39312/0/Perfil+807+-+2020/922ae31c-1536-4f3d-96c2-906c809819e0>>. Acesso em 08 de maio de 2021.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PIAUÍ - UFPI. **Detalhes da Estrutura Curricular 11, Criado em 2019.** Disponível em:

<https://sigaa.ufpi.br/sigaa/public/curso/curriculo.jsf?lc=pt_BR&id=74224>. Acesso em 08 de maio de 2021.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO - UFRJ. **Distribuição Curricular.** Disponível em: <<https://sigaa.ufrj.br/sira/temas/zire/frameConsultas.jsp?mainPage=/repositorio-curriculo/9F2250E6-92A4-F79C-26F7-1E7427330D4D.html>>. Acesso em 08 de maio de 2021.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE - UFRN. **Detalhes da Estrutura Curricular 04A, Noturno, Criado em 2010.** Disponível em: <https://sigaa.ufrn.br/sigaa/public/curso/curriculo.jsf?lc=pt_BR&id=2000018>. Acesso em 08 de maio de 2021.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL - UFRGS. **Currículo Ciências Jurídicas e Sociais- Noturno.** Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ufrgs/ensino/graduacao/cursos/exibeCurso?cod_curso=310>. Acesso em 08 de maio de 2021.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE RORAIMA - UFRR. **Matriz Curricular.** Disponível em: <http://ufrr.br/direito/index.php?option=com_content&view=article&id=75&Itemid=308>. Acesso em 08 de maio de 2021.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC. **Currículo do Curso 20101.** Disponível em: <<https://arquivos.ufsc.br/f/4ee4d24d285d49dc9489/>>. Acesso em 08 de maio de 2021.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO PAULO- UNIFESP. **Matriz de Unidades Curriculares. Direito - Integral - Osasco.** Disponível em: <<https://www.unifesp.br/reitoria/prograd/consulta-matriz>>. Acesso em 08 de maio de 2021.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE - UFS. **Detalhe da Estrutura Curricular 10, Noturno, Criado em 2019.** Disponível em: <https://www.sigaa.ufs.br/sigaa/public/curso/curriculo.jsf?lc=pt_BR&id=320226>. Acesso em 08 de maio de 2021.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO TOCANTINS - UFTO. **Matriz Curricular.** Disponível em: <<http://download.uft.edu.br/?d=1f220ed4-1ee9-48a4-8e77-0836cec1877e;1.0:Matriz%20Curricular%20-%20Direito.pdf>>. Acesso em 08 de maio de 2021.

VIEIRA, Hector L. C. **O Ensino jurídico em busca de um novo paradigma estruturante: a construção de competências e habilidades na educação superior em direito e o hiato entre a Resolução n. 9 e o Projeto Tuning.** In: Larissa Tenfen Silva; Julia Maurmann Ximenes. (Org.). Ensinar direito o Direito. 1ed.São Paulo: Saraiva, 2015, v. 1, p. 42-69.

O ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO AS OMISSÕES LEGISLATIVAS E SUAS REPERCUSSÕES JURÍDICAS DECORRENTES DO JULGAMENTO DA ADO Nº 26

THE JUDICIAL ACTIVISM OF THE SUPREME FEDERAL TRIBUNAL REGARDING LEGISLATIVE OMISSIONS AND THEIR LEGAL IMPACTS ARISING FROM THE JUDGMENT OF ADO Nº 26

Arley Luna Nogueira¹

Kyev Moura Maia²

Camila Vila Moésia³

Resumo: O presente trabalho propõe-se a debater os aspectos da atuação proativa do Supremo Tribunal Federal no combate as omissões inconstitucionais e as repercussões jurídicas na ordem constitucional. No entanto, se buscará evidenciar a ineficácia do referido dispositivo adequado para combater omissões inconstitucionais, qual seja, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Têm-se como objetivo geral discutir os aspectos da atuação do STF em sede de Controle de Constitucionalidade repressivo, no tocante a ADO, tomando como parâmetro a criminalização da homofobia na ADO nº 26. De forma mais específica, se buscará abordar os aspectos legais da ADO; entender os posicionamentos já adotados pelo STF para combater omissões inconstitucionais; e compreender as possíveis repercussões fáticas e jurídicas do posicionamento adotado pelo STF na sistemática da ADO, apontando para uma possível crise democrática decorrente do desrespeito ao princípio da separação dos poderes. Quanto a sua metodologia de estudo foi utilizada o método dedutivo e qualitativo, realizado através de leitura e fichamento de textos em livros, periódicos, artigos e leis, no intuito de apresentar uma literatura concordante com a temática em questão. Dessa feita, percebeu-se a importância em demonstrar a ineficácia da ADO, em contrapartida com a atuação proativa do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Omissão Inconstitucional. Ativismo judicial. STF.

Abstract: This paper aims to discuss aspects of the Supreme Court's proactive performance in combating unconstitutional omissions and legal repercussions in the constitutional order. However, it will seek to highlight the ineffectiveness of the aforementioned adequate device to combat unconstitutional omissions, namely, Direct Action of Unconstitutionality by Default. The general objective is to discuss aspects of the Supreme Federal Tribunal performance in terms of repressive Constitutionality Control, with regard to ADO, taking as a parameter the criminalization of homophobia in ADO nº 26. More specifically, it will seek to address the legal aspects of ADO; understand the positions already adopted by the Supreme Federal Tribunal to combat unconstitutional omissions; and understand the possible factual and legal repercussions

¹ Advogado. Especialista em Direito Tributário e Processo Tributário pela URCA. Especialista em Direito Público pelo IED. Email: arleyluna@gmail.com

² Advogado. Professor Substituto da UFCG. Mestre em Ciência Política, pela Universidade Federal de Campina Grande – UFCG. Email: kyev.maia@gmail.com

³ Advogada. Pós-graduada em Gestão Tributária pela Faculdade Leão Sampaio. Pós-graduada em Direito Processual Civil pelo IESP. Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões pela Faculdade Legale. Email: camila_moesia@hotmail.com.

of the position adopted by the Supreme Federal Tribunal in the ADO system, pointing to a possible democratic crisis resulting from the disrespect for the principle of separation of powers. As for its study methodology, the deductive and qualitative method was used, carried out by reading and writing texts in books, periodicals, articles and laws, in order to present a literature in accordance with the subject in question. This time, the importance of demonstrating the ineffectiveness of ADO was perceived, in contrast to the proactive action of the Judiciary.

Keywords: Unconstitutional Omission. Judicial Activism. Supreme Federal Tribunal.

INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito encontra segurança jurídica com base na supremacia de sua Constituição, esta, por sua vez, assegura o respeito a ordem jurídica e a efetivação dos valores sociais.

Todavia, a Constituição necessita de mecanismos que possam garantir a sua supremacia, seja formal ou material, de forma a assegurar sua superioridade e força normativa e afastar qualquer antinomia que possa infringir seus preceitos, conforme preceitua Dirley da Cunha Junior (2019, p. 102).

O controle de constitucionalidade encontra-se presente na maioria das constituições democráticas, com o intuito de monitorar os dispositivos que possam de alguma forma contrariar a respectiva Constituição do país. A Constituição de 1891 foi a primeira a estabelecer no ordenamento jurídico brasileiro a previsão do controle de constitucionalidade, sob a influência do direito norte-americano.

No Brasil, o controle de constitucionalidade consiste na combinação de sistemas de controle estrangeiros, quais sejam, americano e austríaco. O primeiro foi o precursor do controle difuso de constitucionalidade no Brasil, tendo como base o famoso caso de “Marbury versus Madison”, surgindo na Constituição de 1891 e sendo recepcionado nas constituições seguintes. O segundo, sob a influência de Hans Kelsen, criou o controle concentrado de constitucionalidade, sendo implementado no ordenamento brasileiro por meio da Emenda constitucional nº 16/65. (BARROSO, 2012, p. 70)

Assim, influenciado pelos sistemas anteriormente citados e em decorrência da evolução do direito constitucional, o Brasil, a partir da Constituição de 1988, adotou um sistema de controle preventivo e repressivo. Este atuará após a lei existir com o objetivo de parar a ofensa constitucional, aquele, por sua vez, ocorrerá durante o processo legislativo, no intuito de evitar a ofensa à constituição. (NOVELINO, 2021, p. 199).

O controle repressivo pode ser exercido de forma atípica pelo Poder de Executivo e Legislativo, mas tipicamente é exercido pelos órgãos judiciais, no intuito de averiguarem a compatibilidade das leis e atos normativos com a Constituição Federal.

No tocante as hipóteses de inconstitucionalidades previstas no texto constitucional, têm-se a omissão inconstitucional. Esta, por sua vez, surge com a inércia do Poder Legislativo ou Executivo ensejando uma lacuna na lei. Nesse sentido, a omissão pode ser combatida por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) apresentada ao Supremo Tribunal Federal (CUNHA JUNIOR, 2019, p. 352).

A Lei nº 9868/99, que regulamenta o procedimento da ADO, estabelece que ao ser reconhecida a inconstitucionalidade por omissão pelo STF, deve ser dada ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias. Ou seja, a referida lei, tampouco a Constituição Federal, não estabelece uma medida efetiva para sanar tal omissão, apenas dispondo que o órgão inerte deve ser avisado da omissão inconstitucional. Em decorrência disso, tal dispositivo tem sofrido duras críticas no decorrer dos anos, uma vez que sua eficácia para suprir omissões no texto normativo é quase nula.

Em decorrência disso, o STF tem adotado posições diferentes nos últimos anos, objetivando conceder mais eficácia a ADO. Um exemplo disso é a ADO nº 26, julgada no ano de 2019, que criminalizou a homofobia e transfobia, equiparando ao crime de racismo.

Nessa oportunidade, o pleno do STF decidiu por cientificar o Congresso Nacional da omissão inconstitucional, conforme previsto na Lei nº 9.868/99 e utilizou a técnica “interpretação conforme à Constituição” para enquadrar a homofobia e a transfobia, e qualquer meio de sua manifestação, na Lei nº 7.716/89, que define os crimes resultantes de preconceito de raça e cor. O entendimento do STF foi de que a prática de homofobia se qualifica como espécie do gênero racismo e que deveria perdurar até que o Congresso Nacional editasse lei específica sobre o tema.

No entanto, apesar da comunidade LGBTQIA+⁴ ter comemorado tamanha vitória, o entendimento do STF fora considerado perigoso por grande parte dos juristas e doutrinadores. Argumentou-se que o STF teria legislado e criado tipo penal, desrespeitando princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro, como por exemplo o princípio da separação dos poderes e o da reserva legal.

O que tem sido arguido por parte da doutrina é que a ADO possui pouca efetividade, uma vez que apenas cientificar o órgão omissor não cria qualquer obrigatoriedade deste em

⁴ LGBTQIA+ (Lesbians, Gays, Bisexuals, Transgender, Queer/Questioning, Intersex, Asexual/Ally, and more). Disponível em <<https://lgbtqia.ucdavis.edu/educated/glossary>> Acesso em: 04 maio 2021.

suprir a lacuna legal. No entanto, para dar a efetividade necessária a ADO, o STF abriu o precedente perigoso, uma vez que estabeleceu um tipo penal, que de acordo com o princípio da reserva legal, só pode ser criado mediante lei em sentido estrito.

O Poder Legislativo é o único que possui competência típica para legislar e criar novas normas, bem como emendas à constituição, tendo o STF competência para legislar de forma atípica, ou seja, apenas no âmbito do Poder Judiciário.

Portanto, apesar de todo o clamor social que envolveu a ausência de lei específica para estabelecer uma proteção legal a comunidade LGBTQIA+, o Supremo Tribunal Federal, ultrapassou suas fronteiras de competência, estabelecendo como crime de racismo a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero.

Portanto, no decorrer dos anos, o STF tem adotando posições diferentes em sede de ADO, seja abstrata ou concretista, em relação à análise das omissões inconstitucionais, o que tem acarretado certas polêmicas. Dessa feita, o presente debate buscará enfrentar a seguinte indagação: em observância ao princípio da separação dos poderes e o dever de salvaguardar as normas constitucionais, até que ponto o STF deve atuar para garantir direitos fundamentais respeitando os preceitos anteriormente citados, sem invadir a esfera legislativa, quando este encontrar-se omissos diante do seu dever constitucional de legislar?

Têm-se como objetivo geral discutir os aspectos da atuação do STF em sede de Controle de Constitucionalidade repressivo, no tocante a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO, tomando como parâmetro a criminalização da homofobia na ADO nº 26.

Quanto aos objetivos específicos, se buscará abordar os aspectos legais da ADO, como conceito, procedimento e efeitos da decisão; entender os posicionamentos já adotados pelo STF para combater omissões inconstitucionais; relacionar a atuação, ou não atuação, do Poder Legislativo com a proatividade do Poder Judiciário; compreender as possíveis repercussões fáticas e jurídicas do posicionamento adotado pelo STF na sistemática da ADO, apontando para uma possível crise democrática decorrente do desrespeito ao princípio da separação dos poderes.

Utilizou-se o método dedutivo, uma vez que partirá de uma premissa geral em direção a outra, particular ou singular. Dessa maneira, como premissa maior, se analisará a atuação do STF quanto ao controle de constitucionalidade em face das omissões inconstitucionais, relacionando a atuação proativa do Poder Judiciário e a letargia do Legislativo. Nessa perspectiva, como premissa menor, se discutirá o julgamento da ADO nº 26 e as consequências jurídicas decorrentes do ativismo judicial do STF.

O procedimento da ADO previsto na Lei nº 9868/99 se mostra ineficaz para se atingir o seu propósito fundamental, qual seja, extirpar qualquer lacuna legal decorrente da omissão dos entes competentes, como o Poder Legislativo e Executivo. No entanto, é de fundamental relevância compreender e estabelecer diretrizes para que o Poder Judiciário não interfira ilimitadamente em outras esferas, respeitando, assim, os princípios da legalidade, reserva legal e a separação dos poderes, como forma de se evitar um ativismo judicial descontrolado.

No intuito de se viabilizar o presente estudo, foram analisadas as ações diretas de inconstitucionalidade por omissão já discutidas no Supremo Tribunal Federal. O site do STF disponibiliza acesso às ADO's que estejam em tramitação, bem como aquelas já julgadas. De acordo com a ferramenta de busca disponibilizada pelo STF, foram encontradas cinquenta e sete ADO's, cuja data de atualização é de 26 de fevereiro de 2021. Na referida pesquisa, encontram-se decisões em recurso interno, decisões finais, interlocutórias, bem como às que ainda aguardam julgamento. Dentre as ADO's que tiveram decisão final, duas foram julgadas procedentes, 25 e 26, e uma foi julgada parcialmente procedente, 24.

Diante disso, a presente pesquisa buscará analisar o teor do julgamento do STF na ADO nº 26, que incluiu a homofobia e a transfobia no tipo penal de racismo, reconhecendo a mora inconstitucional do órgão responsável, qual seja, o Congresso Nacional.

Destarte, designou-se a pesquisar por meio de revisão bibliográfica e documental em meio a leitura de fichamentos de textos, periódicos, artigos científicos, doutrinas, materiais disponíveis na internet e leis, no intuito de compreender a atual sistemática da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, sua aplicação em casos concretos e suas repercussões no ordenamento jurídico. Ainda, foram utilizadas como fontes a Constituição Federativa do Brasil de 1988, o Código Penal de 1940, a Lei 13.300/2016, a Lei nº 9.868/99, o Projeto de Lei 7582/14, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão nº 26 e 25.

2. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE ADO

2.1 Considerações preliminares

A Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica (ADI) adveio primariamente no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Emenda Constitucional (EC) nº 16/65, com a vigência da Constituição de 1946. Esta, por sua vez, tem o condão de combater afrontas ao texto constitucional.

Segundo Cunha Junior (2019, p. 315), a ADI genérica tem como propósito declarar a inconstitucionalidade e suprimir a norma frontalmente lesiva ao texto constitucional. Não obstante, a inconstitucionalidade também pode surgir de uma omissão em face a um dever constitucional, sendo, assim, a hipótese de cabimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO). Em razão da Constituição Federal de 1988 possuir caráter garantista, a inconstitucionalidade por omissão surge como meio de sanção ao Estado pela não-atuação.

Nesse diapasão, a ADO surgiu no ordenamento jurídico brasileiro apenas por intermédio da Constituição Federal de 1988, mais precisamente no art. 103, § 2º sob influência da Constituição Portuguesa de 1976, no intuito de combater a inatividade do Poder Público.

Na tentativa de aumentar a força normativa da Constituição, o legislador constituinte criou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, inerente ao controle concentrado, e o mandado de injunção, inerente ao controle difuso. Esses institutos, que representaram uma grande inovação na tutela constitucional brasileira, foram inspirados na ação de inconstitucionalidade por omissão do direito português e no mandado de injunção do direito iugoslavo,⁶⁶ criados respectivamente pela Constituição de 1976 e pela Constituição de 1979. (AGRA, 2018, p. 691)

Assim como ocorre com a ADI, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2016, p. 467) definem que a ADO possui processo objetivo, decorrente do controle concentrado abstrato de constitucionalidade, não visando à proteção de situações individuais, mas a ordem jurídica em face a condutas incompatíveis.

Luís Roberto Barroso (2012, p. 452) ainda entende que a ADO consiste em um instrumento de controle concentrado-principal acerca das omissões do Poder Público, destinando-se a suprir a inércia inconstitucional dos órgãos políticos ou administrativos.

Dessa feita, a omissão legislativa ou administrativa que enseja um estado de inconstitucionalidade, detectada pela ADO, não será combatida por meio de uma declaração de inconstitucionalidade, mas sim, de modo a cientificar o agente omissor da obrigatoriedade de preencher tal lacuna.

A omissão inconstitucional constitui uma inobservância ao dever constitucional de legislar, ou seja, quando o Poder Público deveria agir e não o fez. Dessa maneira, tal violação à Constituição gera um estado de insegurança jurídica, denominado de inconstitucionalidade por omissão (MENDES; BRANCO, 2016, p. 572)

O art. 103, § 2º da CRFB dispõe que ao ser verificada a omissão inconstitucional por meio da ADO, deve então ser dada ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias. Em caso de omissão inconstitucional por parte de órgão administrativo, este deverá tomar as medidas necessárias no prazo de 30 dias.

No tocante a sua regulamentação, a ADO tem o seu procedimento regulamentado na Lei 9868/99, mais especificamente no art. 12-A e seguintes, conforme será especificamente abordado no tópico seguinte do presente estudo.

2.2 Aspectos gerais do procedimento da ado consoante a lei 9868/99

De acordo com a Lei 9868/99, os legitimados para proporem a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão são os mesmos que possuem legitimidade em relação a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Direta de Constitucionalidade (ADC), previstos na CFRB. Nesse sentido, poderão propor tais ações de controle de constitucionalidade: o Presidente da República; a mesa do Senado Federal; a mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; o Partido Político com representação no Congresso Nacional; e a Confederação Sindical ou Entidade de Classe de âmbito nacional.

O art. 12-B da Lei 9868/99 determina que a petição inicial de ADO deve indicar qual a natureza da omissão inconstitucional, se advém do dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa. Deverá ainda indicar o ato questionado, o pedido e suas especificações, sendo acompanhada dos documentos considerados necessários para comprovação e do instrumento de procuração, em caso de ser proposta por Partido Político com representação no Congresso Nacional ou por Confederação Sindical ou Entidade de Classe de âmbito nacional, uma vez que ensejam a atuação de advogado.

Nesse sentido, para que seja declarada a inconstitucionalidade por omissão deve ser tomada como parâmetro as normas constitucionais que não sejam autoaplicáveis, ou seja, as normas de eficácia limitada. Segundo Marcelo Novelino (2019), as normas de eficácia limitada possuem aplicabilidade mediata, indireta e reduzida, dependendo, portanto, de uma normatividade futura, em que o legislador deve integrar e dar eficácia a referida norma mediante lei.

Em vista disso, Walber Moura de Agra (2018, p. 692) determina:

A ação de inconstitucionalidade por omissão serve para dar concretude a mandamentos constitucionais que estejam destituídos de eficácia por falta de normas que as complementem. Ela incide principalmente nas denominadas normas de eficácia limitada, que apenas possuem eficácia mediata quando são regulamentadas, caso típico das normas programáticas. Deve ser ressaltado que toda norma tem eficácia imediata, ou seja, nenhuma norma infraconstitucional pode contraditar seu conteúdo; por exemplo, se uma norma determinar que a taxa máxima de juros deve ser de 12% ao ano, e necessitar para sua eficácia de regulamentação; mesmo sem sua

complementação não pode lei ordinária estabelecer que a taxa de juros é de 20%. As normas de eficácia limitada têm eficácia mediata quando forem regulamentadas, obedecendo ao caráter sistemático da Constituição.

A competência para processar e julgar originariamente a ADO será do Supremo Tribunal Federal (STF), independentemente de a inconstitucionalidade ter decorrido de uma omissão dos Municípios, Estados ou União. No entanto, os Tribunais de Justiça de cada ente federativo terão competência para processar e julgar originariamente a ADO em decorrência de omissão sobre norma da Constituição Estadual.

Quanto a competência, entende-se que compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade proposta em face de omissão de medida para tornar efetiva norma da Constituição Federal, pouco importando que essa medida seja de incumbência dos Municípios, dos Estados ou da União. Essa posição se coaduna com o ideal que inspirou o constituinte de tornar o Supremo Tribunal Federal o órgão guardião da Constituição Federal. (CUNHA JÚNIOR, 2019, p. 351).

Uma vez proposta a ADO, aquele que a propôs não poderá desistir, uma vez que não estará pleiteando direito próprio ou discutindo direito subjetivo. Conforme dito outrora, a ADO constitui um processo objetivo de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, de forma que o debate acerca da inconstitucionalidade consiste no próprio objeto da ação.

No tocante aos efeitos da decisão de mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), o tribunal competente poderá ter diferentes condutas, a depender do órgão responsável pela omissão.

Em caso de omissão proveniente de órgão administrativo, poderá ser concedido o prazo de 30 dias para que sejam tomadas as providências necessárias quanto a omissão em questão, ou prazo maior se necessário. Em se tratando de omissão inconstitucional oriunda do Poder Legislativo, a Lei nº 9.869/99 apenas prevê a necessidade de cientificar o Poder Legislativo acerca da existência de omissão, não prevendo prazo específico. Todavia, em algumas situações, o Superior Tribunal de Justiça já recomendou prazos para que o Poder Legislativo revertere a omissão constitucional.

Nesse diapasão, no decorrer dos anos, o STF tem adotado posições diferentes em sede de ADO, abstrata e concretista, quanto à análise das omissões inconstitucionais. Assim, o debate em questão terá como uma de suas premissas a análise da teoria concretista e a abstrata, bem como suas repercussões jurídicas.

Importa destacar a princípio que de acordo com a Lei nº 9868/99, art. 12-H, ao se constatar uma inconstitucionalidade por omissão, o STF deve em sua decisão declarar a

inconstitucionalidade por omissão e dar ciência ao poder competente, para que adote as providências necessárias e, em caso de tal omissão originar de órgão administrativo, poderá o STF suprir a omissão em prazo de trinta dias. Ou seja, é perceptível a ineficiência da ADO em face de omissão por parte do Congresso Nacional, órgão responsável por legislar.

No entanto, parte da doutrina vem ao longo dos anos contestando tal dispositivo constitucional, uma vez que “é evidente que esta decisão não é adequada do ponto de vista da efetividade do processo e da tutela da ordem constitucional, já que outorga a quem tem o dever de legislar a possibilidade de se omitir” (SARLET, 2012, p. 1116).

Caso se constate alguma omissão legislativa e seja declarada sua inconstitucionalidade pelo STF, pode ser que o Poder Legislativo demore ou talvez nunca tome as providências necessárias, já que não existe qualquer ferramenta de coerção.

A partir disso, o STF vem adotando novos entendimentos para garantir maior eficácia aos efeitos da decisão da ADO, por meio da teoria concretista, que pode ser geral ou intermediária.

A teoria abstrata é a que foi inicialmente consagrada pelo legislador, mais precisamente no procedimento da ADO estabelecido na Lei 9868/99. Assim, a teoria em questão dispõe que o STF deverá apenas cientificar o órgão omissor para que proceda com as providências necessárias.

Em relação a teoria concretista geral pressupõe que ao ser constatada a omissão inconstitucional, o STF deve notificar o órgão omissor e na mesma sentença dispor acerca da lacuna existente, até que sobrevenha lei específica.

“... a mera ciência do Poder Legislativo pode ser ineficaz, já que ele não está obrigado a legislar. Nos termos estabelecidos, o princípio da discricionariedade do legislador continua intacto, e está bem que assim seja. Mas isso não impediria que a sentença que reconhecesse a omissão inconstitucional já pudesse dispor normativamente sobre a matéria até que a omissão legislativa fosse suprida. Com isso, conciliar-se-iam o princípio político da autonomia do legislador e a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais”. (SILVA, 2013, p. 50-51).

Ademais, quanto a teoria concretista intermediária, além da ciência da declaração de inconstitucionalidade ao órgão omissor, será necessário estabelecer prazo razoável para serem adotadas as medidas necessárias. Mas não só isso, se expirado o prazo e a omissão inconstitucional persistir, então o STF deverá dispor sobre a matéria não regulamentada. (CUNHA JUNIOR, 2019, p. 365).

Pode-se perceber que a diferença essencial entre as teorias reside no momento em que o Poder Judiciário atuará para dispor sobre a matéria não-regulamentada.

3. A RELAÇÃO ENTRE A ADO E O MANDADO DE INJUNÇÃO

O Mandado de Injunção (MI) possui natureza semelhante com a ADO, mas efeitos distintos. Possui previsão no art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal de 1988 e seu procedimento está regulamentado na Lei 13.300/2016.

O referido instituto tem como objeto tornar viável o exercício de um direito fundamental, mas cujo desfrute encontra-se prejudicado pela omissão do Poder Público em garantir a regulamentação necessária. Em decorrência disso, o MI analisará o caso concreto, de modo a produzir efeitos apenas entre às partes integrantes. Portanto, não buscará que o Poder Público supra tal omissão, mas sim fará com que o direito seja imediatamente exercido (CUNHA JUNIOR, 2019, p. 775).

Em relação aos efeitos da decisão de mérito do MI, estabelece o art. 8 da Lei nº 13.300/2016 que uma vez constatada a mora legislativa, poderá ocorrer as seguintes situações: será determinado prazo razoável para que órgão responsável promova a edição; e se estabelecerá as condições em que se dará o exercício dos direitos, liberdades ou das prerrogativas reclamados, ou, se for o caso, as condições em que o interessado poderá ingressar com ação própria para exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo especificado.

Pode-se perceber que o MI adota a teoria concretista intermediária, uma vez que defere prazo para que a omissão seja sanada, em contrapartida, estabelece as condições para que o impetrante possa exercer o direito pleiteado ou para que possa ingressar com ação.

No julgamento do MI 283, com base no art. 195, § 7º da Constituição Federal de 1988, garantiu isenção de contribuição para a seguridade social às entidades beneficentes de assistência social que atendessem às exigências legais. Na referida situação, o STF declarou a omissão do Poder Legislativo, estabelecendo prazo de seis meses para que adotassem as providências necessárias. Caso não fosse tomada qualquer medida no prazo anteriormente especificado, passaria o impetrante a gozar da imunidade pleiteada.

Não obstante, o MI 670, 708 e 712 foram impetrados por sindicatos de servidores públicos para reivindicar a viabilização do direito de greve, previsto no art. 37, VII, da Constituição Federal 1988. As ações foram decididas de forma conjunta, em que o STF conferiu a possibilidade do exercício do direito de greve de acordo com a Lei Geral de Greve (Lei nº 7.783/89), até que o Congresso Nacional estabelecesse lei específica acerca do tema.

Diante disso, é notório que o STF tem modificado nos últimos anos o seu entendimento sobre as omissões legislativas, no intuito de garantir maior eficácia ao respectivo *writ*, abandonando uma posição não concretista (teoria abstrata) e adotando a teoria concretista.

Todavia, tal mudança decorreu com o advento da Lei nº 13.300/2016, quando o Mandado de Injunção passou a ter regulamentação própria e permitindo uma atuação mais proativa do Poder Judiciário.

Em relação à ADO, regulamentada na Lei nº 9868/99, não há a previsão específica de que é possível estabelecer em seu procedimento uma atuação concretista. Contudo, o procedimento da ADO tem se mostrado ineficaz, corroborando para que o órgão omissão permaneça em estado de mora.

Acerca disso, em pesquisa realizada por meio do site do STF, foram encontradas cinquenta e sete ADO's, em que tiveram as seguintes decisões:

Tabela 1 – Número de Decisões em ADO

SubGrupo Decisão	Qtd.	%
Decisão em recurso interno	13	15,29%
Decisão Final	38	44,71%
Decisão Interlocutória	19	22,35%
Decisão Liminar	15	17,65%
Soma:	85	100,00%

Fonte: site do Supremo Tribunal Federal

Dentre tais ações, se analisará as que se enquadrarem no subgrupo “Decisão Final”, uma vez que estarão inseridas as decisões que tiveram o mérito analisado e que foram ao final julgadas improcedente, procedente ou parcialmente procedente.

Tabela 2 – Quantidade de Decisões Finais

Decisão final	Qtd.	%
Extinto o processo / Determinado arquivo	10	26,32%
Negado seguimento	8	21,05%
Prejudicado / Homologada a desistência	7	18,42%
Não conhecido	4	10,53%
Improcedente	3	7,89%
Procedente	2	5,26%

Agravo não provido	1	2,63%
Procedente em parte	1	2,63%
Questão de ordem	1	2,63%
Recebido	1	2,63%
Soma:	38	100,00%

Fonte: site do Supremo Tribunal Federal

Conforme pode ser percebido, o número de ações com decisões de mérito ainda é bastante ínfimo, se comparado a quantidade total de ADO's que foram apresentadas ao STF ao longo dos anos. Em vista disso, apenas seis ações tiveram o seu mérito devidamente julgado, dividindo-se entre três improcedentes, duas procedentes e uma parcialmente procedente.

Não obstante, dezenove ADO's ainda se encontram pendentes de julgamento, o que representa um total de 33,3% do total. Há que se destacar que dentre as ações pendentes de julgamento, encontram-se algumas ações antigas, como a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão nº 10, que fora protocolada no dia 11 de novembro de 2010.

Tabela 3 – Quantidade de ADO's pendentes de julgamento

Classe	Número	Link	Relator	Atual	Classificação STF	Meio Processo	Data Autuação
ADO	10	ADO-10	MIN. WEBER	ROSA	Originária	Eletrônico	11/11/2010
ADO	11	ADO-11	MIN. WEBER	ROSA	Originária	Eletrônico	7/12/2010
ADO	13	ADO-13	MIN. AURÉLIO	MARCO	Originária	Eletrônico	14/4/2011
ADO	20	ADO-20	MIN. AURÉLIO	MARCO	Originária	Eletrônico	17/8/2012
ADO	21	ADO-21	MIN. BARROSO	ROBERTO	Originária	Eletrônico	26/9/2012
ADO	27	ADO-27	MIN. LÚCIA	CÁRMEN	Originária	Eletrônico	19/2/2014
ADO	32	ADO-32	MIN. WEBER	ROSA	Originária	Eletrônico	23/3/2015
ADO	36	ADO-36	MIN. AURÉLIO	MARCO	Originária	Eletrônico	25/9/2015
ADO	38	ADO-38	MIN. FUX	LUIZ	Originária	Eletrônico	14/3/2017
ADO	39	ADO-39	MIN. BARROSO	ROBERTO	Originária	Eletrônico	10/4/2017

ADO	40	ADO-40	MIN. RICARDO LEWANDOWSKI	Originária	Eletrônico	10/4/2017
ADO	44	ADO-44	MIN. GILMAR MENDES	Originária	Eletrônico	24/11/2017
ADO	47	ADO-47	MIN. MARCO AURÉLIO	Originária	Eletrônico	5/3/2018
ADO	52	ADO-52	MIN. LUIZ FUX	Originária	Eletrônico	27/5/2019
ADO	54	ADO-54	MIN. CÁRMEN LÚCIA	Originária	Eletrônico	23/8/2019
ADO	55	ADO-55	MIN. MARCO AURÉLIO	Originária	Eletrônico	2/10/2019
ADO	57	ADO-57	MIN. EDSON FACHIN	Originária	Eletrônico	1/4/2020
ADO	58	ADO-58	MIN. DIAS TOFFOLI	Originária	Eletrônico	6/4/2020
ADO	59	ADO-59	MIN. ROSA WEBER	Originária	Eletrônico	5/6/2020

Fonte: site do Supremo Tribunal Federal

Visto isso, percebe-se que a ADO não é um dispositivo tão utilizado para combater as omissões inconstitucionais, bem como apenas seis ações tiveram o seu mérito julgado. Tal fato pode ser atribuído a Constituição Federal ainda jovem, que apesar de elogiável e inovadora em muitos aspectos, ainda caminha a passos lentos, no tocante ao que pretendia o constituinte sobre as omissões inconstitucionais.

Não obstante, ainda deve ser ressaltada a ineficácia do procedimento previsto para a ADO na Lei nº 9.868/99, uma vez que na prática, não oferece qualquer medida eficiente para que o órgão omissor tome as medidas cabíveis.

4. A ATUAÇÃO DO STF AO CRIMINALIZAR A HOMOFOBIA E TRANSFOBIA NA ADO Nº 26

Conforme fora debatido outrora, o controle de constitucionalidade por omissão visa discutir a inércia do Poder Público quando diante de uma norma constitucional de eficácia limitada, ou seja, que necessitam de regulamentação futura para que possam produzir todos os efeitos.

São normas que, ao revés, dependem da intervenção legislativa para incidirem, porque o constituinte, por qualquer motivo, não lhes emprestou normatividade suficiente para isso. Isto é, embora estejam irradiando efeitos jurídicos *inibidores* ou *impeditivos* de

disposições em contrário, têm aplicabilidade mediata, porque as normas assim categorizadas reclamam uma lei futura que regulamente seus limites. Em face disso, são consideradas de *aplicabilidade indireta, mediata e reduzida*. (SILVA apud CUNHA JUNIOR, 2019, p. 156).

No âmbito do controle de constitucionalidade concentrado, em relação as omissões do Poder Público, tem sido cada vez mais frequente a proatividade da Suprema Corte dentre aqueles países que adotaram o constitucionalismo moderno. Em vista disso, têm se denominado tal movimento de ativismo judicial, por considerar que a atuação do Poder Judiciário nesse sentido, tem se prestado a interpretar a Constituição além da norma legal (BARBOSA; CARVALHO, 2016 online).

Em outros países, a atuação da Suprema Corte no que se denomina de ativismo judicial tem se mostrado bem mais influente do que tem ocorrido no Brasil em relação ao STF. Como exemplo disso, destaca-se os Estados Unidos, que possuem uma constituição voltada para o liberalismo e que assegura maior liberdade aos magistrados na atividade jurisdicional.

No Brasil, o Poder Judiciário deve possuir uma atuação independente de influências políticas, mas atrelada ao ordenamento jurídico, ou seja, necessita atuar de acordo com o que predispõe a norma legal, e em falta desta, terá a prerrogativa de se valer de outros critérios, como a analogia, costumes e princípios gerais do Direito (BARROSO, 2012, p. 429).

O grande cerne do presente debate é compreender se a atuação do Poder Judiciário vem ganhando notoriedade e protagonismo em relação aos demais poderes, de modo a desrespeitar o princípio da separação dos três poderes.

A independência e harmonia entre os poderes pode ser verificada através do tratamento recíproco quanto ao respeito às prerrogativas inerentes de cada um. Todavia, importa salientar que as funções dos órgãos em si não são necessariamente absolutas, uma vez que sofrerão a influência do sistema de freios e contrapesos. Nesse sentido, tal sistema busca o equilíbrio necessário no intuito de impedir arbítrios entre os poderes, visando o bem da coletividade (SILVA, 2013, p. 110).

A importância da consagração do princípio da separação dos poderes se mostra no fato de que um estado democrático de direito deve preocupar-se com a possibilidade de um poder contaminar a atuação de outro. No entanto, o que se tem percebido nos últimos anos é que as Cortes Supremas nos demais países estão adotando condutas mais ativas quanto a inovação legal no que diz respeito a garantia dos direitos sociais e fundamentais (BERRI; FERREIRA, 2020).

Não há necessariamente uma causa específica para tal “reorganização” entre os poderes, tampouco o presente debate se norteia a exaurir tais fatores, contudo, importa evidenciar que os poderes que possuem a prerrogativa de representar o povo – Executivo e Legislativo – vêm caindo em descrédito perante essa, por se mostrarem omissos quanto aos anseios sociais.

Em vista disso, na ADO nº 26, fora discutido perante o Supremo Tribunal Federal a ausência de proteção legal para a comunidade LGBTQIA+, bem como a inexistência de criminalização das práticas de homofobia e transfobia. No caso em tela, o STF reconheceu a mora legislativa, ou seja, o dever do Congresso Nacional de estabelecer uma proteção legal mais específica para tal comunidade. No entanto, determinou a equiparação da homofobia e transfobia aos crimes de preconceito de raça e cor, ou seja, o STF estabeleceu que qualquer prática equiparada a homofobia e transfobia deverá ser considerada espécie do gênero de crime de racismo, até que o Congresso Nacional edite lei específica.

É perceptível que nessa ocasião, o STF passou a ter conduta mais atuante, de modo a dar eficácia a um dispositivo que possuía pouca efetividade, mas ao mesmo tempo usurpou a competência do Poder Legislativo para criar tipo penal que só poderia ter sido criado por lei *stricto sensu*, conforme dispõe o princípio da reserva legal.

No entanto, é importante frisar que a conduta proativa do STF pode ter sido corroborada pelo procedimento ineficiente da ADO, que não apresenta medidas efetivas. É perceptível que apesar de ter como função precípua atacar qualquer inconstitucionalidade decorrente de omissão do poder público, a regulamentação da ADO na Lei 9868/99 apenas corrobora com o estado inerte do órgão responsável pela omissão inconstitucional.

Paralelamente, a lei – 13.300/2016 – que regulamenta o Mandado de Injunção possui previsão para garantir efeitos concretos em caso da omissão do órgão competente persistir, ou seja, não se limita a apenas dar ciência da omissão como no procedimento da ADO, especificado na Lei nº 9868/99.

A partir disso, o STF vem adotando novos entendimentos para garantir maior eficácia aos efeitos da decisão da ADO, por meio da teoria concretista, que pode ser geral ou intermediária, conforme discutido outrora.

Visto isso, percebe-se que o Mandado de Injunção e a ADO possuem finalidades semelhantes, mas procedimentos distintos, uma vez que a ADO ainda possui um procedimento inerte e incapaz de combater efetivamente as omissões inconstitucionais.

No ano de 2019, na ADO nº 26, ante a discussão de inexistência de proteção legal à comunidade LGBTQIA+, o STF reconheceu a mora do Congresso Nacional e criminalizou a homofobia e a transfobia em decorrência do constante discurso de ódio que tem se proliferado

nos últimos anos. No referido julgamento, equiparou-se a homofobia e transfobia aos crimes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, descritos na lei nº 7.716/89, até que sobreviesse lei específica acerca do tema. Assim, percebe-se que fora adotada a teoria concretista geral pelo STF.

Importa destacar que a conduta do STF em querer dar proteção jurídica a comunidade LGBTQIA+ foi acertada, e merecidamente comemorada por parte da população brasileira.

Ao longo dos anos, em que crescia a luta da comunidade LGBTQIA+ por mais direitos e reconhecimento, o Poder Legislativo teve oportunidade de atuar e evitar a referida mora legislativa, como no Projeto de Lei 7582/2014 da deputada federal Maria do Rosário, que buscava punir crimes de ódio e intolerância decorrentes da orientação sexual. Todavia, o referido projeto não veio a se tornar lei.

No entanto, apesar de necessária a existência de uma lei punitiva que coíba qualquer ato de homofobia e transfobia, como forma de preservação da democracia, deve emanar do Poder Legislativo, que é quem tem a competência típica para legislar.

Nesse sentido, a atuação do Poder Judiciário no julgamento da ADO nº 26 pode vir a representar um perigoso precedente, uma vez que agora poderão surgir novos debates por meio de ADO, que poderá ensejar em uma atuação do STF cada vez mais legiferante.

Ademais, importa destacar que de acordo com o princípio da reserva legal, uma infração penal só poderá ser criada por meio de lei emanada do Congresso Nacional, órgão de competência legislativa.

Segundo o princípio da reserva legal, a infração penal somente pode ser criada por lei em sentido estrito, ou seja, lei complementar ou ordinária, aprovadas e sancionadas de acordo com o processo legislativo respectivo, previsto na CF/88 e nos regimes internos da Câmara dos Deputados e Senado Federal. (CUNHA, 2015, p. 83).

Não obstante o princípio da separação dos poderes, consagrado pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 2º, estabelece que os poderes serão independentes e harmônicos, todavia, havendo interferência decorrente do sistema de freios e contrapesos como forma de busca do equilíbrio, para que nenhum poder atue irrestritamente.

a harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados (SILVA, 2013, p. 178).

Visto isso, por mais que seja necessária a proteção jurídica a comunidade LGBTQIA+, seja em razão do aumento da discriminação, violência e perseguição, deveria ter emanado do poder competente para tal.

No momento em que o STF decidiu por preencher a lacuna no ordenamento jurídico, criada pelo Congresso Nacional, desrespeitou a Constituição Federal e consequentemente, princípios basilares, como o princípio da separação dos poderes e o da reserva legal.

Diante disso, o que se denota é que o Poder judiciário tem ganhado cada vez mais importância frente aos demais poderes. Não se quer um Poder Judiciário inerte e ineficaz, afinal, um sistema democrático de direito depende de um judiciário eficaz para controlar o poder político. No entanto, não significa que em razão de um dos poderes ser ineficiente quanto a sua competência típica, como o Congresso Nacional ao legislar, que outro poder deverá tomar a frente em tal competência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com o presente estudo, fora possível verificar que a mera positivação de alguns direitos na Constituição Federal de 1988 não é suficiente para que esses possuam total aplicabilidade.

Em virtude disso, constatou-se que o procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão previsto na Lei nº 9.868/99 tem se mostrado ineficaz no combate às omissões inconstitucionais, uma vez que não obriga que o órgão omissor tome as providências necessárias, limitando-se a apenas cientificar.

Não obstante, o STF tem passado a ter conduta mais ativa em tais situações, no intuito de dar maior eficiência ao dispositivo criado pelo constituinte, adotando a teoria concretista, conforme fora explanado no decorrer do debate.

Todavia, o protagonismo assumido pelo Poder Judiciário quanto a discussão de direitos sociais e fundamentais não se restringe a apenas o cenário nacional, sendo, portanto, uma consequência de um novo panorama da tripartição dos poderes. Fora evidenciado que o STF pode ter extrapolado sua competência típica, qual seja, julgar e salvaguardar a Constituição Federal, contudo, se deu porque o mecanismo de combate às omissões inconstitucionais dos demais poderes tem se mostrado ineficiente na prática.

Consoante os dados demonstrados até então, fora possível constatar a pouca efetividade da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Portanto, a atual sistemática da ADO tem corroborado para inércia dos demais poderes quanto as omissões inconstitucionais.

No julgamento da ADO nº 26, a conduta do STF em criminalizar a homofobia e transfobia, equiparando ao crime de racismo, não teve como consequência apenas resguardar os direitos da comunidade LGBTQIA+, mas também gerou insatisfação e inúmeras críticas perante a sociedade, por se entender que a Suprema Corte não teria observado princípios basilares da Carta Magna.

Nesse sentido, o STF usurpou a competência legiferante do Congresso Nacional, uma vez que criou um tipo penal, sem ter a devida competência para isso. Em que pese o STF ter o dever de resguardar a Constituição Federal, ao garantir justa proteção jurídica a comunidade LGBTQIA+, possui competência típica apenas para julgar, podendo legislar de forma atípica apenas no que for pertinente as disposições do Poder Judiciário.

Ademais, o princípio da reserva legal estabelece que uma norma incriminadora deve emanar de lei em *strictu sensu*, ou seja, por meio da competência típica do Congresso Nacional. Ocorre que ao criminalizar os atos de homofobia e transfobia, equiparando aos crimes de racismo, o STF criou uma norma penal incriminadora sem ter a devida competência para tal. Em vista disso, a decisão tomada pelo STF na ADO nº 26 pode ter criado um precedente perigoso, uma vez que poderá ensejar em futuras e constantes interferências de um poder em outro.

O STF também não pode retroceder e voltar a sua atuação inerte, sem dar qualquer eficácia a ADO, permitindo com que as omissões inconstitucionais se perpetuem. Entretanto, precisa atuar dentro daquilo que lhe compete, respeitando assim o princípio da separação dos poderes.

Portanto, faz-se necessário que se estabeleçam mecanismos que na prática proporcionem a supremacia do texto constitucional. No caso da ADO, é importante que possua eficácia para de fato extirpar do ordenamento jurídico quaisquer espécies de omissão inconstitucional, visto que também afrontam a Constituição Federal de 1988.

De acordo com os dados extraídos do site do Supremo Tribunal Federal, fora possível constatar que a ADO ainda é um mecanismo pouco efetivo no combate das omissões inconstitucionais, posto que, de cinquenta e sete ações impetradas pelos legitimados do art. 103 da Constituição Federal, apenas seis tiveram o seu mérito julgado, sendo duas procedentes e uma parcialmente procedente.

Portanto, pode-se concluir que a mudança de postura do STF em algumas temáticas, como na tratativa de omissões inconstitucionais, tem ocorrido ainda de forma lenta e gradativa, embora necessária. A Corte Suprema do Brasil tem ganhado notoriedade no cenário nacional em detrimento do Poder Executivo e Legislativo, uma vez que tem abarcado funções destes, justamente por se mostrarem inertes em suas respectivas funções típicas.

Dessa feita, o STF possui como função precípua resguardar e proteger a Constituição Federal de qualquer ofensa, contudo, ao extirpar do ordenamento jurídico eventual omissão inconstitucional, deverá “incentivar” a atuação dos poderes competentes e não a suprir tal atuação de forma ilimitada e irrestrita. A independência e harmonia é o que norteia o princípio da separação dos poderes, devendo, esses, interferirem um no outro apenas quando necessário.

Assim, um Estado Democrático de Direito necessita de mecanismos em que ambos os poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – possam atuar de modo congruente, sem que um venha a interferir na competência típica do outro. Afinal, seja de natureza legislativa ou não, a omissão do Poder Público não pode impedir o desenvolvimento de importantes avanços sociais e políticos consagrados na Constituição, uma vez que se mostra marcadamente compromissária com os ideais de uma justiça social e com a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2018.

BARBA, Rafael Giorgio Dalla. **Legislativo está mesmo em mora em relação à criminalização da homofobia?**. 2019. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-jun-15/diario-classe-legislativo-mora-relacao-criminalizacao-homofobia>>. Acesso em: 16 de out. de 2020.

BARBOSA, Leon Victor de Queiroz; CARVALHO, Ernani. **Ativismo Judicial: entre o mito e a juristocracia velada**. Revista Política Hoje, vol. 25, n. 2, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BERRI, Carolina Heloisa Guchel; FERREIRA, Daniel. **A tripartição dos poderes e o protagonismo do judiciário em sede de direitos fundamentais relacionados à saúde**. Revista Jurídica (FURB), vol. 24 n. 54, 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto; STRECK, Lenio Luiz. **Ainda há Juízes no Brasil (?)! Em busca da legalidade perdida!**. 2015. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2015-dez-14/ainda-juizes-brasil-busca-legalidade-perdida>> Acesso em: 11 de out. de 2020.

BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da Pesquisa Jurídica** – teoria e prática da monografia para os cursos de direito. 11^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

BRASIL. **Ação Direta De Inconstitucionalidade por Omissão 26 Distrito Federal**. Relator: Min. Celso de Mello. Distrito Federal, 13 de junho de 2019.

BRASIL. **Ação Direta De Inconstitucionalidade por Omissão 26 Distrito Federal**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Distrito Federal, 30 de novembro de 2016.

BRASIL. **Mandado de Injunção 670 Distrito Federal**. Relator: Min. Mauricio Correa. Distrito Federal, 30 de dezembro de 2008.

BRASIL. **Mandado de Injunção 708 Distrito Federal**. Relator: Min. Mauricio Correa. Distrito Federal, 30 de dezembro de 2008.

BRASIL. **Mandado de Injunção 712 Distrito Federal**. Relator: Min. Mauricio Correa. Distrito Federal, 30 de dezembro de 2008.

BRASIL. CÂMARA. **Projeto de Lei nº 7582/14**, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

BRASIL. **Código Penal**. Brasília: Senado Federal, 1984.

BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm> Acesso em: 11 fev. 2020.

BRASIL. Lei nº 7.783 de 28 de junho de 1989, Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.HTM> Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm> Acesso em: 13 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016, Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm> Acesso em: 18 abr. 2020.

CAVALCANTI, Ricardo Russel Brandão. Do controle de constitucionalidade por omissão. 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/83401/do-controle-de-constitucionalidade-por-omissao/2>> Acesso em: 12 de ago. 2020.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Igo Wolfgang; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; STRECK, Lenio Luiz; PANSIERI, Flávio. **Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito**. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>> Acesso em: 09 de out. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal - parte geral**. 3ª. Ed. Bahia: Editora Jus Podivm, 2015.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª. Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª. Ed. Bahia: Editora JusPodivm, 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo et. al. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

A POSSIBILIDADE DE RESTABELECIMENTO DO FINANCIAMENTO DE PARTIDOS E CAMPANHAS POR PESSOAS JURÍDICAS

THE POSSIBILITY OF REINSTATING LEGAL PROVISIONS TO ALLOW POLITICAL PARTIES AND ELECTORAL CAMPAIGNS TO RAISE FUNDS FROM LEGAL ENTITIES

Humberto José de Rezende Rocha¹

Resumo: O artigo avalia a possibilidade de restabelecimento, pela via legislativa, do financiamento de partidos políticos e campanhas eleitorais por pessoas jurídicas. Para tanto, analisa a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal para declarar inconstitucional essa modalidade de financiamento (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.650/DF) à luz de parâmetros dogmáticos doutrinários que delimitam os modos, limites e aceitabilidade da criação judicial do direito. Conclui que o financiamento de partidos e campanhas por pessoas jurídicas pode ser restabelecido pela via legislativa, inclusive ordinária, ante a ausência de vedação constitucional nesse sentido.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; ADI n. 4.650/DF; ativismo judicial; superação legislativa da jurisprudência; financiamento de partidos e campanhas.

Abstract: The article assesses the possibility of reinstating legal provisions to allow political parties and electoral campaigns to raise funds from legal entities. For this purpose, it analyzes the decision rendered by the Brazilian Supremo Tribunal Federal when declaring the unconstitutionality of this kind of funding (Ação Direta de Inconstitucionalidade, case 4.650/DF) in the light of the criteria provided by the legal doctrine that delimits the ways, limits and acceptability of the judicial lawmaking. It concludes that legal provisions to allow political parties and electoral campaigns to raise funds from legal entities could be reinstated, considering that there were no incompatibility grounds for the declaration of unconstitutionality.

Keywords: Brazilian Supreme Court; ADI n. 4650/DF; judicial activism; legislative overruling; funding of political parties and election campaigns.

Sumário: Introdução. 1. Normas-parâmetro: alegada vedação à influência do poder econômico. 2. Normas-parâmetro: alegada incompatibilidade com princípios constitucionais. 3. Formulações teóricas: princípios, diálogo institucional e concretização do sentimento social. Conclusão.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo – USP e advogado em São Paulo. Endereço eletrônico: <humberto.jose.rocha@alumni.usp.br>.

INTRODUÇÃO

Em setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal – STF declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam o financiamento de partidos políticos e campanhas eleitorais por pessoas jurídicas².

Na ocasião, o Plenário acolheu parcialmente o pedido formulado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.650/DF (“ADI n. 4.650/DF”), sob o fundamento de que a legislação impugnada estava em desconformidade com o artigo 14, § 9º, da Constituição Federal e violava os princípios democrático, republicano e da igualdade.

Desde então, cada vez mais recursos públicos foram destinados aos fundos de financiamento de partidos e as campanhas, o que despertou expressiva rejeição popular e motivou agentes públicos (ALCOLUMBRE..., 2019) e veículos de imprensa (DEVE-SE..., 2019) a defenderem o restabelecimento, pela via legislativa, do financiamento por pessoas jurídicas. Essa pretensão está amparada, dentre outros, pelo entendimento de que a decisão proferida pelo STF foi desprovida de fundamento constitucional (FERRAZ, 2018) e pela tese de que a definição do modelo de financiamento é uma competência do Poder Legislativo (CONSTITUIÇÃO..., 2014).

O objetivo do presente artigo é avaliar essa possibilidade de restabelecimento. Não há dúvida de que o ordenamento jurídico brasileiro admite, em tese, a *superação legislativa da jurisprudência*, afinal as decisões proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade não produzem efeito vinculante em relação ao Poder Legislativo, nos termos dos artigos 102, § 2º, e 103-A, ambos da Constituição. No caso concreto, inclusive, o próprio acórdão da ADI n. 4.650/DF reconhece que o tema pode ser objeto de nova conformação legislativa.

Contudo, há no STF um entendimento de que a lei editada em contrariedade à jurisprudência do Tribunal nasce com “presunção de inconstitucionalidade”, razão pela qual o legislador, ao propor a superação legislativa, deve apresentar argumentação apta a superar os fundamentos das decisões judiciais anteriormente proferidas sobre o mesmo tema (BRASIL, 2015b).

² Declarou-se a inconstitucionalidade dos artigos 24 e 81, ambos da Lei n. 9.504, de 30.09.1997, além do artigo 31 e de expressões dos artigos 38 e 39, todos da Lei n. 9.096, de 19.09.1995, exclusivamente para vedar aos partidos políticos e às campanhas eleitorais o recebimento de contribuição ou auxílio pecuniário ou estimável em dinheiro provenientes de pessoas jurídicas. Os demais pedidos não foram acolhidos.

Esse entendimento desperta questionamentos acerca da possibilidade de superação legislativa pretendida em relação ao financiamento de partidos e campanhas: como o tema está regulado pela Constituição? Em que medida o financiamento por pessoas jurídicas contraria a Constituição? Quais são os fundamentos da decisão anteriormente proferida sobre o tema? Essa decisão foi acertada ou, como se acusa, foi desprovida de fundamento constitucional? O STF invadiu a competência do Poder Legislativo? O financiamento por pessoas jurídicas pode ser restabelecido em qualquer extensão? Portanto, para avaliar a possibilidade de restabelecimento do financiamento por pessoas jurídicas, é preciso analisar a decisão proferida pelo STF no julgamento da ADI n. 4.650/DF e, assim, descobrir qual é o ônus do legislador nessa empreitada ou, em outras palavras, compreender como os fundamentos empregados pelo Tribunal vinculam o legislador.

Considerando a necessidade de enquadrar o problema no âmbito e em função das exigências normativas constantes do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, julga-se mais adequado endereçá-lo pelo prisma da Dogmática, ciência que estuda o fenômeno jurídico pela perspectiva das normas em vigor, organizando-as de forma sistemática e tendo em vista a sua aplicação (REALE, 2002, p. 321) – ainda que, para isso, seja preciso adotar alguns pressupostos teóricos³.

A análise da decisão parte da premissa de que o STF tem uma posição de destaque no arranjo institucional erigido pela Constituição Federal, competindo-lhe exercer o controle efetivo dos demais Poderes e concretizar as finalidades e os princípios constitucionais, contudo, não de forma desvinculada ou arbitrária e sim de acordo com parâmetros normativos fornecidos pela própria Constituição e pelo ordenamento jurídico. Tais parâmetros impõem limites ao exercício da função jurisdicional pelo Tribunal e, mediante tratamento doutrinário, contribuem para delimitar os *modos, limites e aceitabilidade* da criação judicial do direito⁴.

No Brasil, como se verá, a doutrina constitucional dá ênfase aos parâmetros de controle relacionados aos limites textuais da interpretação, às exigências estruturais do ordenamento, à densidade normativa, ao dever de fundamentação, ao ônus argumentativo do julgador e às questões de competência. Optou-se por não fazer uma exposição sobre cada um em abstrato, mas por desenvolvê-los adiante, à medida que se analisa o caso concreto. Nas páginas seguintes, a análise do acórdão da ADI n. 4.650/DF, tomado como um documento de pesquisa (KLAFKE,

³ Ainda segundo o autor, “[é] inegável que toda investigação científica está condicionada por certos pressupostos teóricos, e, por conseguinte, por determinadas opções valorativas, mas isto não impede que, de maneira geral, os fatos possam ser captados em suas relações objetivas” (2002, p. 28).

⁴ A expressão em destaque é de Mauro Cappelletti (1993, p. 129).

2015), será dividida entre o estudo das normas-parâmetro das quais se extraiu a proibição ao financiamento por pessoas jurídicas e a análise das formulações teóricas que embasaram a decisão ⁵. Ao final, será possível apresentar conclusões e avaliar a possibilidade de restabelecimento, pela via legislativa, do financiamento de partidos e campanhas por pessoas jurídicas.

1. NORMAS-PARÂMETRO: ALEGADA VEDAÇÃO À INFLUÊNCIA DO PODER ECONÔMICO

O controle de constitucionalidade consiste em verificar a adequação da lei à Constituição, cabendo ao órgão competente a identificação das normas-parâmetro com as quais deve ser confrontado o ato impugnado (FERREIRA FILHO, 2008, p. 34). Por isso, para analisar o julgamento da ADI n. 4.650/DF, deve-se buscar no texto da Constituição o regramento do financiamento partidário e eleitoral e, após, aferir a sua compatibilidade com os dispositivos legais impugnados.

Em relação aos partidos políticos, há apenas diretrizes mínimas para a sua criação, fusão, incorporação, funcionamento e extinção, no artigo 17. O funcionamento das agremiações, contudo, não permaneceu totalmente desamarrado. O mesmo dispositivo, que conferiu ampla liberdade aos partidos (§ 1º), cuidou de impor restrições a essa liberdade ainda no *caput* do dispositivo, ao resguardar a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais da pessoa humana, princípios que foram desdobrados em vedações explícitas no corpo do próprio artigo (JEHÁ, 2013, p. 17).

A soberania nacional foi desdobrada na forma da “proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes” (inciso II), enquanto o regime democrático e os direitos fundamentais foram desdobrados na vedação de utilização de organizações paramilitares (§ 4º). O artigo também impôs que qualquer partido tenha caráter nacional (inciso I), seja obrigado a prestar contas à Justiça Eleitoral (inciso III), registre seu estatuto no Tribunal Superior Eleitoral (§ 2º) e *submeta-se à lei* (inciso IV).

⁵ É possível afirmar que há razoável consenso entre os julgadores da corrente majoritária, porque, dentre outros indícios, a ementa do acórdão – recurso típico de *opinion courts* – abarca de forma coerente os argumentos veiculados pela agregação de votos. Por isso, a decisão será abordada a seguir de forma unitária, como a posição do Tribunal. Sobre os métodos de formação de acórdãos, ver Guilherme Formá Klafke (2015).

Veja-se que o regramento dos partidos políticos pela Constituição é rarefeito. A complementação dos mandamentos constitucionais coube à União, a quem a Constituição atribuiu competência privativa para legislar sobre direito eleitoral e cidadania (artigo 22, incisos I e XIII) (RAMOS, 2008, p. 59). Nesse ponto, o Brasil trilhou o caminho da maioria das democracias ocidentais, optando por reger minuciosamente, na *legislação infraconstitucional*, as fontes de recursos partidários e eleitorais e as formas de sua utilização, por meio de imposição de limites quantitativos e vedação de determinadas opções de gastos (LORENCINI, 2013, p. 129).

Além do artigo 17, os artigos 14, 15 e 16 regem os direitos políticos e o processo eleitoral, também de forma genérica, estabelecendo algumas restrições, dentre as quais se destacam a vedação ao alistamento eleitoral de estrangeiros e conscritos, as condições de elegibilidade, a limitação da reeleição e as hipóteses de perda ou suspensão de direitos políticos. Ademais, o artigo 14, § 9º, dispõe sobre casos de inelegibilidade, elencando princípios por ele protegidos, veja-se:

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Grifou-se)

Desse dispositivo, a corrente majoritária que se formou no julgamento da ADI n. 4.650/DF extraiu a norma proibitiva de financiamento de partidos políticos e campanhas eleitorais por pessoas jurídicas (BRASIL, 2015a, p. 297). Por entender que a literalidade do texto constitucional veda *toda e qualquer influência* do poder econômico no processo eleitoral, concluiu-se que o legislador não poderia ter autorizado que setores da iniciativa privada financiassem partidos políticos e campanhas eleitorais, sob pena de comprometer a legitimidade dos pleitos (BRASIL, 2015a, p. 178).

Há duas objeções a essa interpretação. A primeira, de inspiração lógico-gramatical, é de que não há vedação constitucional à mera influência do poder econômico, pois o que o § 9º protege é a *normalidade e legitimidade* dos pleitos, que não podem ser *perturbados* pelo poder econômico, ou seja, não pode haver *abuso*. A objeção está amparada pela premissa doutrinária de que é errado dizer, “obviamente, que as únicas eleições legítimas e sinceras são aquelas imunes a qualquer influência do poder econômico”, pois “não há lugar no mundo onde isso seja

possível” (SILVA, 1999, p. 165). As contribuições por pessoas jurídicas estariam, portanto, dentro da esfera de influência aceitável do poder econômico nos pleitos.

Inclusive, até o julgamento da ADI n. 4.650/DF, prevalecia na jurisprudência do próprio STF o entendimento de que o artigo 14, § 9º, da Constituição veda o *abuso* do poder econômico, e não a sua mera influência, essa entendida como “realidade incontornável”. Nesse contexto, caberia ao legislador ordinário disciplinar a referida influência no sistema de financiamento, impondo vedações às condutas abusivas (BRASIL, 1994).

E assim o legislador fez, erigindo um sistema de financiamento partidário e eleitoral que comportava contribuições por pessoas jurídicas, mas que carregava limites de natureza temporal (quando se pode financiar), subjetiva (quem pode financiar) e objetiva (o que se pode financiar), tal como a vedação de doações por entidades arroladas no artigo 24 da Lei n. 9.504/97 ou no artigo 31 da Lei n. 9.096/95 (LUCON; VIGLIAR, 2013, p. 725), enquanto a doutrina cuidou de interpretar as *formas* de abuso que seriam vedadas pela Constituição (STOCO; STOCO, 2010, p. 35).

Esse sistema de financiamento, inspirado pela interpretação lógico-gramatical da Constituição, era congruente com a ordem jurídica brasileira. Considerando que o que a Constituição veda é a influência que compromete a “normalidade e legitimidade das eleições” e que a experiência fática demonstrou ser inerente (e até necessária) à operação da democracia a influência econômica nos pleitos, então não se pode extrair do § 9º uma vedação peremptória a uma modalidade específica de financiamento que não é *abusiva* por si só, porquanto o dispositivo constitucional não alberga essa norma. Em outras palavras, o artigo 14, § 9º, não proíbe toda e qualquer forma de financiamento por pessoas jurídicas, mas somente aquela *abusiva*.

Uma decisão que não observa esse espaço de interpretação fornecido pelo próprio texto, tal como a proferida pelo STF no julgamento da ADI n. 4650/DF, viola a “exigência de que toda e qualquer interpretação constitucional seja compatível com a amplitude de sentidos projetada pelo texto da norma” (RAMOS, 2015, p. 171).

Não se quer dizer, com isso, que havia uma única interpretação possível para o dispositivo, afinal, toda norma possui certa *elasticidade semântica* e, por isso, comporta interpretações diversas (REALE, 1994, p. 127)⁶. Porém, conforme demonstrado pela análise da

⁶ No mesmo sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho reconhece que o exercício da função de controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal “determina pela interpretação o significado da Lei Magna, pode restringir-lhe ou ampliar-lhe o campo” (2012, p. 230).

doutrina e da jurisprudência, o próprio dispositivo deu balizas para que o processo interpretativo fosse razoavelmente objetivo, no sentido de não vedar peremptoriamente o financiamento por pessoas jurídicas.

Assim, a aceitabilidade da decisão depende da aferição do constrangimento do intérprete pela norma aplicada: segundo a doutrina, trata-se de observar “a força cogente das normas e se o ato de julgar é constrangido ou limitado por elas” (ARAÚJO, 2017, p. 114). Do contrário, a interpretação não conhece limites, é arbitrária e rompe a própria elasticidade da norma. Pode-se argumentar, como fez a corrente majoritária que se formou no julgamento da ADI n. 4.650/DF, que a mera vedação ao abuso seria insuficiente para proteger a finalidade constitucional (legitimidade dos pleitos) e que, portanto, a melhor interpretação seria no sentido de que o constituinte pretendeu vedar *toda e qualquer influência* do poder econômico.

Há, porém, uma segunda objeção ao entendimento do STF, decorrente da interpretação sistemática do texto constitucional. É que, no parágrafo seguinte àquele mencionado⁷,

a Constituição condena expressamente o *abuso* do poder econômico, sob pena de impugnação do mandato eletivo. Assim, o que estaria vedado pelo artigo 14, de forma congruente em todos os seus parágrafos, seria tão somente a influência *abusiva*, conforme já reconhecido por parte da doutrina do Direito Constitucional à época. Veja-se, por exemplo, o entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2008, p. 121)⁸:

Na verdade, as duas finalidades no fundo envolvem abuso: abuso de poder de ocupantes de certas posições na administração pública; abuso (influência abusiva) do poder econômico – especialmente do uso de meios financeiros – no processo eleitoral. (...)

Observa-se que, ao menos no tocante ao abuso de poder econômico, a Constituição marcha no sentido apontado. De fato, no parágrafo seguinte (§ 10), ela prevê uma ação visando à perda de mandato, em caso de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

Além da previsão do § 10 do artigo 14, deve-se considerar ainda que a proibição constitucional expressa restringiu-se ao recebimento de recursos de entidade ou governo estrangeiros (artigo 17, inciso II) e que foi delegada ao legislador a possibilidade de revisitar a complexa questão de tempos em tempos a fim de aperfeiçoá-la (artigo 22, inciso I).

⁷ “§ 10 - O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.”

⁸ No mesmo sentido, veja-se o comentário de Celso Ribeiro de Bastos e Ives Gandra Martins ao artigo 14 da Constituição (1989).

Como se vê, a interpretação sistemática do texto não permite afirmar que há vedação peremptória à específica modalidade de financiamento de partidos e campanhas por pessoas jurídicas. Conforme se depreende da doutrina e da própria jurisprudência do STF até aquele momento, o regramento constitucional do tema é rarefeito e não implica a opção por um ou por outro modelo de financiamento.

Após desdobrar os princípios presentes no *caput* do artigo 17 em algumas vedações, o constituinte legou ao Poder Legislativo uma ampla liberdade de conformação da matéria de financiamento partidário e eleitoral, censurando apenas a influência *abusiva* do poder econômico no § 10.

A interpretação do § 9º no mesmo sentido é a mais adequada por, nas palavras de Karl Larenz, dar prevalência, dentre todos os significados possíveis do texto, àquele que possibilitou uma *concordância objetiva* com as disposições singulares contidas em outros dispositivos (2005, p. 458).

A leitura em sentido contrário, conforme realizada pelo STF, desconsiderou o conteúdo de normas previstas em outros dispositivos constitucionais, o que, para a doutrina, viola uma exigência de harmonização entre os institutos jurídicos do mesmo texto. Afinal, as normas não podem ser interpretadas como se estivessem “meramente justapostas no ordenamento”, sob o risco de comprometer a ordenação e a unidade do sistema (RAMOS, 2015, p. 171-182).

Há, portanto, duas objeções – lógico-gramatical e sistemática – à interpretação de que o artigo 14, § 9º, da Constituição Federal proíbe o financiamento de partidos e campanhas por pessoas jurídicas, segundo as quais inexistente vedação à simples influência do poder econômico nos pleitos.

Tais interpretações, abalizadas pelos parâmetros normativos fornecidos pela própria Constituição e pelo ordenamento jurídico, impõem limites ao exercício da função jurisdicional que não podem ser ultrapassados:

A interpretação deve partir do método gramatical, constatando o significado dos termos utilizados pelas fontes do direito autorizadas, e terminar com o emprego do método sistemático, contextualizando o dispositivo interpretado, no intuito de garantir a harmonia normativa no âmbito do ordenamento jurídico. A interpretação sistemática avalia criticamente as respostas dadas pela jurisprudência e pela doutrina em relação ao problema. (DIMOULIS, 2015, p. 855-866)

No caso concreto, o significado dos termos utilizados e a contextualização do dispositivo interpretado não autorizam a conclusão de que a Constituição veda toda e qualquer influência do poder econômico nos pleitos e, não obstante o STF tenha entendido em sentido

diverso, não se pode extrair do artigo 14, § 9º, a vedação peremptória à específica modalidade de financiamento de partidos e campanhas por pessoas jurídicas.

2. NORMAS-PARÂMETRO: ALEGADA INCOMPATIBILIDADE COM PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Além da alegada violação ao artigo 14, § 9º, da Constituição Federal, o STF proibiu o financiamento de partidos e campanhas por pessoas jurídicas sob fundamento de que a previsão legal era incompatível com os princípios democrático, republicano e da igualdade.

O objetivo do presente capítulo é aferir se tais princípios de fato albergam a norma proibitiva de financiamento de partidos e campanhas por pessoas jurídicas. Para tanto, recorre-se ao método de “definição preliminar da área de proteção dos princípios em questão, a fim de saber-se o que, exatamente, está coberto pela definição jurídica daqueles princípios” (ROTHENBURG, 2012, p. 106). Assim, será possível definir o âmbito de regramento constitucional da matéria de financiamento partidário e eleitoral e, por exclusão, a área de livre atuação do legislador.

Princípio democrático. Contemporaneamente, somente se admite classificar como democrático um governo que esteja fundado na soberania popular, inspirada pela máxima “*governo do povo, pelo povo, para o povo*”, e na participação popular no poder, para fazer valer a sua vontade, o que, no Brasil, funciona por meio da representação política (SILVA, 2000, p. 133).

O ideal democrático também deve privilegiar os valores básicos de liberdade e igualdade e, ao se concretizar em um sistema eleitoral, deve dispor de mecanismos de recepção e transmissão da vontade popular que sejam imunes à fraude e à corrupção (FERREIRA FILHO, 2008, p. 100-107).

Sob tais diretrizes, a doutrina do Direito Eleitoral delineou requisitos para que o processo eleitoral seja democrático. Segundo Monica Herman S. Caggiano, a via eleitoral consagra a garantia de participação política e impõe as exigências de sufrágio universal, periodicidade dos pleitos eletivos, igualdade do valor do voto, pessoalidade e sigilo do voto, liberdade de postular cargos eletivos, direito de os candidatos disputarem respaldo popular,

imparcialidade das entidades públicas, estabilidade da Lei Eleitoral e jurisdicionalidade (CAGGIANO, 2013, p. 26-30). Esse elenco configura minimamente um sistema eleitoral democrático, que, por esses atributos, distingue-se daqueles sistemas autoritários e totalitários. Já no aspecto negativo, o princípio democrático importa necessariamente a vedação de discriminações na aplicação e na interpretação do quadro normativo incidente sobre o processo eleitoral e seus atores.

O conjunto de tais garantias é conhecido como a cláusula de “*free and fair elections*” – eleições livres e competitivas, que rejeitam quaisquer fatores de bloqueio, tais como discriminações ilegítimas impostas pelas técnicas censitárias ou relacionadas ao grau de instrução, ou tratamento desigual na aplicação e interpretação do quadro normativo incidente sobre o processo eleitoral e seus atores (CAGGIANO, 2013, p. 31).

É lícito afirmar, ante a generalidade das exigências democráticas elencadas, que essas podem ser interpretadas pela comunidade de maneiras distintas e, conseqüentemente, concretizadas em variados graus pelo legislador. O princípio democrático, portanto, projeta-se no Direito Eleitoral para exigir um sistema no qual as eleições sejam livres e competitivas, mas não fornece soluções normativas imediatas. No julgamento da ADI n. 4.650/DF, entendeu-se que o financiamento de partidos e campanhas por pessoas jurídicas viola o princípio democrático, sob o fundamento de que às pessoas jurídicas teria sido ilegitimamente atribuído o *status* de cidadãos, considerada a tamanha influência que podiam exercer no processo político-eleitoral, subvertendo a lógica do “*one man, one vote*”, já que atribui um poder muito maior a alguns cidadãos em detrimento de outros.

Afirmou-se que a Constituição Federal conferiu somente à pessoa física o direito de votar e ser votada, ou seja, somente a ela atribuiu o *status* de *cidadania*. Se as pessoas jurídicas não são detentoras do *ius suffragii*, tampouco do *ius honorum*, não estariam habilitadas a financiar partidos políticos e campanhas eleitorais – um direito reservado àqueles que podem eleger e ser eleitos. Nesse sentido, prevaleceu o entendimento de que a prerrogativa de financiar partidos e campanhas estaria de alguma forma subordinada à existência dos direitos políticos da pessoa física.

Essa formulação suscita a seguinte dúvida: a Constituição Federal estabelece *relação de necessidade* entre a condição de cidadão e a possibilidade de contribuir para os sistemas partidário ou eleitoral?

Aquele indivíduo que pode intervir no processo governamental, ou seja, que é titular dos direitos políticos de votar e ser votado, detém o *status* de cidadão. Cidadania, portanto, é qualificativo de uma *parcela* dos nacionais apta a participar da eleição elegendo ou sendo eleitos (FERREIRA, FILHO, 2008, p. 88, 115-116).

Enquanto isso, muitos outros agentes podem contribuir para a vida política do país. É que a promoção de debates, a formação de lideranças, o exercício de pressão política e, finalmente, a contribuição financeira constituem formas de participação no processo eleitoral que, ao contrário do voto, não estão restritas ao cidadão. A essas modalidades de atuação, na verdade, a Constituição Federal não impôs condições como impôs para o votar e o ser votado. Por isso, a corrente minoritária do STF concluiu que “*a Constituição não faz, nem implicitamente, essa relação necessária entre capacidade de votar e habilitação para contribuir, até porque há também muitas pessoas naturais sem habilitação para votar e nem por isso estão proibidas de contribuir financeiramente para partidos e campanhas*” (BRASIL, 2015a, p. 143).

De fato, não há correlação entre o princípio democrático e a possibilidade de aportar recursos. Afinal, o que o princípio democrático exige é que a fonte do poder exercido pelos governantes seja popular e que haja participação do povo na formação da vontade do Estado, sem tratamento desigual. Essas exigências implicam, no campo eleitoral, tão somente que haja eleições livres e competitivas (*free and fair elections*), configuradas por aqueles requisitos elencados na doutrina do Direito Eleitoral.

Parece impossível extrair de uma norma principiológica tão abrangente qualquer mandamento peremptório relacionado às possibilidades de participação de pessoas jurídicas, tais como sindicatos, empresas e organizações não governamentais, no processo político do país, especialmente considerando que todas essas entidades desempenham papéis importantes e indispensáveis na comunidade.

Note-se que o *conteúdo* do princípio democrático não comporta a relação de necessidade entre cidadania e formas de participação na vida política, tampouco o seu *escopo* abrange a vedação ao financiamento partidário e eleitoral por pessoas jurídicas.

Com isso, não se busca negar a *força normativa* do princípio, afinal, seu caráter vinculante e seu potencial de aplicação na resolução de conflitos subjetivos já foram atestados pela jurisprudência do STF (BRASIL, 2006). Na ADI n. 4.650/DF, contudo, ele não oferece base sólida para a decisão, justamente porque o seu conteúdo comporta uma ampla gama de possibilidades de concretização pelo legislador em relação às modalidades de participação de pessoas jurídicas na vida política. Não há comando ou princípio constitucional que determine

a participação de pessoas jurídicas no processo eleitoral brasileiro, mas tampouco há qualquer vedação explícita ou implícita ao financiamento partidário e eleitoral por pessoas jurídicas.

O princípio democrático é indiferente ao financiamento partidário e eleitoral pela pessoa jurídica, que pode ou não vigorar no ordenamento sem que haja afronta à referida norma-princípio. Nesse sentido é que se classificam como *democráticos* tanto os sistemas que vedam o financiamento partidário e eleitoral por pessoas jurídicas, quanto aqueles que o admitem, como é o caso dos Estados Unidos da América, da República Federal da Alemanha e do Reino Unido (GUEDES, 2014; CASSEB, 2013, p. 175).

O que se pode concluir, após identificar o que está coberto pelo princípio democrático e delimitar a área de proteção estabelecida por essa norma-princípio, é que o legislador ordinário goza de amplo espaço de conformação quanto ao sistema de financiamento partidário e eleitoral. Não é possível identificar limitações constitucionais, decorrentes do princípio democrático, aptas a fundamentarem a incompatibilidade das normas impugnadas na ADI n. 4.650/DF com a Constituição Federal.

Princípio republicano. Na contemporaneidade, o princípio republicano afasta a organização viciosa típica da tirania, exigindo a separação entre o público e o privado e prescrevendo a preservação da *coisa pública* (SILVA, 2000, p. 104-106).

Expresso no artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal, ele é uma autêntica norma cogente, dotada de “atributos normativos mínimos” capazes de produzir efeitos por si sós, tais como a concepção igualitária de bem público de titularidade do povo, a separação entre o patrimônio público e o patrimônio privado do governante, a eletividade dos representantes, a periodicidade dos mandatos, o dever de prestação de contas e a transparência na Administração Pública (FUX, 2016, p. 510).

Esse conteúdo mínimo reflete, na seara eleitoral, a obrigatoriedade de dar amplo conhecimento ao povo dos gastos efetivados com campanhas eleitorais, dever esse que é imposto a todos os *players* da competição (partidos, comitês e candidatos). A divulgação dos recursos auferidos permite a análise criteriosa pelo eleitor da origem dos fundos e tem o potencial de afastar os abusos do poder econômico no processo, não podendo ser negligenciada, em vista do dever constitucional de prestar contas, positivado no artigo 34, inciso VII, da Constituição Federal. Por isso a preocupação do legislador ordinário com a severa e eficiente fiscalização das contas na legislação infraconstitucional (FUX, 2016, p. 512).

À época do julgamento da ADI n. 4.650/DF, vigia um complexo sistema de fiscalização e controle de recursos recebidos e de gastos efetuados por partidos políticos e campanhas eleitorais. Vigoravam normas disciplinadoras da administração financeira das campanhas

(artigo 20 da Lei n. 9.504/97) e regras para instituição de comitês partidários (artigo 19 da Lei n. 9.504/97); estava prevista a responsabilidade de candidatos e partidos (artigo 17 da Lei n. 9.504/97); havia formas rígidas de recebimento e movimentação de recursos e limitações às doações de pessoas físicas e jurídicas (artigo 22 da Lei n. 9.504/97); o descumprimento de normas referentes à arrecadação e aplicação de recursos era passível de sanções (artigo 25 da Lei n. 9.504/97 e artigo 36 da Lei n. 9.096/95); e previam-se as condutas vedadas aos agentes públicos em campanhas eleitorais (artigo 73 da Lei n. 9.504/97). Ademais, exigia-se prestação de contas anual à Justiça Eleitoral (artigo 17, inciso III, da CF e artigo 32 da Lei n. 9.096/95) e prestação de contas de campanha no ano do pleito (artigo 30 da Lei n. 9.504/97 e artigo 34 da Lei n. 9.096/95).

Esse sistema fora instituído com a finalidade de disciplinar, limitar e dar transparência às relações entre doadores e candidatos, após escândalos de corrupção ocorridos na vigência de legislação anterior, que proibia peremptoriamente o financiamento por pessoas jurídicas⁹.

Sob os entendimentos de que a vedação era inábil a coibir o abuso de poder econômico nos pleitos e que as indesejadas práticas antirrepublicanas somente poderiam ser constrangidas mediante a adoção de parâmetros realistas e de mecanismos severos de controle e punição, o Legislador estabeleceu normas

[...] reconhecendo e regulamentando a captação de recursos no âmbito da esfera privada, de pessoas físicas e jurídicas, de molde a assegurar um determinado equilíbrio à campanha, e a transparência necessária a identificar as fontes de financiamento que operam por trás dos partidos e candidatos, enfim medidas que buscam garantir a lisura e a autenticidade das consultas. (CAGGIANO, 2004, 128-136)

Conforme se vê, o princípio republicano, relacionado ao bem comum e à preservação da coisa pública, projeta-se no Direito Eleitoral para exigir o reconhecimento da titularidade popular do patrimônio público e impor transparência e controle na gestão da coisa pública, de modo a coibir a fraude e a corrupção. Concretiza-se nos deveres de divulgação dos gastos com campanhas eleitorais, de prestação de contas e de instituição de relações íntegras entre financiadores e governantes – que já estavam previstos na legislação vigente à época do julgamento da ADI n. 4.650/DF.

⁹ Conforme narraram os ministros Teori Zavascki e Gilmar Mendes em seus votos, esses fatos foram determinantes na edição de leis temporárias para regerem as eleições de 1994 e 1996, que instituíram os parâmetros de controle incorporados pelas Leis n. 9.504/97 e 9.096/95, vigentes até a data do julgamento da ADI n. 4.650/DF (BRASIL, 2015a).

Mesmo diante desse cenário, o STF entendeu que o *quadro empírico* de corrupção no sistema político brasileiro seria resultado do financiamento partidário e eleitoral por pessoas jurídicas, sendo esse, portanto, incompatível com o princípio republicano. Entendeu-se que caberia ao Tribunal “ajudar a mudar um sistema eleitoral que não serve bem ao país” (BRASIL, 2015a, p. 123) e que, nesse sentido, a intervenção estaria voltada ao *aperfeiçoamento* de uma *disfuncionalidade* do modelo de financiamento vigente (BRASIL, 2015a, p. 55). Ocorre que, conforme entendimento da corrente minoritária que se formou no julgamento, não é possível *confundir a inconstitucionalidade das normas com o seu descumprimento*. A contrariedade ao regime constitucional está concretizada nas práticas antirrepublicanas perpetradas por atores políticos e doadores, e não necessariamente nas regras legais que, afinal, conviveram sempre com atos de violação, independentemente dos sucessivos ajustes efetuados ao longo do tempo.

Por isso, as anomalias a serem censuradas são as condutas desviantes dos interessados, motivadas pela consecução de fins ilícitos, e essas ensejam a adoção de um sistema de “fiscalização mais efetiva, porque há, em nosso sistema legal, instrumentos normativos que, utilizados adequadamente, teriam o condão de neutralizar os excessos cometidos” (BRASIL, 2015a, p. 266-268).

Essa solução, além de mais afinada com a nossa experiência histórica¹⁰, é a que mais se compatibiliza com a concretização do princípio republicano, pois, conforme demonstrado, sua aplicação jamais ensejou a adoção de um modelo de financiamento partidário e eleitoral específico. Seu conteúdo, na verdade, está restrito aos deveres de divulgação dos gastos com campanhas eleitorais, de prestação de contas e de instituição de relações íntegras entre financiadores e governantes, que devem ser observados em qualquer hipótese, independentemente do modelo de financiamento adotado pelo legislador ordinário.

Isso porque tanto é possível impor transparência e controle na gestão da *coisa pública*, de modo a coibir a fraude e a corrupção, em um sistema de financiamento no qual as doações por pessoas jurídicas são vedadas, quanto nos sistemas que permitem essa modalidade de contribuição. Da mesma forma, o descumprimento da lei, ante a ausência de mecanismos rígidos e eficazes de controle e punição, pode conviver também com os dois sistemas, ficando o patrimônio público exposto a práticas antirrepublicanas nas duas hipóteses.

¹⁰ Tendo em vista que o regime normativo anterior, no qual vigorava a proibição ao financiamento partidário e eleitoral por pessoas jurídicas, testemunhou graves escândalos de corrupção, “mostra-se uma alternativa pouco afinada com a nossa experiência histórica imaginar que a corrupção eleitoral e o abuso do poder econômico sejam produto do atual regime normativo e que isso seria razão ou pretexto suficiente para declará-lo inconstitucional, propiciando assim a volta ao regime proibitivo anterior” (BRASIL, 2015a, p. 148).

Sob essas considerações, é lícito concluir que o princípio republicano tem um *escopo* alargado e *força normativa* suficiente para bloquear quaisquer práticas consubstanciadas na confusão entre o público e o privado, no assalto ao patrimônio popular ou na conduta auto-interessada do agente político. Impõe que haja rígidos sistemas de controle e punição dos desvios, inclusive nos sistemas de financiamento partidário e eleitoral. Contudo, seu *conteúdo* não fornece parâmetros para a escolha (tampouco para a rejeição) de um sistema de financiamento específico, podendo o legislador optar livremente entre o financiamento por pessoas jurídicas ou exclusivamente por pessoas físicas, desde que o sistema delineado esteja munido de mecanismos voltados à promoção da transparência, controle do fluxo de recursos e punição de desvios, uma vez que são essas as exigências impostas pelo princípio republicano.

Assim, ao retirar do legislador uma opção de conformação do sistema de financiamento partidário e eleitoral, sem que houvesse verdadeira ofensa ao conteúdo da norma-princípio supostamente violada, o STF invadiu indevidamente a esfera de atuação do Poder Legislativo, ainda que imbuído da intenção de *aperfeiçoar* o sistema vigente.

Princípio da igualdade. A igualdade, relacionada ao tratamento isonômico e à vedação de diferenciações arbitrárias, é um princípio indissociável da democracia (FERREIRA FILHO, 2008, p. 281-284), não obstante as pessoas sejam desiguais sob múltiplos aspectos, realidade que se impõe e deve ser admitida pela lei (SILVA, 2000, p. 213-219).

No Direito Eleitoral, o princípio reclama “uma postura de neutralidade do Estado em face dos players da competição eleitoral [...], de forma a coibir a formulação de desenhos e arranjos que favoreçam determinados atores em detrimento de outros” (FUX, 2016, p. 520). Nesse sentido, a igualdade visa a garantir o caráter competitivo essencial aos regimes efetivamente democráticos, que somente se perfaz se os candidatos partirem “do mesmo ponto e com as mesmas armas” (LORENCINI, 2013, p. 123).

A igualdade (e decorrente competitividade) dos pleitos dependerão de um “equilíbrio nos recursos financeiros disponíveis aos partidos e candidatos concorrentes” para que possam contratar profissionais, expor suas ideias na mídia, locomover, alugar espaços para sediar comitês, etc. Mas, inexistindo a igualdade plena entre os concorrentes, cabe à legislação promover o equilíbrio desejável por meio de regulação e limitação da arrecadação e dos gastos eleitorais, a fim de alcançar o “ponto essencial para a qualificação democrática do processo eleitoral” (LORENCINI, 2013, p. 125-126).

Segundo o STF, a violação do princípio da igualdade pela legislação que instituiu o financiamento partidário e eleitoral por pessoas jurídicas teria ocorrido mediante o “desequilíbrio de forças perpetrado pelo capital” no pleito, privilegiando os eleitores que têm

mais recursos econômicos e favorecendo os partidos e candidatos alinhados a setores econômicos expressivos (BRASIL, 2015a, p. 302). Nesse sentido, a aplicação do princípio da igualdade poderia “assegurar aos mais pobres o direito de fazer contribuições para partidos e campanhas em valores iguais aos permitidos às pessoas mais ricas”¹¹.

Não obstante, a interpretação do ordenamento jurídico vigente à época do julgamento, amparada pela doutrina que se debruçou sobre o tema, revela que o sistema de financiamento adotado atendia plenamente às exigências emanadas do princípio da igualdade.

Como visto, a Constituição Federal, no campo do financiamento privado, limitou-se a proibir o recebimento de recursos financeiros de entidade estrangeira ou de subordinação a governos estrangeiros (artigo 17, inciso II, da CF), delegando ao Poder Legislativo a competência para instituir o sistema eleitoral, acompanhada do dever de promover a igualdade de chances entre os candidatos, para ajustar um ponto ótimo em nome da convivência entre os múltiplos meios de financiamento, que ela própria, a Constituição, optou por não detalhar.

Veja-se como foi instituído esse sistema, primeiro em relação ao financiamento de partidos e, depois, de campanhas. A legislação vigente à época previa a possibilidade de arrecadação de recursos privados por partidos políticos, por meio do recebimento de doações de pessoas físicas e jurídicas, impondo limites de natureza temporal (termos inicial e final para a realização de gastos), subjetiva (rol taxativo de pessoas proibidas de financiarem partidos) e objetiva (delimitação do conceito de doação e fixação de teto para as doações) – artigos 23, 24 e 81 da Lei n. 9.504/97 (MACHADO, 2008, p. 192).

No campo do financiamento público de partidos políticos, ao contrário, a Constituição foi contundente e previu de forma expressa o “direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei”, conforme redação vigente à época do julgamento da ADI n. 4.650/DF. Para Elival da Silva Ramos, essa previsão de apoio material do Estado para as atividades partidárias está inserida no estatuto constitucional dos partidos políticos porque esses se revestem de inquestionável interesse público (2008, p. 57). Sob essa premissa, o legislador ordinário instituiu um complexo sistema de financiamento, partindo da desigualdade inerente entre candidatos, para promover a paridade de armas no pleito.

Assim, além daqueles limites impostos ao financiamento privado, a fim de impedir o *abuso* do poder econômico, o legislador ordinário, por determinação constitucional, também instituiu regramento para a prestação estatal em favor dos partidos políticos, a fim tutelar

¹¹ São os termos da pretensão veiculada na petição inicial, integralmente acolhida, nesse ponto, pela corrente majoritária que se formou no julgamento da ADI n. 4.650/DF.

aqueles em condições mais vulneráveis. Nesse sentido, as duas previsões realizavam o princípio da igualdade.

Já com relação ao financiamento de campanhas eleitorais, a legislação vigente à época do julgamento da ADI n. 4.650/DF não contava com financiamento direto de natureza pública (LORENCINI, 2013, p. 134-135). Mas, na prática, parte considerável dos recursos despendidos em campanhas eleitorais originava-se, ainda naquele sistema, dos cofres públicos, por intermédio dos partidos políticos. Isso porque os partidos eram beneficiários do fundo partidário e, sendo os principais agentes financiadores das campanhas de seus candidatos filiados, boa parte dos recursos desse fundo composto por dinheiro público, previsto no artigo 38 da Lei n. 9.096/95, era revertida às campanhas eleitorais. A lei adotou o critério de desempenho eleitoral para racionalizar a distribuição dos recursos do fundo, sem deixar de prever regra de proteção dos partidos menores em nome de divisão igualitária (LORENCINI, 2013, p. 140).

Além disso, o ordenamento pátrio também previa, à época, formas de financiamento público indireto, quais sejam, a (i) imunidade tributária do patrimônio, renda e serviço dos partidos políticos, prevista no artigo 150, VI, a, da Constituição Federal e (ii) a já citada previsão de espaço gratuito em rádio e televisão para a veiculação de propaganda eleitoral. O modelo nacional de financiamento previa um aporte considerável de recursos públicos no fundo partidário, além de renúncia fiscal expressiva referente à disponibilidade de horário nas emissoras de rádio e televisão – o que já implicava em “vultoso custo aos cofres públicos”, mesmo havendo, paralelamente, permissão para o financiamento privado por pessoas físicas e jurídicas (CASSEB, 2013, p. 174).

Note-se ainda que tanto no regime de financiamento privado, quanto na disciplina do financiamento público, a regulamentação dos gastos “desempenha papel central na sistemática de financiamento de campanha, pois representa um elemento de equilíbrio entre os concorrentes, devendo, portanto, ser estudado de forma paralela às formas de arrecadação de recursos” (LORENCINI, 2013, p. 129). Por isso, é lícito concluir que, embora não tivesse o condão de igualar plenamente todos os eleitores ou competidores de uma eleição, o princípio da igualdade projetava-se com vigor no direito eleitoral brasileiro, garantindo a atuação estatal voltada à promoção da paridade de armas, mediante a imposição limites arrecadatários de um lado e a prestação de incentivos públicos, do outro.

A pretensão do autor da ADI n. 4.650/DF – e do STF ao julgá-la parcialmente procedente – correspondeu não à observância do princípio da igualdade, mas à alteração – impossível e indesejável – do plano fático e material.

Atribuir a uma decisão judicial o poder de eliminar as desigualdades entre ricos e pobres, o que foi classificado pelo Min. Teori Zavascki como “defesa de uma situação um tanto exótica no plano fenomênico”, é um equívoco, eis que o Tribunal “não teria jamais o condão de eliminar ou mesmo de reduzir significativamente, no plano da realidade, a situação de vantagem das pessoas com mais recursos” (BRASIL, 2015a, p. 154).

Já em relação ao desequilíbrio entre os candidatos, o princípio da igualdade é incapaz de igualar os competidores no plano fático, além não justificar a interferência estatal “nas diferenças pré-existentes entre os partidos”, que se diferenciam de acordo com a maior ou menor proximidade com a sociedade em que está inserido (BRASIL, 2015a, p. 210-211). Por essas razões, não há de se falar em incompatibilidade das normas impugnadas com o princípio da igualdade.

Esse é o entendimento que melhor se compatibiliza com a natureza do princípio. Primeiro, porque seu *conteúdo* foi rigidamente observado pelo legislador ordinário, que, afinal, erigiu um complexo sistema de financiamento misto sob a aspiração de promover a igualdade entre os competidores do pleito. Em segundo lugar, porque se verifica no plano do financiamento partidário e eleitoral que o *escopo* do princípio, relacionado ao tratamento isonômico e à vedação de diferenciações arbitrárias, foi inegavelmente realizado pela legislação impugnada, ainda de que forma parcial, dentro dos limites impostos pelo plano fático.

É que, nesse caso, o princípio da igualdade não poderia concretizar-se de forma diversa, sem uma intermediação normativa que levasse em conta a complexidade do sistema de financiamento partidário e eleitoral, submetido a inúmeros fatores de desequilíbrio, tais como a influência do partido que ocupa o governo durante o período das eleições *ou* a concentração de poderes na estrutura partidária. Nesse sentido, entende-se que a concretização direta do princípio, por meio de provimento judicial, é incapaz de abranger todos esses fatores e, por isso, ameaça desbastar as diferenças inerentes (e desejáveis) entre pessoas, agravando os problemas que se propôs a resolver.

Daí a conclusão de que o princípio da igualdade tem *força normativa* suficiente para instituir limites à arrecadação de recursos privados e impor o dever de prestação estatal, mas não para afastar uma das modalidades de financiamento concebidas pelo legislador ordinário no complexo sistema de financiamento brasileiro – que, por sinal, era bem avaliada pela doutrina (LORENCINI, 2013, p. 137). A declaração de inconstitucionalidade da legislação impugnada, sob o fundamento da violação do referido princípio, desconsiderou a concretização parcial que se deu a ele na legislação ordinária, em grave violação da Constituição e do direito.

3. FORMULAÇÕES TEÓRICAS: PRINCÍPIOS, DIÁLOGO INSTITUCIONAL E CONCRETIZAÇÃO DO SENTIMENTO SOCIAL

Nos capítulos anteriores, foram analisados os dispositivos constitucionais que fundamentaram a declaração de inconstitucionalidade da legislação impugnada na ADI n. 4.650/DF, concluindo-se pela inexistência de norma constitucional proibitiva de financiamento de partidos políticos e campanhas eleitorais por pessoas jurídicas.

Em relação ao artigo 14, § 9º, ficou demonstrado que a Constituição não contém proibição a toda e qualquer forma de financiamento, mas somente àquela *abusiva*.

Em relação aos princípios, a conclusão do presente estudo está fundada na premissa de que a vagueza das normas não permite ao intérprete extrair vedação tão específica como a proibição de uma modalidade de financiamento partidário e eleitoral, matéria que prescinde de desdobramento legislativo ¹². Conduta diversa eleva “o grau de discricionariedade, decisionismo e arbitrariedade”, fenômeno incompatível com a ordem constitucional (STRECK, 2011, p. 23). Com isso, não se pretende negar o caráter normativo e vinculante dos princípios, tampouco ignorar a possibilidade de aplicação imediata dessas normas na solução de casos concretos. A ressalva que se faz é de que dos princípios decorre tão somente uma contribuição à solução de casos concretos, e não fórmulas prontas e acabadas, pois, ainda que se reconheça o seu caráter estruturante na ordem jurídica, a função primordial de dar corpo e vida aos ditames constitucionais é do Poder Legislativo, por meio de desdobramentos na lei (RAMOS, 2015, p. 179)¹³.

Ora, as opções legislativas devem sempre ser respeitadas na medida em que não se pode demonstrar a sua incompatibilidade com o texto constitucional, já que foram concebidas pelo Poder que possui competência primária no caso, estando vedado ao juiz decidir se a previsão

¹² No acórdão proferido pelo Tribunal é possível identificar uma relevante premissa teórica na qual se assentou a declaração de inconstitucionalidade: a de que a normatividade recém-conferida aos princípios pela ordem jurídica permite extrair soluções para os casos concretos diretamente da Constituição (2015a, p. 158). Para uma crítica fundamentada a essa concepção, veja-se José Reinaldo de Lima Lopes (2003, p. 58). Em síntese, o autor esclarece que a noção de respeito aos princípios do ordenamento jurídico e o reconhecimento da sua normatividade remontam à interpretação medieval: já naquele tempo, a aplicação de uma regra envolvia a análise de todo o ordenamento, o que mais tarde veio a ser reconhecido como interpretação sistemática.

¹³ No mesmo sentido, veja-se a premissa estabelecida no voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes (BRASIL, 2015a, p. 258-260).

legal é boa ou ruim (RAMOS, 2015, p. 188). No mesmo sentido, se a comprovação da violação da Constituição não for possível, o juiz que declara a inconstitucionalidade viola a Constituição e a lei, porque “excede a sua competência e ofende o princípio democrático que designa o legislador como representante do povo e, portanto, como primeiro concretizador da Constituição” (DIMOULIS, 2001, p. 228).

Se, como restou demonstrado, não há incompatibilidade entre as normas impugnadas na ADI n. 4.650/DF e a Constituição Federal, porque a última não vedou o financiamento partidário e eleitoral por pessoas jurídicas, limitando-se a estabelecer padrões mínimos que foram efetivamente observados pelo legislador ordinário na conformação dos vários modelos de financiamento que vigoraram sob a Constituição de 1988, não poderia o STF ter declarado a inconstitucionalidade das referidas normas. Ao assim proceder, o Tribunal promoveu um salto da interpretação diretamente ao plano constitucional, mesmo havendo regras infraconstitucionais vigentes, compatíveis com a Constituição, para reger o tema. A essa subversão da rede de relações hierárquicas estabelecida entre os vários níveis de concretização normativa, a doutrina atribuiu o nome de “anti-escalonamento da ordem jurídica” (ÁVILA, 2008, p. 8).

Ante a constatação de inexistência de regramento constitucional para o tema, a postura adequada seria a de verificar a existência de regra constitucional regulando a atribuição de competência, qual seja, o artigo 22, inciso I, para, em seguida, apurar que o Poder Legislativo exerceu o dever de fixar regras sobre Direito Eleitoral, ao editar a legislação impugnada, que, conforme se constatou, obedecia ao artigo 14, § 9º, e aos princípios democrático, republicano e da igualdade. O regramento instituído por essa legislação deveria ter sido acatado, independentemente de não ser considerado, pelos julgadores da ADI n. 4.650/DF, a melhor opção de concretização da Constituição (ÁVILA, 2008, p. 10-11).

Essa violação à estrutura do ordenamento jurídico soma-se àquela exercida contra a Constituição, mediante a inserção de norma proibitiva de financiamento partidário e eleitoral por pessoas jurídicas no § 9º do artigo 14 e nos princípios constitucionais, cujos conteúdos não albergam tal vedação. Juntas, evidenciam a *inaceitabilidade* da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal¹⁴.

¹⁴ Sobre a observância às exigências estruturais do ordenamento, veja-se as palavras de Dimitri Dimoulis: “As decisões dos órgãos de aplicação só podem ser juridicamente aceitas se for comprovado que decorrem de normas superiores. Esse é o critério do caráter (juridicamente) correto de certa interpretação. As interpretações devem respeitar, de maneira rigorosa, os mandamentos e procedimentos do “castelo” de normas que foi criado pelos legisladores e pelos conceitos elaborados em séculos de reflexão doutrinária, transmitida pelo ensino universitário” (2015, p. 864).

O Tribunal pretendeu justificar a decisão caracterizando-a como mera deflagradora de um *diálogo institucional*, modelo no qual a “decisão do Judiciário não é necessariamente a última palavra sobre o assunto, mas pura e simplesmente uma parte de um diálogo incessante” entre os Poderes (SILVA, 2009, p. 20). A ideia conduziu os votos da corrente majoritária e consta na ementa do acórdão como uma das premissas da decisão. Trata-se de concepção controversa¹⁵ e uma análise aprofundada do tema foge ao escopo do presente trabalho.

Basta destacar que a assunção do papel de *player* político pelo Tribunal, sob a afirmação de que “algumas questões precisam exatamente dessa atividade dialógica entre todos os Poderes”, não diz muito acerca da legitimidade (ou, no nosso caso, da *aceitabilidade*) da decisão proferida em diálogo institucional¹⁶. Ainda que opte por uma atuação expansiva nessa direção, o Tribunal não fica desincumbido de observar os limites impostos aos seus membros, tampouco se vê livre do dever de fundamentar suas decisões de acordo com a Constituição e o ordenamento jurídico.

Tampouco afirmar que a decisão proferida está amparada no *conjunto de valores morais da sociedade* confere legitimidade ao provimento judicial ou desobriga o Tribunal a observar seus limites. Segundo o Min. Relator, o autor da ação “confrontou o modelo normativo com o *ideário da Nação*, com seus princípios, e verificou uma notória inconstitucionalidade”, razão pela qual a ação mereceria provimento (BRASIL, 2015a, p. 161). Contudo, o argumento de que os imperativos éticos e a inspiração de justiça material se incorporaram à apreciação do Tribunal não bastam.

A adoção de parâmetros morais e de justiça, tal como realizada pelo STF nesse caso, “permanece palavra vazia”, porque esses são conteúdos individuais e mutáveis. Assim, a referibilidade exclusiva a valores da sociedade não confere legitimidade à decisão do intérprete, porque amplia de forma ilimitada a sua liberdade, ao invés de guiá-lo rumo à resposta adequada. Trata-se tão somente de “uma negação verbal, na tentativa de legitimar a decisão não como decorrência da vontade do aplicador, mas como produto de uma suposta retidão/correção (*Richtigkeit*) ética e jurídica” (DIMOULIS, 2001, p. 234-235).

¹⁵ De um lado, Conrado Hübner Mendes (2011, p. 6) e, de outro, Carlos Eduardo Frazão (2015, p. 8).

¹⁶ “To show that the court may be seen as a mere ‘interlocutor’ in an ongoing conversation does not bring such a relief. It does not immunize the court from a legitimacy test, nor does it liberate the court from the responsibility of taking appropriate decisions” (MENDES, 2011, p. 2-3).

CONCLUSÃO

Para avaliar a possibilidade de restabelecimento do financiamento de partidos e campanhas por pessoas jurídicas, o presente artigo analisou a decisão proferida pelo STF no julgamento da ADI n. 4.650/DF, buscando delimitar o ônus do legislador nessa empreitada ou, em outras palavras, compreender como os fundamentos empregados pelo Tribunal vinculam o legislador.

A análise da doutrina e da própria jurisprudência do STF revelou que o legislador constituinte optou por não regulamentar a matéria, legando um amplo espaço de conformação ao Poder Legislativo. Não há, na Constituição Federal, qualquer vedação ao financiamento por pessoas jurídicas – e a decisão do Tribunal em sentido diverso é desprovida de fundamento constitucional, além de implicar a invasão indevida na esfera competência do legislador.

A decisão do STF ainda perturbou a evolução legislativa natural do modelo de financiamento, à qual foi preciso renunciar para instituir um fundo público em substituição às doações por empresas – que, como adiantado no capítulo introdutório, enfrenta expressiva rejeição popular.

Tudo isso sem sequer garantir o aprimoramento do sistema eleitoral, pois, conforme amplamente debatido, é possível que a mudança tenha contribuído para a concentração de ainda mais poderes nas cúpulas dos partidos, para o favorecimento indevido de candidatos capazes de financiarem as próprias campanhas e para a difusão de práticas indesejadas de lavagem de dinheiro (REIS; EDUARDO, 2019)¹⁷.

Considerando todo o exposto, é lícito concluir que o financiamento de partidos políticos e campanhas eleitorais por pessoas jurídicas pode ser restabelecido pela via legislativa, inclusive ordinária, ante a ausência de vedação constitucional nesse sentido. Além disso, as mudanças ocorridas nos planos fático e axiológico desde o julgamento da ADI nº 4.650/DF também podem justificar a reintrodução do financiamento por pessoas jurídicas no ordenamento. O restabelecimento pode se dar em qualquer extensão, desde que observados os parâmetros constitucionais que rejeitam a influência *abusiva* do poder econômico nos pleitos,

¹⁷ Segundo a pesquisa, realizada no campo da Ciência Política, “a concentração das fontes de doação de campanha permaneceu elevada, provavelmente porque aumentou o peso do autofinanciamento, o que favorece candidatos mais ricos; e o efeito do gasto de campanha sobre o desempenho eleitoral não diminuiu, provavelmente porque se intensificou a prática do caixa dois” (p. 75). No mesmo sentido, veja-se a opinião de especialistas veiculada na imprensa (PARA..., 2018) e os apontamentos do Min. Gilmar Mendes no julgamento da ADI nº 5.394/DF (BRASIL, 2018, p. 71-75).

bem como os que privilegiam o caráter democrático, republicano e isonômico da competição – como, afinal, a legislação anterior já fazia.

REFERÊNCIAS

ALCOLUMBRE defende volta do financiamento privado na eleição. Estado de Minas, 2019. Disponível em:

https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2019/09/19/interna_politica,1086517/alcolumbre-defende-volta-do-financiamento-privado-na-eleicao.shtml. Acesso em 04.05.2021.

ÁVILA, Humberto. “**Neoconstitucionalismo**”: entre a “ciência do Direito” e o “Direito da ciência”. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./fev./mar., 2009.

ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. **O ativismo judicial e seus limites**. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

BASTOS, Celso Ribeiro de; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**, 2º volume, Arts. 5º a 17. São Paulo: Saraiva, 1989.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.076/DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Sessão Plenária de 15.06.1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.709/SE. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Sessão Plenária de 01.08.2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.650/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Sessão Plenária de 17.09.2015a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.105/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Sessão Plenária de 01.10.2015b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.394/DF. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Sessão Plenária de 22.03.2018.

CAGGIANO, Monica Herman S. **Da Operação Eleitoral**: Enquadramento Jurídico. In: CAGGIANO, Monica Herman S. (coord); MESSA, Ana Flávia; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (orgs). **Direito eleitoral em debate**: estudos em homenagem a Cláudio Lembo. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 20-61.

CAGGIANO, Monica Herman S. **Corrupção e financiamento das campanhas eleitorais**. In: ZILVETI, Fernando Aurélio; LOPES, Sílvia (orgs). **O regime democrático e a questão da corrupção política**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 116-142.

CAPPELLETI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1993.

CASSEB, Paulo Adib. **Vantagens e desvantagens do financiamento público de campanhas eleitorais.** In: CAGGIANO, Monica Herman S. (coord); MESSA, Ana Flávia; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (orgs). **Direito eleitoral em debate:** estudos em homenagem a Cláudio Lembo. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 167-187.

CONSTITUIÇÃO não traz parâmetro para doação de campanha. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jan-08/especialistas-stf-legitimidade-julgar-doacoes-empresas>. Acesso em 04.05.2021.

DEVE-SE repensar o financiamento da política. O Globo, 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniaao/deve-se-repensar-financiamento-da-politica-1-24123857>. Acesso em 04.05.2021.

DIMOULIS, Dimitri. **A relevância prática do positivismo jurídico.** Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 102, jan./jun. 2001, p. 215-253.

DIMOULIS, Dimitri. **Discrecionalidade e justificação:** reflexões sobre a visão juspositivista da interpretação jurídica. In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, v. 31, 2015, p. 855-866.

FERRAZ, Sérgio. **Não é papel da Justiça criar regras sem qualquer compromisso com a Constituição.** Revista Eletrônica Consultor Jurídico, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-26/interesse-publico-justica-nao-criar-regras-qualquer-compromisso-cf>. Acesso em 04.05.2021.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, 34ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O papel político do judiciário e suas implicações.** In: FRANCISCO, José Carlos (coord). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional:** do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 221-241.

FRAZÃO, Carlos Eduardo. **A PEC do financiamento empresarial de campanhas eleitorais no divã: a constitucionalidade material à luz da teoria dos diálogos institucionais.** Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE, Belo Horizonte, ano 7, n. 12, jan./jun. 2015.

FUX, Luiz. **Princípios de Direito Eleitoral.** In: NORONHA, João Otávio de; PAE KIM, Richard (orgs). **Sistema político e direito eleitoral brasileiros:** estudos em homenagem ao Ministro Dias Toffoli. São Paulo: Atlas, 2016, p. 507-536.

GUEDES, Néviton. **Empresas e o direito de participar do debate político-eleitoral.** Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE, Belo Horizonte, ano 6, n. 10, jan./jun. 2014.

JEHÁ, Pedro Rubenz. **Os Partidos Políticos em Cenário Eleitoral.** In: CAGGIANO, Monica Herman S. (coord); MESSA, Ana Flávia; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (orgs). **Direito eleitoral em debate:** estudos em homenagem a Cláudio Lembo. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 87-119.

KLAFKE, Guilherme Forma. **Os Acórdãos do STF como documentos de pesquisa e suas características distintivas**. FGV Direito SP, Research Paper Series N°. 132, 2015. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2676292. Acesso em 04.05.2021.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 4ª ed., trad. José Lamego. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2005.

LIMA LOPES, José Reinaldo de. **Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras**. Revista de informação legislativa, v. 40, n. 160, p. 49-64, out./dez. 2003.

LORENCINI, Bruno César. **Aspectos jurídicos do financiamento eleitoral no Brasil**. In: CAGGIANO, Monica Herman S. (coord); MESSA, Ana Flávia; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (orgs). **Direito eleitoral em debate: estudos em homenagem a Cláudio Lembo**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 123-140.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Código Eleitoral interpretado**. 3º ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MACHADO, Marcelo Passamani. **O financiamento das campanhas eleitorais: perspectivas para uma reforma política**. In: LEMBO, Cláudio (coord); CAGGIANO, Monica Herman S. (org). **O voto nas Américas**. São Paulo: Cepes, 2008, p. 183-217.

MENDES, Conrado Hübner. **Neither dialogue nor last word** (Deliberative Separation of Powers III). *Legisprudence*, Vol. 5, No. 1, pp. 1-40, 2011.

PARA especialistas, cúpulas ganham poder com novo fundo eleitoral. UOL, 2018. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/eleicoes/2018/noticias/agencia-estado/2018/01/29/para-especialistas-cupulas-ganham-poder-com-novo-fundo-eleitoral.htm>. Acesso em 07.07.2021.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, Elival da Silva. **O Delineamento do Estatuto dos Partidos Políticos na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. In: Revista de Direito Administrativo, v. 248, maio/ago. de 2008, p. 54-72.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5 ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1994.

REIS, Bruno Pinheiro Wanderley; EDUARDO, Felipe Lima. **A Distância entre Intenção e Gesto: consequências da proibição de doações eleitorais por pessoas jurídicas nas eleições municipais de 2016**. In: Boletim de Análise Político-Institucional, n. 21, out. 2019, p. 67-76.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **As exigências de uma concepção jurídica baseada em princípios**. In: José Carlos Francisco (Org.), **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**, Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O STF e o controle de constitucionalidade**: deliberação, diálogo e razão pública. RDA - Revista de Direito Administrativo. Belo Horizonte, ano 2009, n. 250, jan./abr. 2009.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Sistemas eleitorais**: tipos, efeitos jurídico-políticos e aplicação ao caso brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1999.

STOCO, Rui; STOCO, Leandro de Oliveira. **Legislação eleitoral interpretada**: doutrina e jurisprudência. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Contra o neoconstitucionalismo**. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun. p. 9-27.

ISS - LOCAL DE INCIDÊNCIA E PAGAMENTO DO IMPOSTO NAS OPERAÇÕES DE CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO

ISS- PLACE OF INCIDENCE AND PAYMENT OF ISS IN THE ACTIVITY OF CREDIT AND DEBIT CARD MANAGEMENT

Rodrigo Carvalho de Santana Pinho¹

Elias Pereira Lopes Júnior²

Resumo: O trabalho tem como objetivo analisar doutrinária e jurisprudencialmente o local de incidência e pagamento do Imposto sobre Serviços (ISS) na atividade de administração de cartão de crédito ou débito. Diante da necessidade de constante atualização, a pesquisa se desenvolve na análise crítica do porquê o imposto municipal deve ser cobrado no estabelecimento prestador, além de estar contemporânea à novidade legislativa da Lei Complementar nº 175/2020. Para isto, utilizou-se de pesquisa bibliográfica e documental. A elaboração do artigo está compilada de forma que além da introdução, abarque a fundamentação teórica e a parte dinâmica quando o tema se apresenta ao Poder Judiciário. Na sequência, serão apresentados os caminhos metodológicos percorridos, a análise dos resultados e por fim, as conclusões. Desse modo, utilizou-se da pesquisa qualitativa na natureza e exploratória para os objetivos almejados. Como resposta ao problema de pesquisa foi demonstrado que o ISS sobre o serviço prestado pela administradora do cartão de crédito é o do estabelecimento do prestador. Conclui-se que há necessidade de maior reflexão por parte do legislador, haja vista que uma das preocupações na elaboração da Lei Complementar nº 157/2016 era a grande oneração e inviabilidade da atividade das administradoras de cartão nos mais de 5.000 municípios brasileiros.

Palavras-chave: ISS; administração de cartão de crédito ou débito; federalismo fiscal; estabelecimento prestador.

Abstract: The work aims to analyze doctrinally and jurisprudentially the place of incidence and payment of tax for services in the activity of credit or debit card management. In view of the need for updating, the research constitutes a critical analysis of reason the municipal tax should be the location in the provider establishment, in addition to being contemporary to the legislative novelty of Law no. 175/2020. For this, bibliographic and documentary research was used. The preparation of the article is compiled in such a way that, over the Introduction, it encompasses the theoretical foundation and the dynamic part when the theme is presented to the Judiciary. Then, it will be necessary the methodological path followed, an analysis of the results and finally, clicking them. In response to the research problem, it was demonstrated that the ISS on the service provided by the credit card administrator is that of the provider's establishment. It is concluded that there is a need for greater reflection on the

¹ Advogado na RR Advocacia & Consultoria. Pós-graduado MBA em Gestão e Planejamento Tributário. Pós-graduando em Direito Digital e Proteção de Dados- IDP.

² Professor efetivo do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal do Cariri (UFCA). Doutor em Administração de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas - FGV/EAESP (2016) na linha de pesquisa em Estratégia Empresarial.

part of the legislator, given that one of the concerns in the elaboration of Law no. 157/2016 was the great burden and unfeasibility of the activity of card administrators in the more than 5,000 Brazilian municipalities.

Keywords: Tax for services; credit or debit card management; fiscal federalism; provider establishment.

Sumário: Introdução. 1. Referencial teórico. 1.1. ISS e a competência tributária municipal. 1.2. Elemento especial ISS. 1.3. Aspecto espacial no Decreto-Lei Nº 406/1968. 1.4 O aspecto espacial do iss na lei complementar nº 157/2016. 1.5 prestação-meio e prestação-fim. 1.6 Administração de cartões de débito e crédito. 1 Metodologia. 3. Resultado. Considerações finais

INTRODUÇÃO

O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) tornou-se fonte de disputa em vários entes federativos municipais. A celeuma concentra-se na definição do local onde ocorre o fato gerador e, por consequência, onde é devido o pagamento do imposto nas operações de cartão de crédito ou débito.

Ocorre que referido cenário de insegurança jurídica foi agravado a partir da mudança feita pela Lei Complementar nº 157/2016, quando incluiu os serviços do item 15.01, da lista anexa, na competência do município do tomador do serviço, nos termos do artigo 3º, da Lei Complementar nº 116/2003, e não no município sede do estabelecimento do prestador.

Ressalte-se a relevância em termos de arrecadação tributária das administradoras, credenciadoras, bandeiras, emissoras e processadoras das operações com cartão de crédito ou débito. Por exemplo, no 4º trimestre do ano de 2020, o setor de cartões cresceu 15,3%, com movimentação de R\$609,6 bilhões, e expectativa de R\$2,38 trilhões para o ano de 2021, segundo a associação que representa as empresas do setor de meios eletrônico de pagamento-ABECS (2020).

Surge assim o problema de pesquisa: quais razões fundamentam que o Município, sede do estabelecimento do prestador, seja o sujeito ativo nesse serviço, e não o Município do tomador do serviço?

Logo, o objetivo geral da pesquisa é analisar doutrinária e jurisprudencialmente o local de incidência e do pagamento do ISS, dos serviços de administradoras de cartão de crédito ou débito.

Foram encontrados diversos trabalhos científicos acerca do assunto, dentre os quais se destaca o estudo de Baroni e Bifano (2019), abordando as disposições legais, jurisprudenciais e doutrinárias acerca do assunto; o de Brigagão (2018), especificamente acerca da manutenção da falta de segurança jurídica na cobrança de ISS no destino; e o de Magieri (2017), no qual faz uma análise minuciosa acerca do ISS nos serviços de administradoras de cartão de crédito ou débito, inclusive abordando jurisprudência e conceitos.

Dada a constante necessidade de atualização, este estudo contribui para o aprofundamento das discussões pela comunidade jurídica e social, tendo em vista que estudos anteriores não abordaram amiúde o porquê do serviço de administração de cartão de crédito ou débito ser devido no estabelecimento prestador, além do fato que o presente trabalho conta com a contemporaneidade da vigência da Lei Complementar nº 175/2020, que tratou justamente de pontos questionados na Lei Complementar nº 157/2016. Adicionalmente, pode estimular novas pesquisas no ambiente acadêmico.

Embasa-se essa investigação em pesquisa bibliográfica e documental, com uso da doutrina, legislação, trabalhos científicos e jurisprudência. Assim, busca-se alcançar o objetivo geral por meio de uma pesquisa qualitativa, bibliográfica e documental, possibilitando ao final que seja respondida a questão de pesquisa.

A elaboração do artigo está compilada de forma que além desta Introdução, abarque a fundamentação teórica e a parte dinâmica quando o tema se apresenta ao Poder Judiciário. Por conseguinte, será exposto o caminho metodológico utilizado, a análise dos resultados e a conclusões.

1 REFERENCIAL TEÓRICO

1.1 Iss e a competência tributária municipal

O ISS tem fundamento no artigo 156, inciso III, da Constituição da República Federativa de 1988. Precedente à Carta Magna de 1988, o ISS foi oriundo da reforma tributária proposta na Constituição de 1946 por meio da Emenda Constitucional nº 18/1965 (Martins, 2017).

Aos Municípios cabe a atribuição do sistema tributário conforme disposições do Texto Constitucional, nas Constituições dos Estados e nas Leis Orgânicas dos Municípios (Machado, 2015).

Complementando, conforme Sabbag (2015, pg. 413): “A competência tributária é a habilidade privativa e constitucionalmente atribuída ao ente político para que este, com base na lei, proceda à instituição da exação tributária”.

Percebe-se, portanto, um sistema tributário com sua raiz central na Constituição Federal, onde os tributos aparecem bem delimitados e organizados, sobrando a implementação e normatização da competência tributária por norma infraconstitucional.

No trato específico dos Municípios, nos artigos que seguem presentes no corpo constitucional, em específico os artigos 29 e 30 da Carta Magna de 1988, os entes federativos municipais detêm competência legislativa própria e exclusiva (CARRAZZA, 2013).

Assim, para Temer (1995), os Municípios detêm titularidade de competência própria dentre as matérias de interesse local, como a decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e aplicação de suas rendas.

Logo, nessa linha de raciocínio, o Município detém legítima autonomia para legislar acerca das matérias expressamente dispostas na Carta Política de 1988, inclusive na instituição e arrecadação dos seus tributos.

Nesse sentido, aduz Torres (2007, p. 7):

Competência privativa é a outorgada pela CF à União, aos Estados e aos Municípios para instituírem, por lei ordinária, os impostos elencados nos arts. 153, 155, 156 [...] A competência privativa impede que qualquer outro ente público, que não seja o titular do poder de legislar, possa instituir o tributo discriminado na CF, mesmo no caso de lacuna impositiva, pois estaria caracterizada a invasão de competência[...]

Ainda segundo Torres (2007), o sistema tributário nacional é considerado de acordo com a base econômica de incidência, à medida que possui traços econômicos distintos, com o objetivo de evitar incidência sobre fatos econômicos idênticos, além da facilitação de arrecadação e fiscalização. Argumenta, ainda, que o sistema tributário federado se estrutura a partir da titularidade da competência impositiva, chamado federalismo fiscal, com o fim de igualdade dos entes federativos; com a distribuição equilibrada de recursos financeiros; e autonomia dos entes públicos para legislar e arrecadar os seus tributos. Há, portanto, há um sistema tributário federado composto segundo a autonomia decorrente da forma de Estado federal, levada a efeito pelos artigos 153, 155 e 156, da Carta Política de 1988, o que, para Carrazza (2013), significa uma evidente inconstitucionalidade das chamadas listas de serviços, que orientam os entes federativos municipais na tributação do Imposto Sobre Serviços.

Mas, essa autonomia possui um limite quanto a instituição e arrecadação tributária, o que torna prioridade absoluta a definição da extensão e da intensidade em que se autoriza a intervenção da autoridade estatal (Mendes, 2011).

Dentre os princípios que regulam e limitam o poder de tributar, está o princípio da territorialidade, que, apesar de não se manifestar no texto constitucional, ensejará os poderes vinculantes da lei nos limites geográficos da pessoa que a editou, o que, conseqüentemente, é condição de extrema importância na manutenção da harmonia proposta pelo ordenamento jurídico (CARVALHO, 2005).

Tal princípio, juntamente com a lei complementar referida no artigo 146, da Carta Magna de 1988, têm como escopo evitar a prática de guerra fiscal entre os diversos entes tributantes.

Analizada a perspectiva constitucional do ISS, passa-se ao estudo de seu elemento espacial, com conceitos jurídicos de grande importância para a compreensão e desenvolvimento do artigo.

1.2 Elemento espacial do iss

Primeiramente, como preliminar para o estudo do elemento espacial do ISS, imprescindível à análise do que seja a hipótese de incidência tributária.

Fato impositivo significa aquele passível à imposição tributária, de modo que não existe aquele sem a incidência. Esta, também impositiva, haja vista que provém de uma lei que institui o tributo, com a ocorrência do fato, assumiu a plenitude jurídica, caracterizando linguagem prescritiva geral e abstrata, hipótese tributária, e sua projeção factual, fato gerador (CARVALHO, 2005).

Nesse sentido, expõe Ataliba (1999, p. 53):

Há, portanto, dois momentos lógicos (e cronológicos): primeiramente, a lei descreve um fato e di-lo capaz (potencialmente) de gerar (dar nascimento a) uma obrigação. Depois, ocorre o fato; vale dizer: acontece, realiza-se. [...] Preferimos designar o fato gerador *in abstracto* por “hipótese de incidência” e *in concreto* por “fato impositivo”[...].

Apesar da hipótese de incidência tributária prever vários aspectos, como o pessoal, material, temporal, será analisada a qualidade espaço como elemento da incidência tributária.

Ataliba (1999) entende o aspecto espacial como condicionante na atividade legisladora, de modo que a hipótese de incidência qualifica-se como fato, quando este se dê no

território de validade da lei, na área sujeita ao legislador tributário, como consequência do princípio da territorialidade da lei.

Ocorre que, em paralelo à regra geral, prevê o artigo 102 do Código Tributário Nacional que a legislação de diferentes entes federados vigora, no país, nos limites que lhe reconheçam extraterritorialidade os convênios de que participem, ou do que disponham esta ou outras leis de normais gerais expedidas pela União.

Apresentada a concepção espacial, elemento da hipótese tributária e, conseqüentemente, do fato gerador, passa-se ao estudo do aspecto espacial no Decreto-lei nº 406/1968 e na Lei Complementar nº 116/2003, após a Lei Complementar nº 157/2016.

1.3 Aspecto espacial no decreto-lei nº 406/1968

Primeiramente, cabe salientar que o revogado Decreto-lei nº 406/1968 dispunha sobre o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias- ICM- e sobre o Imposto Sobre Serviços. Esse diploma normativo revogou diversos artigos da Lei nº 5.172/1966, o Código Tributário Nacional, inclusive aqueles que tratavam do ISS (BAPTISTA, 2005, p.214).

Com o nascimento da Constituição de 1988, o Código Tributário Nacional e o Decreto-lei nº 406/1968 foram recepcionados com força de lei complementar, haja vista as disposições de norma gerais em matéria tributária, conflito de competência e limitações ao poder de tributar (BAPTISTA, 2005, p. 225).

O revogado art. 12 do Decreto-lei nº 406/1968 determinava o local da prestação do serviço e, conseqüentemente, do ente municipal que vai exigir o imposto:

Art.12. Considera-se local da prestação do serviço:

- a) o do estabelecimento do prestador ou, na falta de estabelecimento, o do domicílio do prestador;
- b) no caso de construção civil o local onde se efetuar a prestação.
- c) no caso do serviço a que se refere o item 101 da Lista Anexa, o Município em cujo território haja parcela de estrada explorada.

O diploma normativo estabeleceu, portanto, três critérios para a incidência e pagamento do imposto municipal, prevendo como regra geral, o estabelecimento do domicílio do prestador onde o ISS será devido.

O dispositivo supracitado foi alvo de grandes controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, especificamente envolvendo serviços de administradoras de cartão de crédito ou débito, haja vista que, ao eleger para grande parte dos serviços no estabelecimento do prestador ou, na falta de estabelecimento, o do domicílio do prestador, o legislador

complementar desconsiderou o local da prestação do serviço (BARONI; BIFANO, p.12, 2018).

Corroborar esse argumento inúmeros julgados do Superior Tribunal de Justiça, inclusive em recurso especial repetitivo nº 1.117.121/SP, relatora Ministra Eliana Calmon, quando entendeu que quanto à competência para cobrança do ISS, se é do Município onde se localiza a sede da empresa prestadora de serviços, conforme determina o artigo 12 do Decreto-Lei n. 406/1968, ou do Município onde aqueles são prestados, pacificou-se o entendimento de que o Município competente para realizar a cobrança do ISS é o do local da prestação dos serviços em que se deu a ocorrência do fato gerador do tributo.

Percebe-se, portanto, uma concreta divergência que precisou ser pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça, porque na forma que determinou o art. 12, do Decreto-Lei nº 406/1968 culminava no desvirtuamento do já analisado princípio da territorialidade. Com esse fim, editou-se a Lei Complementar nº 157/2016.

1.4 O aspecto espacial do iss na lei complementar nº 157/2016

A Lei Complementar nº 157/2016 alterou a Lei Complementar nº 116/2003, que dispõe sobre o ISS, e incluiu a disposição que alguns serviços fossem recolhidos no município onde está o tomador de serviços. Com relação à eficácia da norma, conforme o art. 7º do diploma supracitado, suas alterações entraram em vigor no dia de sua publicação, qual seja, 29 de dezembro de 2016, devendo seu texto obedecer a anterioridade do exercício e a anterioridade nonagesimal. Ocorre que, como a norma trouxe novas hipóteses do ISS, é imprescindível que os Municípios, ao instituir por lei essas hipóteses de incidência, obedeçam ao princípio da anterioridade anual e nonagesimal. Assim, as novidades somente seriam exigidas no exercício seguinte ao da publicação da lei de cada ente municipal, qual seja, o exercício financeiro de 2018.

Inicialmente, a Lei Complementar nº 116/2003 adotou a mesma diretriz do Decreto-lei nº 406/1968, com critério do estabelecimento prestador para estabelecer o local de incidência do imposto, porém com exceções que não estavam na legislação anterior.

Nesse sentido aduz Martins (2017, p.156):

A Lei Complementar n. 116/2003 não prestigiou integralmente a orientação de que o ISS é devido no local da prestação dos serviços, ou seja, o princípio da *lex loci actus*, apenas tratando-se de obras de construção civil, isto é, onde se efetua a prestação de serviços [...].

Como um dos motivos para a alteração da Lei Complementar nº 116/2003, tratando-se especificamente dos serviços cobrados no estabelecimento do tomador de serviços, está os prestados pelas administradoras de cartão de crédito ou débito. Estas, quando incluídas na motivação para alterar a legislação, eram responsáveis por R\$ 54 bilhões concentrados em poucos municípios, mas, agora, aproximadamente R\$ 6 bilhões serão repassados onde o tomador de serviços está localizado, segundo a Confederação Nacional de Municípios (2017).

Inclusive, a problemática na parte operacional de arrecadação foi intensamente debatida na discussão e aprovação da Lei Complementar nº 157/2016, haja vista a sujeição potencial à legislação de mais de 5 mil Municípios, o que oneraria veementemente as administradoras de cartão de crédito ou débito com expansão administrativa para executar o pagamento desconcentrado do ISS.

Com fim de evitar uma onerosidade desse tipo, o Presidente da República sancionou a Lei Complementar nº 175/2020, que dispõe que o ISS será declarado por meio do sistema eletrônico unificado para todo o país até o 25º dia do mês seguinte à prestação do serviço. Ademais, a lei prevê regra de transição dos municípios que detinham grande receita, a fim de terem um ajuste gradual no caixa. Neste sentido, dispõe o artigo 15, da lei em comento:

Art. 15. O produto da arrecadação do ISSQN relativo aos serviços descritos nos subitens 4.22, 4.23, 5.09, 15.01 e 15.09 da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, cujo período de apuração esteja compreendido entre a data de publicação desta Lei Complementar e o último dia do exercício financeiro de 2022 será partilhado entre o Município do local do estabelecimento prestador e o Município do domicílio do tomador desses serviços, da seguinte forma:

I - relativamente aos períodos de apuração ocorridos no exercício de 2021, 33,5% (trinta e três inteiros e cinco décimos por cento) do produto da arrecadação pertencerão ao Município do local do estabelecimento prestador do serviço, e 66,5% (sessenta e seis inteiros e cinco décimos por cento), ao Município do domicílio do tomador;

II - relativamente aos períodos de apuração ocorridos no exercício de 2022, 15% (quinze por cento) do produto da arrecadação pertencerão ao Município do local do estabelecimento prestador do serviço, e 85% (oitenta e cinco por cento), ao Município do domicílio do tomador;

III - relativamente aos períodos de apuração ocorridos a partir do exercício de 2023, 100% (cem por cento) do produto da arrecadação pertencerão ao Município do domicílio do tomador.

Desse modo, o objetivo do legislador foi de atender a segurança jurídica e fiscal dos entes municipais afetados. Acerca da segurança jurídica, Maia Filho (2015) descreve que o surgimento do Estado trouxe a territorialidade de poder e autoridade, na promessa de controle e repressão de condutas e dos atos de quaisquer agentes sociais, públicos ou particulares, que fossem capazes de magoar ou ferir os direitos positivados nas leis, de modo que há uma negativa geral de que regras legais novas ou afluentes incidam sobre situações que se

constituíram definitivamente no passado, quando vigiam outras regras positivas, outro era o ambiente sociocultural e outras eram crenças e vivências sobre tais situações.

Entretanto, não se pode deixar de argumentar que a corrente que apregoa a irretroatividade da lei sofre exceções por razões singulares e maiores a esse entendimento, mesmo quando ocasiona lesão de direitos pessoais. Para reforçar esse argumento, cita-se Maia Filho (2015, p.86-87):

Quando sobrevém uma regra legal nova, impactando situações subjetivas que antes se haviam estabelecido, é possível alegar, em desfavor da sua preservação (ou a favor da sua desconsideração), o mágico argumento da prevalência do interesse público- essa chave enigmática que abre todas as portas, numa relação conflitante com os poderes públicos-, que tem a eficácia de submeter todos os outros interesses.

Ocorre que, apesar da boa intenção do legislador, tal fato gerou um problema devido à alteração do sujeito ativo do imposto, ao pretender transferir do local da obrigação de fazer para aquele de domicílio do tomador, sem que isso conste na repartição constitucional de competência tributária, além da atribuição para cobrança a Município no qual não se realiza nenhum fato gerador do imposto municipal, mas apenas atividades preparatórias ou atividades-meio para a incidência dele.

Desse modo, imprescindível pontuar no caso das administradoras de cartão de crédito ou débito, que a atividade legislativa adentrou numa seara vedada pelo Código Tributário Nacional, quando afirma no artigo 110, que: “A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance dos institutos, conceitos e formas de Direito Privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal para definir competências tributárias”.

O estabelecimento é a reunião de bens considerados essenciais para o exercício da atividade, resultado de bens corpóreos- mercadorias, instalações, equipamentos, utensílios-, e resultado de bens incorpóreos- marcas, patentes, direitos, ponto (COELHO, 2011). Soma-se ao conceito apresentado o disposto no artigo 4º, da Lei Complementar nº 116/2003, considerando estabelecimento prestador o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços e que configure unidade econômica ou profissional.

Assim, no próximo tópico, será analisado a atividade da administradora de cartão de crédito ou débito na sua relação contratual, e que não se confunde com o fato gerador do ISS, a obrigação de fazer, prestação-fim.

1.5 Prestação-meio e prestação-fim

Inicialmente, cabe pontuar que existem correntes doutrinárias acerca de onde é devido e de onde deve ser pago o imposto municipal, quando o Decreto-lei 406/1968, no artigo 12, alínea “a”, estabeleceu como local da prestação do serviço o do estabelecimento prestador ou, na falta de estabelecimento, o do domicílio do prestador.

Na linha de raciocínio de crítica à alínea “a” do diploma supramencionado, seguem Carraza (2013) e Melo (2017) quando pontuam a autonomia dada pela Carta Magna de 1988 aos Municípios, inclusive para legislar sobre assuntos de interesse local, prestigiando o princípio da territorialidade. Assim, dispõe Melo (2017, p.253):

Entretanto, a territorialidade não era prestigiada relativamente a todas as outras espécies de serviços, sendo o caso de se indagar o seguinte: o comando inserto na alínea “a”, do art. 12, do Decreto-lei 406/1968, poderia padecer de vício de inconstitucionalidade sob o fundamento de que estaria restringindo o exercício da competência dos Municípios, tendo em vista a autonomia que lhes é conferida para legislar sobre assuntos de interesse local, inclusive tributo que lhe é devido (art. 30, I e II, da CF)?

Logo, percebe-se um distanciamento da opção do legislador pelo estabelecimento do prestador como o local de incidência e pagamento do imposto municipal, haja vista que se trata de uma ficção jurídica, desprestigiando princípios tão caros e que foram previstos na lei das leis, a Constituição.

Por outro lado, há corrente que prega a necessária distinção entre reconhecer o ISS sobre prestação de serviço como cumprimento de um dever jurídico contratual, que é um desdobramento de um contrato (negócio, relação jurídica), com o próprio contrato ou ato de contratar. Neste sentido, aduz Baptista (2005, p. 276):

Contratar é, sem dúvida, um comportamento humano. Mais do que isso, um comportamento que, a depender do seu conteúdo, pode, inclusive, revelar capacidade contributiva. Mas o artigo 156, III, da Constituição vigente, não outorga às pessoas políticas a competência para instituir tributo sobre contrato ou contratação de serviços, negócio jurídico, relação jurídica, ou qualquer comportamento do qual se origine uma circulação ou venda de bens imateriais. Esse enunciado prescreve que essas pessoas políticas poderão, querendo instituir imposto sobre “serviços”. Sendo eles, como já visto, “resultados” de comportamentos específicos, imperiosos reconhecer que é a ação humana, a realização, a prestação de serviços que permite ativar a norma tributária do ISS.

A principal indagação acerca do tema relaciona-se à natureza do serviço prestado pela administradora de cartão de crédito ou débito: se ele é dirigido ao fim precípua da administradora, ou se, a cessão de equipamentos para o local da venda configura apenas uma atividade-meio para a prática da atividade-fim.

Aduz Baptista (2005) que o intérprete precisa conhecer o fim do contrato, sua prestação-fim, pois assim terá ciência que todas as condutas relacionadas a tal comportamento são apenas prestações acessórias, prestações-meio.

Argumenta Martins (2017) que o contrato simboliza um dever de prestar serviço, mas não é o fato gerador do ISS, não incidindo esse sobre serviços em potencial, mas sobre a prestação de serviços.

Percebe-se, portanto, que o fator determinante para a incidência do imposto municipal está na prestação-fim, que definirá se há ou não incidência do ISS.

A Lei Complementar nº 157/2016 dispôs no artigo 6º, §4º, que nos serviços de administradoras de cartão de crédito ou débito, descritos no item 15.01, os terminais eletrônicos ou as máquinas das operações efetivadas deverão ser registradas no local do tomador do serviço.

No mesmo sentido, a Lei Complementar nº 175/2020, assim expõe:

[...]

§ 9º O local do estabelecimento credenciado é considerado o domicílio do tomador dos demais serviços referidos no subitem 15.01 da lista de serviços anexa a esta Lei Complementar relativos às transferências realizadas por meio de cartão de crédito ou débito, ou a eles conexos, que sejam prestados ao tomador, direta ou indiretamente, por:

I - bandeiras;

II - credenciadoras; ou

III - emissoras de cartões de crédito e débito.

[...]

Barreto (2016), citado por Baroni e Bifano (2016, p.8), no trato dos serviços prestados por instituições financeiras, ressaltou que a localização da maquineta do cartão de crédito ou débito é elemento desprezável para a definição do local e incidência do imposto municipal:

No ambiente comercial, o instrumento que se designa por ‘POS’ tem sido utilizado para identificar ‘um ponto de venda’. Em que pese essa classificação, os chamados ‘POS’ nada mais são do que maquinetas móveis, compactas, que usam baterias de longa duração, comunicação sem fio e grande capacidade de armazenamento, destinadas à utilização para pagamentos com cartões de crédito. Tenha-se, pois, que o ‘POS’, constituirá mero viabilizadores de simples etapas de preparatórias, ou, ainda, de início de fatos considerados para fins de apuração do ISS (por exemplo, a compra e venda da mercadoria) não tem qualquer relevo para discernir o local da prestação do serviço. (...)

Contudo, essa ação inaugural longe está de desencadear a incidência do ISS; este só incide no local do estabelecimento prestador, isto é, onde são realizadas as atividades-fim do prestador do serviço, e jamais no lugar em que ocorre simplesmente a captação do cliente, como é o caso dos locais em que se localizam os ‘POS’.

Complementando, percebe-se que os serviços de administradoras de cartão de crédito ou débito, enquadram-se na categoria de serviços complexos. Estes, segundo Barreto (2009, p.48), seriam os que somente podem ser prestados mediante a conjugação de equipamentos,

máquinas, veículos e aplicação de materiais, mas que o principal seja o esforço humano-obrigação de fazer-, sendo os demais meramente acessórios.

Introduzida a noção de termos técnicos acerca das operações de administradoras de cartão de crédito ou débito, como citado, o POS, passa-se aos conceitos envolvidos nesse serviço. O que vai enriquecer e contribuir para o trabalho, haja vista que já fora exposta toda a problemática envolvendo especificamente as operadoras de cartão de crédito ou débito.

1.6 Administração de cartões de débito e crédito

Segundo Roncaglia (2004), citado por Magieri (2017), a expressão administração de cartão de crédito relaciona-se à atividade que assegura ou garante crédito, em limites estabelecidos, às pessoas que se associam às empresas do gênero, para aquisição de produtos e serviços, mediante a apresentação de cartão de plástico aos fornecedores desses bens.

Reforçando o conceito acima exposto, expõe Coelho (2011, p. 519): “Pelo contrato de cartão de crédito, uma instituição financeira (emissora) se obriga perante uma pessoa física ou jurídica (titular) a pagar o crédito concedido a esta por um terceiro, empresário credenciado por aquela (fornecedor)”.

Nos contratos desse tipo de operação, em geral, as administradoras cobram do estabelecimento dois tipos de valores, segundo a ABECS (2020). São elas as taxas de aluguel do equipamento, chamado POS (*point of sale*): cobrada mensalmente. Garante o funcionamento do equipamento, assistência técnica, troca de equipamento, atualização de software, entrega de bobinas para impressão do comprovante; Taxa de desconto: percentual do valor da venda. Percebe-se, mais uma vez a necessidade da seguinte indagação: trata-se de uma atividade-fim, ou seria uma atividade-meio?

Imprescindível ressaltar os agentes envolvidos na operacionalização. Segundo a ABECS (2020), o emissor seria a empresa responsável pela emissão do cartão e pelo relacionamento com o portador para qualquer questão decorrente da posse, uso e pagamento das despesas do cartão. Um emissor pode ser instituição financeira ou administradora (instituição não financeira, como uma loja, por exemplo); credenciadora é a empresa que credencia estabelecimentos para aceitação dos cartões como meios eletrônicos de pagamento na aquisição de bens e/ou serviços; a credenciadora disponibiliza solução tecnológica e/ou meios de conexão aos sistemas credenciados para fins de captura e liquidação das transações

efetuadas por meio de cartões; bandeira é a empresa que oferece a organização, estrutura e normas operacionais necessárias ao funcionamento do sistema de cartão.

A bandeira licencia o uso de sua logomarca para cada um dos emissores e credenciadores, a qual está indicada nos estabelecimentos credenciados e impressa nos cartões, e viabiliza a liquidação dos eventos financeiros decorrentes do uso dos cartões e a expansão da rede de estabelecimentos credenciados no país e no exterior; por fim, estabelecimento comercial credenciado é a pessoa jurídica ou física, que está habilitada a aceitar pagamentos com cartões e que utiliza equipamentos eletrônicos ou manuais, próprios ou disponibilizados pela credenciadora, para captura e submissão de transações com cartões.

Nota-se, portanto, a partir de conceitos fornecidos pela Associação Brasileira das Empresas de Cartões de Crédito e Serviços-ABECS, que a atividade-fim, suficiente e necessária para incidir o ISS, é feita pela credenciadora, que fornece todo o material necessário para a operacionalização da atividade, abrangida pelas taxas/ou comissões cobrada dos lojistas: subitem 15.01, da lista anexa da Lei Complementar nº 116/2003.

Em posição contrária ao acima exposto, expõe Magieri (2017, p.212):

Ora, ninguém sai do seu Município para contratar os serviços de cartões, dirigindo-se, normalmente, a um banco local. De outro lado, mesmo adotando-se a tese da territorialidade das normas tributárias- em que o ISS é sempre devido no local da efetiva prestação de serviços-, a conclusão é a mesma: o ISS deverá ser pago no local de cada agência bancária e não na matriz da administradora. É que os serviços de administração são efetivamente prestados pelos bancos. [...] Ainda no tocante às administradoras (REDECARD, CIELO etc.), seus estabelecimentos também devem ser extraídos do local onde estão as máquinas, chamadas de POS (*point of sale*, isto é, ponto de venda, ponto de serviço). Enfim, o próprio nome sugere o posto de serviços, o estabelecimento prestador.

Resumidamente, o mercado de dois lados é caracterizado pela relação de interdependência entre dois grupos distintos de consumidores ligados por uma plataforma intermediária. Esta relação resulta em externalidades positivas de rede, o que significa que a utilidade de um agente em um determinado mercado depende do consumo de outro agente.

Do ponto de vista financeiro, a estrutura complexa das administradoras de cartão de crédito e débito, por possuir diversos agentes, é classificada como um Mercado de Dois Lados (M2L). Trata-se de uma adaptação do mercado, por meio da tecnologia, a fim de conectar dois usuários finais por meio de uma estrutura de ligação. Nesse sentido, cita-se De Castro e Silva (2019, p.8):

Adicionalmente, Evans; Schmalensse (2005a), citado por De Castro e Silva (2019, p. 9), define o mercado de dois lados como uma união entre dois grupos distintos de clientes, que dependem e interagem entre si, mas somente conseguem convergir para o mesmo objetivo quando uma plataforma gera condições e estrutura de negociação, uma vez que cria interações entre usuários, provocando uma redução de problemas e de custos entre agentes.

Desse modo, para o M2L, nos serviços de administração de cartão de crédito ou débito, os dois grupos de participação necessária são o portador do cartão e o estabelecimento, ambos consumidores e usuários finais da plataforma. Assim, fica mais evidente o papel de cada agente no complexo serviço de administração de cartão, e que confirma a credenciadora como a pessoa que disponibiliza solução tecnológica e/ou meios de conexão aos sistemas credenciados para fins de captura e liquidação das transações efetuadas por meio de cartões.

Nesse sentido, a fim de explicitar a operação e o papel da credenciadora ou administradora do cartão de crédito ou débito para a ocorrência da situação necessária e suficiente, prevista em lei, para a tributação do ISS, cita-se Frajhof (2015, p.30):

O fluxo de pagamento ocorre da seguinte maneira. Por exemplo, um portador compra, em uma transação de crédito sem parcelas, uma bola de futebol a R\$ 100 com o lojista. O portador pagará R\$ 100 (“p”) na sua fatura em um determinado dia do mês. O credenciador irá receber R\$ 98,95 (“p”- “a”), ou seja, o valor original da transação descontado da taxa de intercâmbio de R\$ 1,50 em aproximadamente 27-28 dias (no caso brasileiro). Por fim, o credenciador irá depositar na conta do lojista em 30 dias o valor de R\$ 97- ou seja, o valor da bola (“p”), menos a tarifa de intercâmbio (“a”) e menor R\$ 1,50 da taxa de desconto “m”. Além disso, o banco emissor e a adquirente pagam uma tarifa à bandeira (“Taxa 1” e “Taxa 2”).

Apresentado os conceitos fundamentais e enriquecedores, passa-se à análise da metodologia utilizada, com abordagem dos tipos de pesquisas segundo os objetivos, tipos de procedimento de coleta, natureza dos dados e fontes de informação.

2. METODOLOGIA

Esse estudo enquadra-se como uma pesquisa de natureza qualitativa porque preocupa-se com a interpretação do fenômeno, considerando o significado que os outros dão às ações (GONSALVES, 2007, p.69).

Quanto aos objetivos é exploratória, pois baseia-se na apresentação, desenvolvimento e esclarecimento de ideias, a fim de que seja exposto o objeto da pesquisa a um primeiro

contato, a fim de incentivar outros pesquisadores a aprofundar o estudo (GONSALVES, 2007, p.67).

Quanto aos procedimentos, é bibliográfica e documental. A classificação bibliográfica e documental se deu com fonte de coleta de dados em materiais publicados e na utilização de materiais impressos e divulgados que não receberam ainda tratamento analítico (OTANI, 2011, p.38-39).

A pesquisa envolveu análise da doutrina, da legislação, de trabalhos científicos e jurisprudência para fundamentação e enriquecimento do trabalho. Utilizou-se da doutrina para conceitos jurídicos e análise crítica da legislação, assim como foi utilizado de trabalhos científicos para uma abrangência maior de crítica e visão do tema. Na parte jurisprudencial, analisou-se como o Supremo Tribunal Federal está para julgar a matéria e qual é o possível desfecho desse imbróglio relatado ao longo do trabalho.

A qualidade de cada referencial contribui de forma particular e paulatina para um raciocínio científico com qualidade, de modo a obrigar o pesquisador a se dedicar a leitura de cada fonte, à medida que procura expor, além do objeto de estudo, as causas e a lógica de sua ocorrência.

3. RESULTADOS

Essa seção destina-se à abordagem das decisões do Poder Judiciário acerca do tema, em específico do Supremo Tribunal Federal e é resultado da análise documental.

Pela problemática exposta, o Supremo Tribunal Federal foi bombardeado de ações diretas de inconstitucionalidade questionando as mudanças promovidas pela Lei Complementar nº 157/2016, e que foram objeto de tentativa de conciliação pela Lei Complementar nº 175/2020. Dentre as ações, cita-se a ADPF nº 499 (convertida em ADIn), ADIn nº 5.840 (extinta por ausência de legitimidade ativa), ADIn nº 5.844 (extinta por ausência de legitimidade ativa), ADIn nº 5.862 e ADIn nº 5.835.

A Lei Complementar nº 157/2016 alterou a Lei Complementar 116/2003, para mudar o deslocamento da competência tributária para a cobrança do imposto municipal, do município onde está o prestador de serviço, para aquele onde está o tomador de serviço.

Inconformado com essa mudança, foi promovida a ADIn nº 5.862 pelo Partido Humanista da Solidariedade (PHS), impugnando o artigo 3º, caput e incisos XXIV e XXV, que tiveram por objeto os serviços relativos aos itens 15.01 e 15.09, da lista anexa da Lei

Complementar nº 116/2003. O item 15.01 trata da administração de fundos quaisquer, de consórcio, de cartão de crédito ou débito e congêneres, de carteira de clientes, de cheques pré-datados e congêneres.

Argumenta a parte autora que a entrada em vigor da Lei Complementar nº 157/2016, com relação aos itens 15.01 e 15.09, da lista anexa da Lei Complementar nº 116/2003, viola o princípio constitucional tributário da anualidade (ou vedação ao inopino), o que gera a falência de inúmeros municípios do país, como consequência queda repentina de grande parte de suas arrecadações no ISS.

Apresenta, também, na causa de pedir, que o fato gerador do imposto municipal é a administração de cartão de débito ou crédito, o que ocorre somente na sede do estabelecimento onde são processadas as informações. Operação que necessita de uma parceria entre o banco emissor e a credenciadora/administradora. Esta para liquidar a quantia. Aquele para efetuar a cobrança do valor ao portador do cartão.

Dessa forma, conclui a parte autora, que o banco emissor é quem disponibiliza o cartão de crédito/débito para os seus usuários, sendo responsável pela liquidez de seus correntistas e pelo recolhimento da comissão integral devida pelo estabelecimento tomador, o que evidencia que toda a operação acontece por meio de sua central, em seu estabelecimento.

Atento a todos esses argumentos, o Ministro Relator Alexandre de Moraes proferiu despacho reconhecendo a relevância para a ordem social e segurança jurídica, solicitando informações ao Congresso Nacional e ao Presidente da República, bem como ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República, adotando o rito do artigo 12, da Lei nº 9.868/1998, que permite o julgamento do processo pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal diretamente no mérito, sem prévia análise do pedido liminar. Por fim, submeteu a ação em comento a julgamento conjunto com ADIn nº 5.835.

Com relação à ADIn nº 5.835, esta possui como pedido a impugnação de todos os dispositivos modificados pela Lei Complementar nº 157/2016, na parte que modificou o artigo 3º, XXIII, XXIV e XXV e os parágrafos 3º e 4º, do artigo 6º, da Lei Complementar nº 116/2003 para determinar que o ISS será devido ao Município do tomador de serviços de: a) de planos de medicina de grupo individual ou de grupo; b) de administração de fundos quaisquer e de carteira de cliente; c) de administração de consórcios; c) de administração de cartão de crédito ou débito e congêneres.

Para o relator, Ministro Alexandre de Moraes, foi necessária a concessão de uma medida cautelar para suspender a alteração promovida pela Lei Complementar 157/2016, que

exigiria clareza no conceito do tomador de serviços, sob pena de grave insegurança jurídica e eventual possibilidade de dupla tributação. Nesse sentido, argumenta o relator:

“A ausência de definição e a existência de diversas leis, decretos e atos normativos municipais antagônicos já vigentes ou prestes a entrar em vigência acabarão por gerar dificuldade na aplicação da Lei Complementar Federal, ampliando os conflitos de competência entre unidades federadas e gerando forte abalo no princípio constitucional da segurança jurídica, comprometendo, inclusive, a regularidade da atividade econômica, com consequente desrespeito à própria razão de existência do artigo 146 da Constituição Federal.”

O Ministro Alexandre de Moraes prezou pela segurança jurídica, princípio de suma importância ao sistema tributário nacional, o qual deve agregar perfeitamente os valores e os princípios constitucionais, como capacidade contributiva, custo e benefício, desenvolvimento econômico e economicidade. Isso corrobora com o que Torres (2007) afirma. Ademais, o sistema tributário nacional é dotado de características de racionalidade econômica, consistente no ajustamento a substratos econômicos perfeitamente diferenciados, com fim de evitar superposições de incidência sobre fatos econômicos idênticos.

Outrossim, a segurança jurídica é imprescindível para um Estado Democrático de Direito, pois é uma necessidade básica para qualquer pessoa ou grupo, a fim de evitar surpresas, incertezas e ameaça de violação a algo que foi conquistado no passado. Mas, apesar de existir, é possível a alteração de relações subjetivas que antes se haviam estabelecido, se há um argumento de valor maior, o que afasta a tese de manutenção da relação do passado, como defende por Maia Filho (2015).

Assim, pelo exposto, espera-se uma posição do plenário do Supremo Tribunal Federal de resguardar o federalismo fiscal, que se estrutura a partir da consideração da pessoa jurídica titular da competência impositiva, mesmo que isso signifique um movimento contrário a toda a ciência jurídica em torno do ISS, com fim de equidade entre os entes públicos, com a distribuição equilibrada de recursos financeiros, em consonância com os serviços e gastos que também lhes sejam reservados; e a autonomia dos entes públicos menores para legislar e arrecadar os seus tributos, conforme exposto por Torres (2007).

A posição a ser firmada pelo Supremo Tribunal Federal será menos árdua, pois a Lei Complementar nº 175/2020 trouxe disposições para abrandar o conflito federativo e trazer estabilidade para todos os envolvidos nas operações de ISS sobre a administração de cartão de crédito ou débito.

Pontua-se que, conforme foi exposto neste trabalho, não se pode tomar como sujeito passivo tributário aquele que não praticou uma atividade-fim, qual seja, uma obrigação de fazer, necessária e suficiente para que incida o imposto municipal; além do que, não poderia considerar como estabelecimento prestador na administração de cartão de crédito ou débito o ente municipal onde está localizado o lojista, pessoa física ou jurídica habilitada para receber pagamento com cartões.

Espera-se que ao proferir o veredicto final pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 157/2016, sejam modulados os efeitos, atendendo a segurança jurídica no período compreendido entre 01/01/2018 e 03/04/2018, quando foi proferida a medida cautelar suspendendo as disposições da lei em comento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve o objetivo de analisar a mudança promovida pela Lei Complementar nº 157/2016, quando transferiu os serviços do item 15.01, da lista anexa, para o Município do tomador de serviços, desprezando o local onde está o estabelecimento prestador do serviço de administração de cartão de crédito ou débito.

Para alcançar esse objetivo, utilizou-se a metodologia de pesquisa documental e bibliográfica, na qual foram expostos os pontos necessários para o desenvolvimento da pesquisa, com uma análise pontual e profunda do local e pagamento do ISS.

Demonstrou-se especificamente que o serviço de administradora de cartão de crédito ou débito é um investimento atrativo, pois movimenta bilhões de reais para a economia brasileira, além de ser uma fonte arrecadadora dos entes municipais.

Tornou-se necessário analisar e abordar por qual razão o município onde está o estabelecimento prestador, onde ocorre o fato gerador do ISS, e não o município onde está o tomador de serviços, deve cobrar e recolher o tributo municipal. O que foi alcançado com sucesso. Assim, foi necessário analisar esse imbróglio do ponto de vista doutrinário e do ponto de vista do Poder Judiciário.

Foi analisada a Lei complementar 157/2016 que tinha o objetivo de evitar a briga arrecadatória, mas a lei em comento não foi suficiente, pois trouxe mais obstáculos do que harmonia e equilíbrio, ao não conceituar quem seria o tomador de serviços e ao promover

uma ruptura abrupta no recolhimento ao tesouro para outro local. A análise abrangeu a decisão cautelar do Ministro Alexandre de Moraes que suspendeu qualquer incidência da Lei Complementar nº 157/2016, e a Lei Complementar nº 175/2020.

Como resposta ao problema de pesquisa foi demonstrado que o ISS sobre o serviço prestado pela administradora do cartão de crédito é o do estabelecimento do prestador. Conclui-se que há necessidade de maior reflexão por parte do legislador, haja vista que uma das preocupações na elaboração da Lei complementar 157/2016 era a grande oneração e inviabilidade da atividade das administradoras de cartão nos mais de 5.000 municípios brasileiros.

Pelo exposto, este trabalho contribuirá para construir uma visão crítica acerca de onde deve ser devido e onde deve ser pago o ISS quando praticado um serviço de administração de cartão de crédito ou débito.

Dessa forma, o presente trabalho não propõe uma interpretação à prova de críticas e posicionamentos contrários, mas que seja ponto de partida para inúmeras outras pesquisas, que supram as lacunas eventualmente existentes no presente trabalho, pelo que se sugere que após o julgamento do mérito pelo plenário do STF, o assunto seja retomado pelos pesquisadores.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

ABECS. Representa as empresas de meio eletrônicos de pagamento junto ao mercado, aos órgãos públicos e à sociedade. São Paulo: 2020.

BAPTISTA, Marcelo Caron. **ISS: do texto à norma**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BARRETO, Aires F. **ISS na Constituição e na lei**. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

BARONI, Alexandre de Castro; BIFANO, Elidie Palma. Aspecto espacial da incidência do ISS sobre serviços prestados por administradoras de cartão de crédito, débito e congêneres, a partir da Lei Complementar nº 157/2016. **FGV DIREITO LAW SCHOOL LEGAL STUDIES RESEARCH PAPER SERIES**. São Paulo, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. Lei Complementar nº 157/2016, de 29 de dezembro de 2016. Altera a Lei Complementar nº 116 de 2003, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), e a Lei

Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990, que “dispõe sobre critérios e prazos de crédito das parcelas do produto da arrecadação de impostos de competência dos Estados e de transferências por estes recebidos, pertencentes aos Municípios, e dá outras providências”. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 29 de setembro de 2016. Disponível em: <[http:// planalto.gov.br/ ccivil_03/leis/lcp/lcp157.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp157.htm). Acesso: 15 de setembro de 2020.

BRASIL. Lei Complementar nº 175/2020, de 23 de setembro de 2020. Dispõe sobre o padrão nacional de obrigação acessória do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), de competência dos Municípios e do Distrito Federal, incidente sobre os serviços previstos nos subitens 4.22, 4.23, 5.09, 15.01 e 15.09 da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003; altera dispositivos da referida Lei Complementar; prevê regra de transição para a partilha do produto da arrecadação do ISSQN entre o Município do local do estabelecimento prestador e o Município do domicílio do tomador relativamente aos serviços de que trata; e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 23 de setembro de 2020. Disponível em: <[http:// planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp175.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp175.htm). Acesso em: 23 de setembro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Repetitivo nº 1.117.121/SP, Tribunal de Justiça de São Paulo, Brasília, DF, 29 de outubro de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5835, Brasília, DF, 27/11/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5862, Brasília, DF, 12/12/2017.

BRIGAGÃO, Gustavo. **Cobrança de ISS no destino continua a gerar insegurança jurídica**. Consultor jurídico. Disponível em: <[http:// https://www.conjur.com.br/2018-abr-25/consultor-tributario-cobranca-iss-destino-continua-gerar-inseguranca-juridica](http://https://www.conjur.com.br/2018-abr-25/consultor-tributario-cobranca-iss-destino-continua-gerar-inseguranca-juridica). Acesso em: 20 set.2020.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 29ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial : direito de empresa**. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DE CASTRO E SILVA, Hugo Villas Boas Pitanga. **A teoria do mercado de dois lados aplicada no cenário brasileiro de pagamentos e o impacto na regulação**. 2019. 57f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Economia)- Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

FIALHO, Francisco Antonio Pereira; OTANI, Nilo; SOUZA, Antonio C. **TCC: métodos e técnicas**. Santa Catarina: Visual Books, 2007.

FRAJHOF, Nicolas Zalcborg. **Mercado de dois lados: o mercado de cartões de pagamento no Brasil**. 2015. 45f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Economia)- Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

GONSALVES, Elisa Pereira. **Conversas sobre iniciação à pesquisa científica**. 4.ed. Campinas-SP: Alínea, 2007.

KÖCHE, José Carlos. **Fundamentos de metodologia científica: teoria da ciência e iniciação à pesquisa**. 24.ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2007.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. **Direito à segurança jurídica: realidade e ficção na ideia de limites formais à mutação dos precedentes da jurisprudência**. Fortaleza: Impreco, 2015.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MANGIERI, Francisco Ramos. **ISS: teoria- prática-questões polêmicas/ ISSQN-Imposto sobre serviços de qualquer natureza/ nos termos da Lei Complementar nº 116, de 31.7.2003**. 5. ed. São Paulo: EDIPRO: 2017.

MARTINS, Sergio Pinto. **Manual do ISS**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MELO, José Eduardo Soares de. **ISS: teoria e prática**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MELLO, Roberta. **Arrecadação do ISS passará a ser repassada ao local de consumo do serviço**. *Jornal do Comércio*. Porto Alegre, 21/06/2017. Disponível em: https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/2017/06/cadernos/jc_contabilidade/568429-arrecadacao-do-iss-passara-a-ser-repassada-ao-local-de-consumo-do-servico.html. Acesso em: 15 de setembro de 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. Rio de Janeiro. Renovar, 2007.v.4.

O ACÓRDÃO QUE CONFIRMA SENTENÇA CONDENATÓRIA COMO MARCO DE INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO PENAL: UMA ANÁLISE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

THE JUDGMENT THAT CONFIRMS THE CONDEMNATORY JUDGMENT AS A CRIMINAL PRESCRIPTION FRAMEWORK: AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE JURISPRUDENCE OF THE HIGHER COURTS

Laís Araújo Loureiro ¹

Resumo: Este artigo tem como foco principal analisar o acórdão que confirma a sentença condenatória como um marco de interrupção do prazo prescricional da pretensão punitiva estatal. Para melhor adentrar no assunto abordar-se-á o posicionamento dos tribunais superiores na resolução de demandas.

Palavras-chave: prescrição penal; interrupção; acórdão condenatório.

Abstract: This article has as main focus to analyze the ruling that confirms the sentence as a mark of interruption of the statute of limitations of the state punitive claim. To better understand the subject, the position of the higher courts in the resolution of claims will be addressed.

Keywords: criminal prescription; interruption; condemnatory judgment.

Sumário: Introdução 1. Conceito de prescrição. 2. O acórdão confirmatório da sentença condenatória como marco interruptivo da prescrição da pretensão punitiva estatal. 3. A evolução do entendimento nos tribunais superiores. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A primeira notícia que se teve sobre prescrição de infração penal na história foi na Roma Antiga no ano 18 a.C. Naquela ocasião a prescrição estava ligada a *lex Julia de adulteriis*, mas em período ulterior se estendeu às demais infrações penais, com exceção do parricídio, apostasia e parto suposto. (ESTEFAM, André. 2019. Pág. 562).

¹ Mestre em Direito Público pela Universidade Nova de Lisboa (2019). Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pelo Centro Universitário de Patos de Minas (2017). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera (2017). Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas (2015). Assessora no Tribunal Regional Federal da Primeira Região. E-mail: laisaloureiro@gmail.com.

Já em aspecto nacional o Código de Processo Criminal de 1832 foi a primeira legislação a tratar do tema. Nota-se que àquela época a prescrição era tratada como matéria de cunho processual e não material. (ESTEFAM, André. 2019. Pág. 562).²

Posteriormente em 1890, o Código Penal regulou tanto a prescrição da pretensão punitiva estatal quanto a prescrição da pretensão executória, inaugurando a ideia de que o tema “prescrição” seria conteúdo de direito material e não processual. (ESTEFAM, André. 2019. Pág. 562) ³

Atualmente o tema prescrição penal é tratado no artigo 107 e seguintes do Código Penal, e, portanto, tem essência de direito material. Daí extrai-se a natureza jurídica da prescrição, que consoante os dizeres de André Estefam (2019. Pág. 562), por tratar de instituto de direito material, vez que regulado pelo Código Penal, apresenta reflexos impactantes em seu regime jurídico, que repercutem em aspectos ligados a retroatividade da lei e na contagem do prazo com base no artigo 10 do Código Penal.⁴

Sobre a natureza jurídica da prescrição penal assevera Cristiano Jorge Santos⁵:

Consideramos que a prescrição pertence exclusivamente ao campo do direito material, tanto que, constituindo causa extintiva da punibilidade, vem disciplinada pelo Código Penal, e o impedimento à persecução penal consiste em mero efeito de natureza processual penal, tal qual ocorre com as outras causas extintivas da punibilidade (como anistia, renúncia, etc.)

A posição legislativa da atualidade tem se mostrado muito mais abrangente ao tratar da prescrição, visto que aborda não somente a prescrição da pretensão punitiva estatal, mas também a prescrição a pretensão executória (calculada após o trânsito em julgado).

Ambas as modalidades de prescrição extinguem a punibilidade, contudo estes institutos se diferem, sobretudo, pelas suas consequências.

² Àquela época o Código de Processo Penal apenas regulava a prescrição da pretensão punitiva estatal, ou seja, aquela calculada antes do trânsito em julgado. Somente em 1890, através do Decreto-Lei 774 é que se regulou prescrição da pretensão executória da pena. (ESTEFAM, André. 2019. Pág. 562)

³ Segundo BITENCOURT (2019. Pág. 971) a prescrição da pretensão executória surgiu na França com o Código Penal de 1971 por favorecimento da Revolução Francesa. Ato contínuo, outros países seguiram o entendimento, inclusive o Brasil no Código Penal de 1890.

⁴ Por apresentar natureza jurídica de direito material, em matéria de prescrição, a lei retroagirá quando em benefício do réu. No que tange a contagem de prazos, por comando do artigo 10 do Código Penal, inclui-se o dia do início e exclui-se o dia do termo final. (ESTEFAM, André. 2019. Pág. 562)

⁵ SANTOS, Christiano Jorge. Prescrição Penal. Tomo Direito Penal. Edição 1. Agosto de 2020. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/430/edicao-1/prescricao-penal>> acesso em 07/05/2021.

Segundo Christiano Jorge Santos ⁶ “na prescrição da pretensão punitiva, o decurso do prazo previsto em lei ataca o direito do Estado de buscar a condenação. Ou seja, impede que o Poder Judiciário aprecie e julgue a lide. Atinge-se, portanto, diretamente o *jus puniendi*.”

Nesse sentido “por intermédio do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, o Estado perde a possibilidade de formar o seu título executivo de natureza judicial.” (CAMPANELLA, Luciano Magno Campos, 2013)

A prescrição da pretensão punitiva estatal extingue a punibilidade do agente e todos os efeitos possíveis da condenação (ESTEFAM, André. 2019. Pág. 568). Desse modo, aquele que tem a punibilidade extinta em decorrência da prescrição da pretensão punitiva não terá antecedentes criminais referentes ao crime prescrito, por exemplo.

Vale lembrar que a decisão que declara extinta a punibilidade não possui natureza de sentença absolutória, visto que não adentra no mérito da causa, contudo, em decorrência do princípio da presunção da inocência, não acarreta efeitos condenatórios.⁷

Já a prescrição a pretensão executória vem disposta no artigo 110 do Código Penal, e apesar de também extinguir a punibilidade, não é capaz de conter os efeitos externos da pena. Isso quer dizer que “a prescrição da pretensão executória apenas extingue o efeito principal da condenação, consistente na imposição da sanção legal (os demais efeitos penais e extrapenais subsistem).” (ESTEFAM, André. 2019. Pág. 568)

Christiano Jorge Santos⁸ expressa que “a prescrição da pretensão executória atua de modo semelhante à da prescrição da pretensão punitiva, contudo, em vez de impedir que o agente criminoso seja levado a julgamento, impede o Estado de dar início ou continuidade à execução a pena imposta.”

Assim, “o Estado, em razão do decurso do tempo, somente terá perdido o direito de executar a decisão. O título executório foi firmado com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, entretanto não poderá ser executado.” (CAMPANELLA, Luciano Magno Campos, 2013)

⁶ SANTOS, Christiano Jorge. Prescrição Penal. Tomo Direito Penal. Edição 1. Agosto de 2020. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/430/edicao-1/prescricao-penal>> acesso em 07/05/2021.

⁷ OLIVEIRA, Fernando Cesar de; NUVES e Felipe Maia Broeto. O desacerto recente do STF e STJ sobre o tema de prescrição: acórdão confirmatório (não) interrompe prescrição?!. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/313094/o-desacerto-recente-do-stf-e-stj-sobre-o-tema-de-prescricao--acordao-confirmatorio--nao--interrompe-prescricao>> acesso em 10/05/2021.

⁸ SANTOS, Christiano Jorge. Prescrição Penal. Tomo Direito Penal. Edição 1. Agosto de 2020. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/430/edicao-1/prescricao-penal>> acesso em 07/05/2021.

De forma a viabilizar uma narrativa objetiva e detalhada a presente análise será restrita à prescrição da pretensão punitiva estatal como um instituto jurídico que limita o *ius puniendi* do Estado. Portanto passemos à análise.

1. CONCEITO DE PRESCRIÇÃO

Quando ocorre um fato criminoso surge o poder-dever do Estado de punir o indivíduo que denominamos de *jus puniendi*. A prescrição penal, por sua vez, atinge frontalmente este poder estatal.⁹

Assim, “tem-se por prescrição como instituto jurídico mediante o qual o Estado, por não ter tido capacidade de fazer valer o seu direito de punir em determinado espaço de tempo previsto pela lei, faz com que ocorra a extinção da punibilidade” (CAMPANELLA, Luciano Magno Campos, 2013)

Guilherme de Souza Nucci afirma que a prescrição “é a perda do direito de punir do Estado pelo não exercício em determinado lapso de tempo.” (NUCCI, Guilherme de Souza, 2015. Pág. 581)

André Estefam diz que o conceito de prescrição “consiste na perda do poder-dever de punir do Estado pelo não exercício da pretensão punitiva ou da pretensão executória após o decurso de determinado período de tempo.” (ESTEFAM, André. 2019. Pag. 562)

Para Rafael de Souza Miranda (2019. Pag.221) a perda do direito de punir do Estado em razão do decurso do tempo é denominada de prescrição e se trata de causa extinta da punibilidade.

Nos dizeres de Cezar Roberto Bitencourt:

Com a ocorrência do fato delituoso nasce para o Estado o *ius puniendi*. Esse direito, que se denomina pretensão punitiva, não pode eternizar-se como uma espada de Dâmocles pairando sobre a cabeça do indivíduo. Por isso, o Estado estabelece critérios limitadores para o exercício do direito de punir, e, levando em consideração a gravidade da conduta delituosa e da sanção correspondente, fixa lapso temporal dentro do qual o Estado estará legitimado a aplicar a sanção penal adequada. (BITENCOURT, Cezar Roberto. 2019. Pág. 970).

Dessa forma, terminando o prazo determinado pela legislação, prescreve o direito de punir o infrator em razão do decurso do tempo, configurando uma causa extintiva da punibilidade. Vale lembrar que, combatendo a visão moderna do Direito Penal, que prega a prescritibilidade de todas as infrações, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu alguns

⁹ OLIVEIRA, Felipe Cardoso Moreira de. Prescrição penal: tipos, prazos e como calcular. 21/04/2021. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/prescricao-penal/#1>> acesso em 02/07/2021.

crimes imprescritíveis, quais sejam: “a prática de racismo” e “ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito” (artigo 5º, XLII e XLIV).¹⁰

Insta ressaltar que “a prescrição é considerada matéria de ordem pública, deve ser decretada de ofício ou sob provocação das partes, inclusive em ações de impugnação (habeas corpus, revisão criminal e mandado de segurança) ou através dos recursos em geral.” (NUCCI, Guilherme de Souza, 2015. Pág. 583)

Ainda, ao abordar o conceito da prescrição, se torna importante distingui-lo do instituto da decadência – termo recorrentemente confundido com a prescrição, mas que guarda muitas diferenças e peculiaridades.¹¹

De forma sintética, podemos dizer que a decadência é a perda de um direito potestativo pela inércia do seu titular.¹²

Também podemos afirmar que a decadência é a perda do direito de ajuizar demanda penal diante o lapso temporal, ressalvando que tal restrição alcança apenas as ações penais privadas e as públicas condicionadas. Não se fala, portanto, em decadência do direito de ação do *parquet* nos casos de ação penal pública incondicionada.¹³

André Estefam (2019. Pág. 563) aborda que “a decadência, de sua parte, é instituto híbrido (penal e processual penal), tem prazos mais exíguos, aplica-se a uma pequena parcela de delitos (ação privada e pública condicionada à representação), e só ocorre antes de iniciada a ação penal.”

Destarte, os institutos jurídicos da prescrição e decadência se conectam no teor da ação e do tempo. Contudo, se diferenciam por tratar de direitos com naturezas diversas.¹⁴

Sinteticamente, conclui-se que a prescrição consiste na perda da pretensão punitiva ou executória, enquanto a decadência se perfaz pela perda de um direito potestativo.

¹⁰ Acórdão confirmatório de condenação não interrompe a prescrição. Disponível em: <https://cezarbitencourt.jusbrasil.com.br/artigos/121936007/acordao-confirmatorio-de-condenacao-nao-interrompe-a-prescricao>> acesso em 05 de maio de 2021.

¹¹ Em geral o prazo de decadência é de 6 meses contados a partir da data em que o ofendido tem conhecimento da autoria do delito, conforme disposição do artigo 103 do Código Penal.

¹² BRASIL, Rafael. Prescrição e decadência: o que são, conceitos e diferenças. Disponível em: <https://blog.sajadv.com.br/prescricao-e-decadencia/>> acesso em 07/05/2021.

¹³ Extinção da Punibilidade por Prescrição, Decadência ou Perempção. Disponível em: <https://trilhante.com.br/curso/extincao-da-punibilidade-e-prescricao/aula/extincao-da-punibilidade-por-prescricao-decadencia-ou-perempcao>> acesso em 08/05/2021.

¹⁴ FACHINI, Tiago. Prescrição e decadência: conceitos, quando ocorre e prazos. Disponível em: <https://www.projuris.com.br/prescricao-e-decadencia>> acesso em 01/07/2021.

2. O ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA COMO MARCO INTERRUPTIVO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL

O artigo 117 do Código Penal estabelece em rol taxativo as causas interruptivas da prescrição.

As causas interruptivas da prescrição penal são como marcos cronológicos que tem o condão de reiniciar o prazo. Aqui não se faz relevante o conteúdo da decisão judicial, mas sim um controle do poder punitivo estatal, evitando que a ação penal se delongue além do tempo necessário.

A Lei nº 11.596/07 veio modificar o inciso IV do artigo 117 do Código Penal ao determinar que além da sentença condenatória o acórdão condenatório também interrompe o curso da prescrição. Anteriormente apenas a sentença condenatória recorrível era capaz de interromper a prescrição, contudo a partir do referido diploma legislativo passou-se a discutir se o acórdão que apenas confirma a sentença condenatória também possuiria efeito interruptivo.¹⁵

Há quem defenda a teoria de que o acórdão que confirma sentença condenatória não interrompe o curso do prazo prescricional. Essa ideia se alicerça no fato de que a lei lança mão da expressão “ou” entre “publicação de sentença” e “acórdão condenatório”, excluindo a possibilidade que ambos sejam detentores de efeitos interruptivos.¹⁶

Em sentido oposto, há defensores da ideia de que o acórdão confirmatório da sentença condenatória interrompe o prazo prescricional. Tal entendimento foi confirmado pelo pleno do Supremo Tribunal Federal¹⁷, oportunidade em que os Ministros que votaram a favor da tese de interrupção da prescrição o fizeram argumentando que a prescrição se trata de uma forma de punir o estado diante sua inércia.¹⁸

¹⁵ 672:Acórdão confirmatório da condenação interrompe a prescrição, disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/06/25/672-acordao-confirmatorio-da-condenacao-interrompe-prescricao/>> acesso em 04/05/2021.

¹⁶ 672:Acórdão confirmatório da condenação interrompe a prescrição, disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/06/25/672-acordao-confirmatorio-da-condenacao-interrompe-prescricao/>> acesso em 04/05/2021.

¹⁷ Nos termos do inciso IV do artigo 117 do Código Penal, o acórdão condenatório sempre interrompe a prescrição, inclusive quando confirmatório da sentença de 1º grau, seja mantendo, reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta” (HC 176.473/RR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 27/04/2020).

¹⁸ 672:Acórdão confirmatório da condenação interrompe a prescrição, disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/06/25/672-acordao-confirmatorio-da-condenacao-interrompe-prescricao/>> acesso em 04/05/2021.

Desse modo, verificado que o artigo 117 do Código Penal não faz distinção entre as espécies de acórdão condenatórios (inicial ou confirmatório), e, diante uma interpretação sistêmica, em que as causas interruptivas da prescrição se baseiam na ideia de inércia estatal, resta claro que o pronunciamento judicial, ainda que confirmatório, representa clara atuação do sistema jurisdicional.¹⁹

É relevante notar que a sentença condenatória tem como marco interruptivo o momento da publicação da sentença em cartório, ou seja, considera-se o momento em que a sentença é tornada pública, com exceção dos casos em que é proferida em audiência – nestes casos as partes tomam ciência do conteúdo decisório de imediato, caracterizando a publicidade do ato.

Diferentemente ocorre com o acórdão condenatório, que tem como o marco interruptivo a data da sessão de julgamento.²⁰

A lógica advém da publicidade do ato. Dessa forma, a sentença de primeiro grau, na imensa maioria das vezes, se torna pública com o ato da publicação em cartório, momento que coincide com a interrupção do prazo prescricional.

Já o acórdão é proferido em sessão pública, estando eivado de publicidade desde sua confecção, e, por isso, não é necessário ser publicado em cartório para configurar um marco interruptivo do prazo prescricional.

Segundo Damásio Evangelista de Jesus (2014. p. 466) “não se pode confundir a publicação do ato (formalidade pela qual o ato se torna público) com sua intimação (cientificação das partes acerca do conteúdo da decisão).”

3. A EVOLUÇÃO DO ENTENDIMENTO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

É relevante notar o posicionamento dos tribunais superiores a respeito do acórdão confirmatório da sentença condenatória como um marco interruptivo da prescrição penal, bem como a evolução deste pensamento até que se firmasse uma posição uníssona na jurisprudência.

¹⁹ Decisão colegiada que confirma sentença condenatória interrompe prescrição. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-29/decisao-colegiada-confirma-condenacao-interrompe-prescricao>> acesso em 04/05/2021.

²⁰ “Segundo compreensão firmada pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça em se tratando de acórdão, a data da sessão do Colegiado em que foi prolatado é que deve ser considerada para fins de interrupção da prescrição, e não a data da sua publicação no Diário da Justiça ou meio de comunicação similar” (AgRg no REsp 1816288/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/09/2020, DJe 06/10/2020)

De fato, há pouco tempo atrás, a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça era no sentido de que o acórdão confirmatório da condenação que não alterasse substancialmente a pena fixada em sentença de primeiro grau não se prestaria a interromper o prazo prescricional da pretensão punitiva estatal.²¹

Já no Supremo Tribunal Federal era notória a divergência entre a Primeira Turma e a Segunda Turma a respeito da temática, fato que, juntamente com a complexidade e relevância da matéria, resultou na submissão da questão em Plenário.²²

Neste cenário, a Suprema Corte em abril de 2020, no julgamento do HC 176.473, firmou o entendimento no sentido de que o acórdão condenatório sempre interrompe a prescrição, mesmo quando confirma a sentença do juiz a *quo*, seja para manter ou reduzir a pena.²³

Ainda que discordante daquele entendimento o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg no AREsp 1.668.298-SP, Relator Ministro Felix Fischer, alinhou sua jurisprudência com a do Supremo Tribunal Federal, e passou a entender que a prescrição é o perecimento da pretensão ou da pretensão executória diante a inércia estatal.²⁴

Percebe-se que houve um intenso embate de opiniões que se arrastou nos anos de 2018 e 2019, e diante as decisões divergentes dos tribunais o Supremo Tribunal Federal decidiu pacificar o entendimento, que, em seguida, foi adequado também na Corte Superior.

CONCLUSÃO

²¹ “A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que o acórdão confirmatório da condenação não é causa interruptiva da prescrição. Precedentes.”(EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 1169413/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 14/11/2018)

“O acórdão confirmatório da condenação não constitui marco interruptivo da prescrição, ainda que reduzida a pena.” (AgRg na PET nos EAREsp 631.256/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 08/08/2018, DJe 13/08/2018)

²² Decisão colegiada que confirma sentença condenatória interrompe prescrição. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-29/decisao-colegiada-confirma-condenacao-interrompe-prescricao>> acesso em 04/05/2021.

²³ Quinta Turma aplica tese do STF sobre interrupção da prescrição por acórdão que confirma sentença condenatória. 08/06/2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Quinta-Turma-aplica-tese-do-STF-sobre-interrupcao-da-prescricao-por-acordao-que-confirma-sentenca-condenatoria.aspx>> acesso em 07/05/2021.

²⁴ ALVINO, André. O acórdão que confirma ou reduz a pena interrompe a prescrição: mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://andrealvino.jusbrasil.com.br/artigos/929503051/o-acordao-que-confirma-ou-reduz-a-pena-interrompe-a-prescricao>> acesso em 07/05/2021.

Através desta breve exposição foi possível compreender a magnitude do instituto da prescrição e como seus desdobramentos são capazes de interferir tanto na esfera pública como na vida privada.

Fato é que, em regra, a punição dos delitos não deve se elastecer no tempo de forma que se torne eterna. A própria natureza do ser humano tem características mutacionais, e espera-se que as pessoas evoluam e aprendam com seus erros e acertos. Se o ser humano acerta, erra, evolui e aprende, por que seria razoável puni-lo por algo eternamente? Seria justo?

Daí percebe-se a necessidade de uma interpretação sistemática com o texto constitucional, onde a razoabilidade, a proporcionalidade, os pilares do devido processo legal e o direito a razoável duração do processo são chamados a comparecer na busca da justiça.

O direito penal, inclusive, tem como uma de suas vertentes a ressocialização do indivíduo que comete infrações penais, o que significa que o propósito é recuperar a melhor versão do infrator, ainda que pareça algo utópico diante do campo realístico que se vive nos sistemas prisionais.

A ideia de ressocialização do indivíduo infrator é incompatível com a ideia de imprescritibilidade do delito. Seguindo esse pensamento tem-se como coerente manter a prescritibilidade das sanções como regra – como ocorre no direito brasileiro.

O tema prescrição tem estado em voga nos últimos anos, principalmente a partir do debate que ganhou força nos tribunais superiores sobre o acórdão confirmatório da sentença condenatória como marco interruptivo da prescrição penal.

Como resultado de delongadas ideias divergentes tanto no Superior Tribunal de Justiça como no Supremo Tribunal Federal, a questão foi levada ao plenário da Suprema Corte, que chegou à conclusão de que a prescrição deve se atentar a inércia estatal como sua principal razão.

Portanto, o entendimento predominante na atualidade é de que o acórdão que confirma a sentença condenatória é um marco interruptivo da prescrição penal, ainda que não altere substancialmente os termos da condenação.

Conclui-se que o Supremo Tribunal Federal buscou garantir o direito fundamental da razoável duração do processo (artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal), fazendo prevalecer o seu papel primordial de guardião da Constituição.²⁵

²⁵ OLIVEIRA, Fernando Cesar de; NUVES e Felipe Maia Broeto. O desacerto recente do STF e STJ sobre o tema de prescrição: acórdão confirmatório (não) interrompe prescrição?!. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/313094/o-desacerto-recente-do-stf-e-stj-sobre-o-tema-de-prescricao--acordao-confirmatorio--nao--interrompe-prescricao>> acesso em 10/05/2021.

REFERÊNCIAS

ALVINO, André. O acórdão que confirma ou reduz a pena interrompe a prescrição: mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://andrealvino.jusbrasil.com.br/artigos/929503051/o-acordao-que-confirma-ou-reduz-a-pena-interrompe-a-prescricao>> acesso em 07/05/2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. Vol.1. 25º ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2019.

BRASIL, Rafael. Prescrição e decadência: o que são, conceitos e diferenças. Disponível em: <https://blog.sajadv.com.br/prescricao-e-decadencia/>> acesso em 07/05/2021.

CAMPANELLA, Luciano Magno Campos. Prescrição da pretensão punitiva e executória. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/lucianocampanella/artigos/prescricao-da-pretensao-punitiva-e-executoria-162> > acesso em 07/05/2021

ESTEFAM, André. Direito Penal, volume 1: parte geral. 8º ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

FACHINI, Tiago. Prescrição e decadência: conceitos, quando ocorre e prazos. Disponível em: <https://www.projuris.com.br/prescricao-e-decadencia>> acesso em 01/07/2021.

JESUS, Damásio Evangelista. Código penal anotado. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Rafael de Souza, 2019. Manual de Execução Penal. Salvador: Editora Juspodivm. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 11 ed.rev.atual.e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2015.

OLIVEIRA, Felipe Cardoso Moreira de. Prescrição penal: tipos, prazos e como calcular. 21/04/2021. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/prescricao-penal/#1>> acesso em 02/07/2021.

OLIVEIRA, Fernando Cesar de; NUVES e Felipe Maia Broeto. O desacerto recente do STF e STJ sobre o tema de prescrição: acórdão confirmatório (não) interrompe prescrição?!. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/313094/o-desacerto-recente-do-stf-e-stj-sobre-o-tema-de-prescricao--acordao-confirmatorio--nao--interrompe-prescricao>> acesso em 10/05/2021.

Acórdão confirmatório de condenação não interrompe a prescrição. Disponível em: <https://cezarbitencourt.jusbrasil.com.br/artigos/121936007/acordao-confirmatorio-de-condenacao-nao-interrompe-a-prescricao>> acesso em 05 de maio de 2021.

Decisão colegiada que confirma sentença condenatória interrompe prescrição. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-29/decisao-colegiada-confirma-condenacao-interrompe-prescricao>> acesso em 04/05/2021.

Extinção da Punibilidade por Prescrição, Decadência ou Perempção. Disponível em: <https://trilhante.com.br/curso/extincao-da-punibilidade-e-prescricao/aula/extincao-da-punibilidade-por-prescricao-decadencia-ou-perempcao>> acesso em 08/05/2021.

Quinta Turma aplica tese do STF sobre interrupção da prescrição por acórdão que confirma sentença condenatória. 08/06/2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Quinta-Turma-aplica-tese-do-STF-sobre-interruptao-da-prescricao-por-acordao-que-confirma-sentenca-condenatoria.aspx>> acesso em 07/05/2021.

672: Acórdão confirmatório da condenação interrompe a prescrição, disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/06/25/672-acordao-confirmatorio-da-condenacao-interrompe-prescricao/>> acesso em 04/05/2021.

A SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL EM PERSPECTIVA COMPARADA

THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES OF AMERICA AND THE SUPREME FEDERAL COURT OF BRAZIL IN COMPARATIVE PERSPECTIVE

João Aviani Melo¹

Resumo: Diante da realidade jurídica moderna e dos novos fenômenos que ela traz consigo, as cortes constitucionais passaram a ocupar um espaço de destaque no ambiente democrático que não havia se manifestado anteriormente. Dessa maneira, o presente artigo tem o objetivo de fazer uma análise comparativa entre as cortes constitucionais de dois dos países mais relevantes do continente americano: os Estados Unidos da América e o Brasil. Realizar-se-á, assim, um exame histórico das atuações da Suprema Corte, pertencente aos EUA, e do Supremo Tribunal Federal, do Brasil, levando-se em conta os fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política, processos esses emblemáticos e polêmicos na conjuntura jurídica atual, e o modo como ambos influíram e ainda influem na atuação das respectivas cortes. Ademais, analisar-se-á como os protagonistas desses órgãos, na figura dos ministros e dos *justices*, portam-se e apresentam-se perante a sociedade, além de como suas atuações nas cortes e as decisões dessas impactam em sua reputação, expondo-se o grande abismo ainda existente entre o público em geral e os indivíduos mencionados. Por fim, tendo os processos citados em mente, lançar-se-á foco sobre os agentes ocultos que compõem os tribunais constitucionais mencionados, mais especificamente os assessores jurídicos, explorando-se as relações existentes entre eles e os magistrados e trabalhando com o conceito de campo jurídico, elaborado por Pierre Bourdieu.

Palavras-chave: Suprema Corte; Supremo Tribunal Federal; judicialização da política; ativismo judicial; sociologia jurídica.

Abstract: In face of a modern juridical reality and the new kind of phenomena it brings with itself, supreme courts around the world began to occupy an outstanding position in the democratic environment, the likes of which had never seen before. In that way, the following article has the objective to make a comparative analysis between the constitutional courts of two of the most important countries in the American Continent: The United States of America and Brazil. Therefore, considering the phenomena of judicial activism and judicialization of politics, processes which are highly emblematic and polemic in the current juridical scenario, an historical exam of the Supreme Court's, belonging to the USA, and the Supreme Federal Court's, of Brazil, acting along time and the way the said phenomena influenced and still influence in the work of the respective courts will be made. In addition, the article will analyze how the protagonists of these institutions, namely the ministers and the justices, behave and introduce themselves before society and how their actions in the courts and its decisions impact their reputation, exposing the great abys that still exists between the common public and said judges. Finally, taking in mind the processes mentioned, focus will be launched over the hidden agents that compose the quoted supreme courts, more specifically the law clerks, exploring the existing relations between them and the justices and working with the concept of juridical field, elaborated by Pierre Bourdieu.

¹ Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, membro do Centro de Estudos Constitucionais Comparados. Orcid: <<https://orcid.org/0000-0003-4515-6837>>.

Key words: Supreme Court; Supreme Federal Court; judicialization of politics; judicial activism; socio-legal studies.

Sumário: Introdução. 1. Breve panorama histórico dos tribunais em estudo. 2. As competências de cada Corte e o conceito de campo jurídico. 3. A judicialização da política e o ativismo judicial nas respectivas Cortes. 4. A influência dos respectivos tribunais na imagem e na reputação de seus membros. 5. Das funções desempenhadas e dos vínculos desenvolvidos pelos assessores em cada uma das cortes. Conclusão.

INTRODUÇÃO

O presente artigo foi originalmente elaborado no ano de 2019 sob a tutoria do professor Alexandre Veronese, sendo ele pontualmente atualizado desde então. Dito isso, levando-se em conta a relevância que ambos os tribunais têm ocupado recentemente em contexto de pandemia, entende-se que o trabalho permanece pertinente, sendo o seu intuito o de realizar uma análise comparativa entre a Suprema Corte dos Estados Unidos da América e o Supremo Tribunal Federal do Brasil sob uma ótica jurídico-sociológica.

São considerados e examinados, assim, aspectos como a judicialização da política, o ativismo judicial, dissertando-se sobre como tais elementos interagem com fenômenos que permeiam a sociedade contemporânea, como a neoliberalização, a destraditionalização e a democratização, além de serem exploradas as facetas de sua interação com o *habitus* e o campo jurídico atual. Por fim, explorar-se-á como a atuação e a configuração das cortes em estudo impactam de forma diferente na reputação social de seus membros, tratando-se, em um último momento, de como os assessores jurídicos, figuras geralmente subestimadas frente aos seus superiores, interagem com esses magistrados e se portam dentro dos sistemas nos quais estão inseridos.

1. BREVE PANORAMA HISTÓRICO DOS TRIBUNAIS EM ESTUDO

Para que se possa realizar um exame comparado entre as cortes mencionadas é necessário, em primeiro lugar, evidenciar brevemente os papeis exercidos por cada uma delas ao longo da história, em meio ao contexto e à conjuntura em que estão inseridas. Dito isso, a ideia de um tribunal superior surgiu pela primeira vez na Constituição dos EUA de 1789 e na

separação de poderes instituída por ela, sendo pensada para ser o órgão máximo do Poder Judiciário e encabeçá-lo². Com o passar do tempo, essa noção se espalhou pelo mundo, inclusive o Brasil, no qual a Constituição de 1824 faz menção à criação de um Supremo Tribunal de Justiça em seu artigo 163³. Nessa época, na maioria dos países, o controle de constitucionalidade era realizado ou pelo Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo, com o Judiciário sendo considerado um poder menor devido à imagem de desconfiança propagada pela Escola da Exegese com relação aos magistrados e sua atividade jurisdicional.

A exceção à essa regra eram os próprios EUA, onde o respectivo controle era exercido pelo Poder Judiciário, de modo difuso. Tal questão foi decidida e definitivamente estabelecida no ano de 1803, no julgamento do caso *Marbury v. Madison*⁴, e fez com que todo e qualquer juiz fosse dotado de autoridade para julgar se determinada lei é constitucional ou não, por meio de requerimento de uma das partes. Outrossim, nessa tradição de controle, como se sabe, caso uma norma seja declarada inconstitucional, entende-se que tal tenha tido essa característica desde sempre e, assim, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade são retroativos. Até os dias de hoje, os EUA utilizam o sistema de controle de constitucionalidade difuso, diferenciando-se de grande parte do mundo, que utiliza o método elaborado por Kelsen pouco mais de um século depois.

Com o advento do século XX, Hans Kelsen elabora a imagem de um controle de constitucionalidade concentrado. Nele, apenas o Tribunal Constitucional é dotado de competência para opinar sobre questões constitucionais; o resto do Judiciário não teria

² Segundo a Seção 1 do Artigo III: “O Poder Judiciário dos Estados Unidos será investido em uma Suprema Corte e nos tribunais inferiores que forem, de tempos em tempos, estabelecidos e ordenados pelo Congresso” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição (1789). Constitution of the United States. Washington, DC: Senado dos Estados Unidos. Disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>. Acesso em: 3 nov. 2019, tradução nossa).

³ *In verbis*: “Na Capital do Império, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Províncias, haverá também um Tribunal com a denominação de - Supremo Tribunal de Justiça - composto de Juizes Letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o Título do Conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daquelles, que se houverem de abolir” (BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 2 nov. 2019).

⁴ Emblemático caso da jurisprudência americana e que marcou o direito em todo o mundo, surgiu quando o presidente John Adams, ao final de seu mandato, nomeou diversos juízes federais e de paz para vagas recentemente abertas. Em razão do curto tempo de governo que sobrava, todavia, não foi possível investir todos os magistrados antes que o novo presidente, Thomas Jefferson, assumisse o cargo e cancelasse algumas das nomeações de seu antecessor. Ao não receber sua investidura, o juiz de paz William Marbury recorreu à Suprema Corte contra o secretário de Estado de Jefferson, James Madison, responsável pela entrega dos diplomas de investidura. No fim, por meio do controle de constitucionalidade, a corte reconheceu o direito de Marbury de assumir o cargo para o qual havia sido previamente indicado (CALAZANS, Paulo Murillo. *Marbury vs. Madison: um breve exame histórico, político e jurídico*. Âmbito Jurídico, 1º nov. 2016. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/marbury-vs-madison-um-breve-exame-historico-politico-e-juridico/>>. Acesso em: 10 abr. 2021).

atribuição para tanto. A competência dessa corte é justamente de matéria constitucional, ou seja, abrangendo, por exemplo, questões de direitos humanos. O primeiro país a adotar a idealização de Kelsen é a Áustria em sua constituição de 1920⁵, seguida de outros como a Alemanha, Portugal e Itália.

No caso do Brasil, o Supremo Tribunal de Justiça estabelecido pela constituição do Império teve, com a Constituição de 1891, seu nome alterado para Supremo Tribunal Federal. Ademais, tal carta magna admitia a possibilidade de julgamento de ações de inconstitucionalidade tanto pelas Justiças da União, quanto pelas Justiças dos Estados, efetivamente implementando no Brasil o controle de constitucionalidade difuso⁶. Dentre as incumbências do STF à época, estavam a possibilidade de processar e julgar o Presidente da República e os Ministros de Estado, além de poder deliberar sobre os conflitos entre União e Estados⁷. Com a Emenda Constitucional nº 16, de 1965, à Constituição de 1946, foi introduzido no país o controle concentrado de constitucionalidade; todavia, tribunais da União e dos Estados poderiam declarar a inconstitucionalidade de atos do Estado, ato esse de controle difuso, dando origem, assim, a um controle misto de constitucionalidade, que permanece até hoje. Por último, a Constituição de 1988 reestabeleceu o equilíbrio entre os poderes que tinha sido frequentemente desrespeitado pela Ditadura Militar, dando garantias de atuação para o STF e reestabelecendo sua autonomia, principalmente em seus artigos 101 a 103⁸.

⁵ Segundo o artigo 140, 1: “A Corte Constitucional declara a inconstitucionalidade: (1) de leis [...]” (ÁUSTRIA. Lei Constitucional Austríaca de 1920. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/constitution/Austria_2013?lang=en>. Acesso em: 5 abr. 2021, tradução nossa). Desse modo, é explicitamente declarado na carta magna austríaca que o Tribunal Constitucional pode declarar a inconstitucionalidade de leis.

⁶ Conforme expõem as alíneas a e b do § 1º do artigo 60, *in verbis*: “Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a vigencia ou a validade das leis federaes em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar applicação; b) quando se contestar a validade de leis ou actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses actos, ou essas leis impugnadas” (BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 3 nov. 2019). Desse modo, aqui se manifestava pela primeira vez na história do Brasil o controle de constitucionalidade difuso.

⁷ Tais quais explicitam as alíneas a), b) e c) do inciso I do artigo 59 da respectiva carta magna.

⁸ Dentre as disposições contidas nesses artigos e que dizem respeito ao STF, estão os requisitos para a sua composição (onze ministros, maiores de trinta e cinco anos, com notável saber e reputação ilibada), suas competências constitucionais (julgar ações diretas de inconstitucionalidade, o Presidente da República, litígios entre os entes federativos que compõem a União, dentre outras mais), os mecanismos de aprovação de súmulas vinculantes etc. (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 3 nov. 2019).

2. AS COMPETÊNCIAS DE CADA CORTE E O CONCEITO DE CAMPO JURÍDICO

A fim de delimitar a área de atuação de um tribunal constitucional, é preciso analisar as competências que recaem sobre tal órgão, de modo que possam ser entendidos o funcionamento e o papel exercido por uma corte desse tipo no contexto em que está inserida. Dessa forma, neste tópico serão examinados os domínios de atuação da Suprema Corte dos EUA e do Supremo Tribunal Federal do Brasil, de modo a expor as diferenças e as semelhanças entre as duas e visando definir o campo jurídico das conjunturas em que se encontram, seguindo o conceito elaborado por Pierre Bourdieu e muito bem esclarecido por Soraya Nour Sckell (2016).

Todavia, antes de tudo, é imprescindível definir o significado de “campo jurídico”. Na teoria de Bourdieu, o mundo social é compreendido como um conjunto de multicosmos denominados campos, cada um com seus problemas, objetos e interesses específicos, sendo o campo jurídico apenas um deles. Tais esferas são relativamente autônomas, estabelecendo suas próprias regras, livres da influência de suas semelhantes; segundo Sckell: “a estrutura de um campo corresponde a um ‘estado de relação de força entre os agentes ou as instituições envolvidos na luta’ pelo monopólio da autoridade” (SCKELL, 2016, p 161-162). No caso do campo jurídico, seus principais agentes e “jogadores” são os juristas, que se aproveitam da linguagem para criar conceitos jurídicos e convencer os “leigos” sobre determinada faceta do direito. Ademais, ressalta-se que o campo jurídico não se equivale ao corpo jurídico, já que “um campo não existe sem um corpo, mas não se reduz a um corpo, que não basta para constituir um campo” (BOURDIEU, Pierre *apud* SCKELL, 2016, p. 162).

Uma das relações de força que marcam o campo jurídico é a entre os juristas teóricos e juristas praticantes. Nos EUA, graças à existência de uma tradição jurisprudencial, os juristas que predominam são os praticantes, já que “o conhecimento jurídico é obtido na prática ou por técnicas de ensino que imitam a prática” (SCKELL, 2016, p. 163). Outrossim, nesse país, juristas formados em escolas de direito são mais influentes socialmente pelo fato de ocuparem cargos jurídicos, políticos, administrativos, financeiros, dentre outros, ao passo que em países como a França os juristas mais proeminentes têm grande poder na gestão pública e privada, se restringindo, todavia, à área jurídica. Dessa forma, no caso dos EUA, as diversas escolas de teoria do direito necessitam das interações entre os campos político e jurídico para poderem se articular, predominando aqui a comunicação entre as diferentes esferas sociais.

No que diz respeito ao Brasil, após o fim da Ditadura Militar e com o início de um novo regime democrático, o poder dos juristas aumentou muito, sendo eles os responsáveis por produzir e reproduzir a concepção que hoje predomina na administração do Estado brasileiro. Assim, também se percebe uma grande relação entre esses dois campos no caso tupiniquim, com o direito frequentemente interagindo e dialogando com o âmbito político, semelhantemente ao que ocorre nos EUA.

Com relação às competências das cortes desses respectivos países, a Constituição dos EUA define a jurisdição da Suprema Corte como incidente em casos de disputa entre Estados, situações envolvendo embaixadores ou Ministros de Estado e celeumas que abranjam questões de lei constitucional ou federal, no que constitui sua função de controle de constitucionalidade⁹. No que tange ao Brasil, a Constituição de 1988 estabelece como atribuições o controle de constitucionalidade, o julgamento do Presidente da República, dos Ministros de Estado, de litígios entre Estados, ou entre a União e as Unidades da Federação, dos conflitos entre tribunais, dentre outros mais¹⁰.

Dessa forma, nas cartas constitucionais dos EUA e do Brasil, as competências dos tribunais constitucionais são bem estabelecidas, parecendo se enquadrar dentro do campo jurídico do sistema social. Todavia, em alguns casos, as ações dessas cortes acabam por ultrapassá-lo e por se intrometer em outras alçadas, como é o caso do campo político. A título de exemplo, no Brasil, estão a legalização do casamento homoafetivo, a descriminalização do aborto de feto anencefálico e a tipificação do crime de homofobia¹¹. Nos EUA, a maior amostra de tal fenômeno se manifesta na gestão da Corte Warren, de 1953 a 1969, que extinguiu a segregação racial educacional no país, decidiu que orações não poderiam ser realizadas em

⁹ Segundo a Seção 2 do Artigo III: “A competência do Poder Judiciário se estenderá a todos os casos de aplicação da Lei e da Equidade ocorridos sob a presente Constituição, as leis dos Estados Unidos, e os tratados concluídos ou que se concluírem sob sua autoridade; a todos os casos que afetem os embaixadores, outros ministros e cônsules; a todas as questões do almirantado e de jurisdição marítima; às controvérsias em que os Estados Unidos sejam parte; às controvérsias entre dois ou mais Estados, entre um Estado e cidadãos de outro Estado, entre cidadãos de diferentes Estados, entre cidadãos do mesmo Estado reivindicando terras em virtude de concessões feitas por outros Estados, enfim, entre um Estado, ou os seus cidadãos, e potências, cidadãos, ou súditos estrangeiros. Em todas as questões relativas a embaixadores, outros ministros e cônsules, e naquelas em que se achar envolvido um Estado, a Suprema Corte exercerá jurisdição originária. Nos demais casos supracitados, a Suprema Corte terá jurisdição em grau de recurso, pronunciando-se tanto sobre os fatos como sobre o direito, observando as exceções e normas que o Congresso estabelecer” (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Constituição dos Estados Unidos da América de 1787. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>>. Acesso em: 3 nov. 2019).

¹⁰ Abordam os temas explícitos, nesta devida ordem, as alíneas a), b), e) e f) do artigo 102, inciso I, da Constituição Federal.

¹¹ Vide, respectivamente, os julgados na ADI 4.277 e na ADPF 132; na ADPF 54; na ADO 26 e no MI 4.733.

escolas públicas e declarou inconstitucional uma lei do Estado de Connecticut que proibia o uso de contraceptivos¹².

3. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL NAS RESPECTIVAS CORTES

Tendo em consideração as cartas magnas dos países mencionados, um observador externo provavelmente pontuaria que as proeminentes decisões citadas no tópico anterior deveriam ter sido, na verdade, deliberadas pelos respectivos Poderes Legislativos dos EUA e do Brasil, os quais, a princípio, seriam os mais adequadamente competentes para regulamentar essas ocorrências. Todavia, como se pode perceber nessas e em tantas outras situações, o órgão máximo do Judiciário acabou ultrapassando a barreira do campo jurídico para intervir em outros campos, como no político, e extrapolou as suas competências originais. À essa extrapolação dá-se o nome de judicialização da política e de ativismo judicial, assuntos esses que serão explorados no presente tópico.

A judicialização da política e o ativismo judicial são dois fenômenos resultantes de uma expansão do sistema jurídico, que começa a interferir em assuntos onde anteriormente não era tão requisitado. Esse processo é típico da era atual, tendo se manifestado desde o século XX, e se demonstra tanto nos EUA, quanto no Brasil. Diversos debates existem sobre o bem (ou o mal) que essa ocorrência traz à uma democracia, com muitos dizendo que esses dois fenômenos representam um avolumamento do Judiciário sobre os demais poderes, enquanto outros exclamam que tais são na verdade fruto da inércia do Legislativo e do Executivo, que, para não desgastarem suas imagens públicas, evitam opinar sobre questões polêmicas, impelindo o Judiciário a agir em uma questão que originalmente não era de sua competência.

Jacques Commaille, influente sociólogo francês, denomina o mencionado processo de expansão do Judiciário de judicialização, sendo ele fruto de três fenômenos típicos da Modernidade: a destraditionalização, a neoliberalização e a democratização. No primeiro, surgiriam novas definições territoriais, com a jurisdição nacional se misturando à internacional e se tornando mais “porosa”; mídia, justiça e política se fundiriam e criariam uma inédita conformação do direito, que passaria a ser dividido em material e formal. No segundo, o direito se tornaria uma mercadoria ou produto, na forma de um serviço, adquirindo papel de estrutura

¹² Vide, respectivamente, as decisões nos casos *Brown v. Board of Education*; *Engel v. Vitale*; e *Griswold v. Connecticut*.

social e de mercado; além disso, visaria encaixar o direito em um mundo neoliberalista, combinando conceitos mercadológicos e jurídicos em algo único. Por fim, no terceiro, adaptar-se-ia o direito para um uso democrático, de sorte que toda a sociedade teria a capacidade usufruir dele, universalizando-o; outrossim, cabe mencionar que, com esse processo, surgiriam, por meio de novos direitos e de novos tipos de ação judicial, inovações no âmbito jurídico (COMMAILLE, 2017).

Esses três processos dariam origem à judicialização, que, segundo o autor, seria uma reinvenção do direito como um elemento essencial no funcionamento da sociedade. Durante sua vigência, o Poder Judiciário se tornaria mais poderoso que os demais, além de haver uma expansão do modo jurídico de lidar com diferentes episódios para assuntos e situações em que ele não era anteriormente utilizado. A judicialização ocorreria, dessa forma, em quatro fronts, explícitos pelos processos expostos: o da política, o das relações internacionais, o das relações econômicas e o da corrupção.

Outro autor a abordar o conceito de judicialização é o sociólogo e jurista Luiz Werneck Vianna, explanando que, com o advento do constitucionalismo democrático, o Judiciário teria sua área de intervenção aumentada sobre os demais poderes, resultando na emergência do ativismo judicial e da judicialização da política. Segundo ele, esse último fenômeno seria definido como a capacidade do judiciário de garantir direitos fundamentais, favorecida pela institucionalização de uma ordem democrática, pelo princípio da separação dos poderes e pela existência de uma constituição que explicita direitos e valores (VIANNA, 1996). Ademais, ele promoveria a convergência do *civil law* com o *common law*, atrelada a uma maior autonomia dada à figura do juiz, que começa a se apresentar como uma espécie de contrapeso. Werneck ainda cita o exemplo da Corte Warren nos EUA, declamando que, sem ela, a revolução social das décadas de 50 e de 60 seria impossível, já que os direitos requisitados demorariam muito para serem concedidos em meio a uma inércia do Legislativo e do Executivo.

A situação brasileira é bem tratada pela socióloga Fabiana Luci de Oliveira. Em *O Supremo Tribunal Federal e a política no Brasil contemporâneo* (2017), a autora discute a repercussão da atuação do STF na regulamentação da vida política, econômica, social e moral do país, declarando que, com os recentes episódios de corrupção política, como o Mensalão e a Operação Lava-Jato, tal se tornou mais explícita. Outro ponto do texto de Oliveira é a exposição da grande intensificação das relações entre o STF e a política, o que rende da professora tanto elogios, principalmente na atuação do tribunal na proteção de direitos fundamentais, quanto críticas, em especial com relação a sentenças que se intrometem na atuação dos outros poderes.

Para explicar melhor a situação, Oliveira também aborda o conceito de judicialização da política e trata do significado de ativismo judicial. A primeira ideia consistiria em um aumento de decisões judiciais sobre questões políticas e em uma expansão da imagem dos tribunais como um local de mobilização da sociedade ao redor de demandas socioeconômicas, o que faria algumas matérias de grande repercussão serem decididas pelo Judiciário, e não pelo Legislativo. No que tange ao ativismo judicial, Oliveira o aborda como sendo uma atuação proativa do Judiciário, que passa a apreciar princípios e regras constitucionais de forma não prevista originalmente pelo legislador. Dessa forma, enquanto a judicialização tem como um de seus fundamentos a demanda social, o ativismo parece não possuir esse elemento.

Essa expansão jurídica em direção à política não seria uma particularidade brasileira, fazendo parte de um processo global que se deu em uma série de países após a Segunda Guerra, dentre os quais os EUA com a sua famosa Corte Warren. As principais inquietações produzidas por esse fenômeno diriam respeito ao fato de que juízes não eleitos poderem alterar ou extinguir políticas postas em vigência por agentes políticos eleitos, o que traria a apreensão de que o Judiciário poderia acabar se sobrepondo aos outros poderes, invadindo suas atribuições e degenerando a democracia. Assim, quanto mais politicamente relevantes os tribunais se tornam, maior a chance de existir pressão por parte dos atores políticos, que, em alguns casos, chegam a remover juízes e dissolver tribunais, o que, felizmente, não aconteceu no Brasil desde a redemocratização.

A autora identifica que, na atuação do STF, o principal tema tratado em ADIs, com 40% delas, é o funcionalismo público, com o segundo principal tema sendo o funcionamento da máquina estatal e apenas o terceiro tendo relação com direitos sociais e civis, justamente onde a judicialização se concentraria, levando-se em conta as perspectivas apresentadas. Há, dessa maneira, uma atuação muito mais constante do tribunal em matérias de administração pública, em detrimento de assuntos que envolvam garantias fundamentais. Oliveira vê esse tratamento do Supremo com relação aos direitos humanos como sendo um problema, já que dificulta a sua atuação como instrumento de defesa e prejudica a incorporação de minorias ao processo decisório que ocorre na democracia (OLIVEIRA, 2017).

No que tange ao ativismo judicial, como explícito pelo cientista social, político e jurídico Fabiano Engelmann (2017), esse processo, tanto no Brasil quanto nos EUA, começou inicialmente como uma crítica ao direito positivista e retrógrado, que não se aproximava da realidade social dos grupos mais excluídos destes locais. No caso dos EUA, a iniciativa do *Law and Society*, da década de 50, foi a grande responsável por essa contestação, enquanto no Brasil esse posto ficou a cargo do movimento do direito alternativo, da década de 90.

Com o passar do tempo, nesses dois países, a motivação central do mencionado ativismo foi se modificando, havendo uma mescla com a judicialização da política. Todavia, enquanto no exemplo americano essa mistura resultou principalmente numa maior intervenção da Suprema Corte em casos de direitos fundamentais, como se demonstra nas ações da Corte Warren, no Brasil ela se traduziu em um ímpeto no combate à corrupção, explícito pelos já mencionados casos do Mensalão e da Lava-Jato, e em tópicos de competência público-administrativa.

A expansão do Judiciário exerceu, e exerce até hoje, grande papel em democracias contemporâneas, incluindo os EUA e o Brasil, como exposto pelas Cortes Constitucionais desses dois países. Não há, como exposto pelos trabalhos citados, um consenso sobre o real cunho desses fenômenos, os quais, ao mesmo tempo que representam um mecanismo de assentamento de direitos, também têm potencial de sobrepujar os demais poderes e de deixá-los inertes.

4. A INFLUÊNCIA DOS RESPECTIVOS TRIBUNAIS NA IMAGEM E NA REPUTAÇÃO DE SEUS MEMBROS

Havendo explanado como os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial influem na atividade da Suprema Corte e do Supremo Tribunal Federal, é de se esperar que aqueles contrários a essas práticas acabem encontrando nos respectivos tribunais um alvo para descarregar suas críticas, impactando na maneira como os ministros ou *justices* são vistos pela sociedade. Todavia, tendo em vista os distintos contextos nos quais estão imersos, além de suas configurações e competências naturalmente díspares, não é de se surpreender que os dois tribunais e seus magistrados sejam enxergados de modos diferentes pelo público de seus países. Levando tal observação em consideração, evidenciar-se-á, no presente tópico, como os diferentes arranjos das cortes analisadas influenciam de formas diversas nos conceitos que as respectivas sociedades, brasileira e americana, têm de seus membros.

Dito isso, para que uma reputação seja desenvolvida, é necessário, em primeiro lugar, estar exposto ao julgamento da sociedade. Dessa forma, com o intuito de se analisar a consideração que é dada aos magistrados das cortes constitucionais analisadas, é imprescindível apresentar de que forma esses tribunais apresentam os seus membros, principalmente durante seções de deliberação sobre determinado caso e quando a decisão sobre ele é revelada.

Tendo em consideração a Suprema Corte dos EUA, as sentenças proferidas por ela vêm em formato de consenso, de modo que quando um assunto chega para ser discutido pelos

magistrados, esses expõem seus entendimentos sobre ele e, após debate, chegam a uma decisão única, que será adotada como o posicionamento oficial do tribunal. Não há transmissões dessas deliberações e essas são realizadas em debates distantes do público; quando existem, as seções públicas têm a única função de comunicar as decisões tomadas em espaços fechados, de forma que os únicos que podem presenciá-las são os próprios juízes e os seus *law clerks*.

Assim, mesmo com um nível de dissenso acima de 60% nas decisões que abrangem o período de 1941 até 2015, com casos 5-4 ocorrendo em 17% das vezes, conforme expõe Fabiana Luci de Oliveira em *Quando a corte se divide: coalizões majoritárias mínimas no Supremo Tribunal Federal* (2017), o distanciamento do público geral impede que a imagem dos juízes da Suprema Corte seja afetada individualmente. Ademais, devido à não exposição dos argumentos particulares de cada magistrado, quando a opinião pública e a mídia se descontentam com determinada decisão da corte, o desagrado desses recai não sobre a figura individual dos *justices*, mas sim sobre a imagem do tribunal como um todo.

No caso do Brasil, todavia, as decisões do STF são feitas em formato de votação em placar, ou seja, quando um assunto chega à apreciação do tribunal, cada ministro expõe seu entendimento sobre ele e como acha que o seu tratamento deve ser seguido. A posição com maior número de adeptos é a que vence, sendo ela a apreciação oficial que prevalece no entendimento do tribunal. Dessa forma, não há um consenso e nem muita cooperação entre os ministros, que apenas expõem aquilo que acham. Tal linha de entendimento é bem explícita na tese do personalismo, trazida por Oliveira (2017, p. 1874) e que diz que “o tribunal funcionaria como onze ilhas, ou como onze escritórios independentes, havendo o somatório de votos individuais e pouca ou nenhuma deliberação”, pondo, dessa maneira, um maior foco nas pessoas dos juízes.

Vale ressaltar, também, a presença da particularidade que permitiria ao público em geral ter mais acessibilidade à deliberação que ocorre na corte e ao que pensam os ministros sobre determinado caso, na forma da TV Justiça. Assim, graças a esse canal de televisão, seria possível ter acesso à toda a deliberação que ocorre no STF e às argumentações utilizadas pelos ministros desse tribunal, o que não ocorre nos EUA. Isso, aliado ao sistema de votação da corte que impossibilita a formação de um consenso, faria com que a imagem individual dos juízes fosse mais afetada do que a do STF como um todo.

Todavia, a intenção de aproximação dos juízes com relação ao povo que a TV Justiça tem não é nada mais do que simbólica, já que os ministros da corte constitucional estão tão imersos no seu *habitus* e no campo jurídico que não conseguem mais dialogar com esse público como se fossem parte dele. Tal fenômeno se manifesta, por exemplo, no uso do chamado

“juridiquês”, uma variante linguística que preza pelo uso de palavras rebuscadas e complexas que jamais seriam utilizadas por aqueles que não fossem introduzidos ao direito, além de argumentações exageradamente longas, com muitos votos que ultrapassam as cem páginas.

Como se isso não bastasse, a presença das chamadas “condecorações automáticas”, decorrentes diretamente da nomeação aos cargos de ministro ou presidente do STF, sem ter imperiosamente qualquer relação com a posição ocupada anteriormente e entregues simplesmente pela valorização da própria instituição que o premia, só faz essas figuras mergulharem ainda mais em seu *habitus* e se isolarem cada vez mais no campo jurídico, tal qual expõem os juristas Fábio Almeida, Fernando Fontainha e Gabriel Maciel (2017) em trabalho sobre o tema. Consequentemente, o abismo existente entre essas personalidades e o povo só aumenta, com esse último passando a enxergá-las como egocêntricas e egoístas e chamando-as jocosamente de deuses. Assim, do ponto de vista relacional, pode-se perceber “a existência de uma estrutura de produção e circulação de elites, através da certificação simbólica” (ALMEIDA; FONTAINHA; MACIEL; 2017, p. 170), que só pioram a já ruim reputação que os magistrados da corte constitucional têm com relação ao público em geral.

Dessa forma, nota-se que nos EUA o modelo de decisão da Suprema Corte e a distância, a discrição e o isolamento que os *justices* têm com relação ao público em geral fazem com que sua reputação individual quase não seja afetada pelas suas ações no tribunal, sendo que, quando há queixas por parte do povo ou da mídia, essas recaem sobre a imagem da corte como um todo. Enquanto isso, no caso do Brasil, a existência da TV Justiça impede que os ministros ocultem seus debates do público e aumenta a sua exposição a ele, que é reforçada pelo modelo de decisão do tribunal. Outrossim, a grande imersão dos magistrados de modo integral em seu *habitus* e a recepção de láureas por parte desses, além de uma atuação por muitos vista como sendo política e ativista, fazem com que as críticas da sociedade recaiam tanto sobre a persona do tribunal como um todo, quanto sobre a efígie individual dos juízes, distanciando-os gradativamente (e em uma taxa cada vez maior) das pessoas e danificando ainda mais sua imagem perante elas.

5. DAS FUNÇÕES DESEMPENHADAS E DOS VÍNCULOS DESENVOLVIDOS PELOS ASSESSORES EM CADA UMA DAS CORTES

Realizada a exposição acerca dos pormenores que regem a atuação dos tribunais analisados, além do modo como os seus membros se comportam em meio a esse ambiente e as consequências disso para suas reputações frente à sociedade, cabe agora partir para o exame de como os magistrados se relacionam com toda uma categoria específica, a qual tem seu peso

usualmente desconsiderado em face da atuação protagonista daqueles a que servem, mas que nem por isso é menos importante no funcionamento das mencionadas cortes: os assessores jurídicos.

Isto posto, existe, no imaginário comum, a figura do juiz como sendo um indivíduo que decide casos altamente complexos completamente sozinho, seguindo apenas o direito e, eventualmente, realizando adaptações de acordo com a conjuntura encontrada. Segundo esse senso comum, “o Poder Judiciário ainda seria um espaço no qual os magistrados figurariam como as últimas autoridades a deliberar de forma individual e meditada” (VERONESE *et al*, 2017, p. 367), enquanto os outros níveis da administração pública estariam tomados pela burocratização. Todavia, apesar da figura do magistrado ser uma que impõe autoridade e respeito devido a um suposto domínio completo do ordenamento jurídico e suas peculiaridades, que utilizaria apenas sua vasta sabedoria para revisitá-lo quando necessário, não é isso que ocorre na vida real.

Nela, existem diversas figuras que auxiliam os magistrados em sua tomada de decisão de várias formas, seja mais passivamente ou ativamente, as quais são denominadas de assessores, estando elas presentes tanto no STF, quanto na Suprema Corte americana. Entretanto, apesar de se assemelharem em sua função de auxílio jurídico, as atribuições dos assessores, no Brasil, e dos chamados *law clerks*, nos EUA, e o modo de tratamento dos magistrados com relação a eles varia entre os dois países analisados. Dito isso, Alexandre Veronese e outros, tratando do tema em *Vida de assessor: as funções de assessoria judiciária em tribunais superiores no Brasil e nos Estados Unidos em perspectiva comparada* (2017), explanam que enquanto no Brasil o modelo de assessoria produziu uma estrutura burocrática e técnica, nos EUA elaborou-se um arquétipo de assessoria construído sobre a relação entre aprendiz (assessor) e mestre (magistrado).

A função de *law clerk* surgiu inicialmente de modo informal, na década de 60, se transformando, ao longo do tempo, em algo mais institucionalizado e com valor social significativo para aqueles que se aventuram em uma carreira jurídica, já que os que ocupam esse posto são recém-formados em seus cursos, encarregando-se dele por um período de no máximo dois anos. Nos EUA, os juízes também se utilizam dos assessores para renovar o debate na Suprema Corte, levando sempre em conta a sua natureza acadêmica, de sorte que apenas estudantes oriundos das melhores instituições de ensino recebem a oportunidade de servir nesses cargos; evidencia-se, assim, uma forte relação da posição de *law clerk* com o fator colegial. Outro aspecto interessante que destoa o posto nos dois países é a existência de um código de ética para assessores nas terras americanas, produzido pela Justiça Federal dos EUA

e que “serve tanto para instruir a atuação desses, como para protegê-los no desempenho das funções” (VERONESE *et al*, 2017, p. 371).

Ademais, no que tange à relação entre *law clerks* e *justices*, tal é marcada por uma dinâmica de aprendizado, na qual os segundos orientam os primeiros em questões que enxergam como pertinentes. Entretanto, o vínculo entre essas duas figuras não se resume a isso, já que os assessores acabam por participar e por integrar a vida social de seus magistrados, sendo convidados para almoços, jantares e festas, fator que os aproxima das ideias de seus respectivos juízes e que desenvolve uma relação que permanece mesmo após o fim do período como *law clerk*. Vale ressaltar, também, que assessores de um mesmo magistrado têm todos o mesmo nível de acesso a ele, havendo assim uma hierarquia horizontal, sem que um *law clerk* se sobreponha a outro; dessa maneira, a única figura a que se deve ter submissão é o próprio juiz (VERONESE *et al*, 2017).

Em contraposição, no caso do Brasil, chama atenção a grande variedade dos contextos profissionais a que pertenciam os assessores antes de trabalharem em seus gabinetes, dentre os quais o professoral, o do próprio tribunal, o da advocacia e os cedidos de outras carreiras públicas. Cada ministro estabelece seu método de seleção, indo desde sua rede de contatos até a realização de provas, semelhantes a um concurso público. Outro aspecto que muda de ministro para ministro é a administração de seu gabinete: em alguns casos, o próprio dá as ordens diretamente a seus assessores, enquanto em outros essa função é delegada a um chefe de gabinete.

A acessibilidade com relação ao magistrado também costuma variar de gabinete para gabinete: escritórios com chefes de gabinete geralmente tendem a se hierarquizar verticalmente, com essa figura servindo como uma ponte de contato entre ministro e assessores e se situando acima desses, mas abaixo do próprio juiz. Do outro lado do espectro, gabinetes nos quais o contato entre ministro e assessor é feito de forma direta pendem a um sistema de hierarquia horizontal, semelhante ao dos *law clerks*, no qual “o sistema de gestão se torna mais acessível a todos os assessores e a administração é feita em bloco” (VERONESE *et al*, 2017, p. 375).

O trabalho dos assessores em cada gabinete é outro fator que é volúvel, com alguns ministros distribuindo os processos de acordo com as especialidades de cada um e com outros permitindo que esses escolham processos mais complexos para trabalharem. A configuração da corte também é outra variável que influi nesse ofício: devido ao caráter tanto constitucional, quanto recursal, do STF (ao passo que a Suprema Corte só tem caráter constitucional, podendo ainda escolher os casos de que quer tratar), há um grande aumento no número de ações que devem ser abordadas, o que, no final, sobra para os assessores. Isso, aliado ao pouco tempo

existente para a resolução dessas e ao caráter de livre exoneração que o cargo possui, faz com que o trabalho se torne muitas vezes mecânico e estressante, longe daquilo que é experienciado nos EUA, onde o volume de trabalho é menor e há amparo por parte do magistrado, devido ao caráter de aprendizado do posto.

Apesar disso, a grande pressão posta sobre os assessores incentiva um sentimento de cooperação que se sobrepõe ao de competição entre eles, o qual se traduz na divisão da carga de trabalho e na sana de dúvidas técnicas, havendo, assim, uma certa semelhança com os *law clerks*, que constantemente trocam informações com seus colegas de outros gabinetes para embasar recomendações feitas aos *justices*. Dessa forma, enquanto nos EUA se verifica um sistema baseado no conhecimento, na instrução e na tutela, no Brasil “o que se visualiza é a burocratização maciça do sistema judiciário” (VERONESE *et al*, 2017, p. 380), que incide diretamente no modo de trabalho dos assessores, tornando-o mais mecânico e tecnocrático.

Outrossim, conforme exposto, percebe-se que os *law clerks*, ao contrário dos assessores brasileiros, são introduzidos e absorvidos pela comunidade jurídica como um todo, e não só no que tange ao trabalho jurídico, experienciando e fazendo parte da vida de seus respectivos magistrados. Consequentemente, nota-se que os assessores americanos passam pelo processo de se tornar um jurista, denominado *habitus* por Bourdieu e bem elencado por Soraya Sckell em *Os juristas e o direito em Bourdieu: a conflituosa construção histórica da racionalidade jurídica* (2016). Esse se assemelharia a um ritual sagrado, e consistiria em uma gradual incorporação de maneiras de pensar, de se vestir e de agir típicas de um agente jurídico; tal processo seria concluído, no final, com uma completa encarnação desses pormenores quando os antigos *law clerks* passam a trabalhar em escritórios de advocacia de grande renome, tornam-se professores ou até mesmo assumem o cargo de juízes.

CONCLUSÃO

Como demonstrado pelo trabalho, o papel das cortes constitucionais em uma democracia é de grande impacto, importância e abrangência, com tanto a Suprema Corte nos EUA, quanto o STF no Brasil, sendo inclusos nessa regra. Ficam demonstradas, também, as semelhanças e diferenças estruturais entre esses dois tribunais, além do modo como essas afetam os sistemas jurídico e político do contexto no qual estão inseridos, por meio dos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial.

Considera-se exposto, também, como a judicialização da política, o ativismo judicial, o *habitus* dos juízes, as condecorações e o próprio campo jurídico afetam a imagem dos magistrados perante o público em geral, ou seja, como esses são enxergados pela sociedade em consequência de fazerem parte da corte. Constatou-se, em suma, que o abismo entre os esses e o público dos dois países é demasiadamente grande, o que, no caso do Brasil, é agravado pela concessão de láureas aos ministros pelo simples motivo de terem ocupado tal cargo, reafirmando as elites que dominam o sistema e o campo jurídicos e no final isolando ainda mais os juízes da sociedade a que pertencem.

Outrossim, tratou-se no artigo das diferentes funções desempenhadas pelos assessores pertencentes aos dois tribunais constitucionais, essenciais para o adequado funcionamento desses. Assim, expôs-se que enquanto no caso dos EUA tais figuras têm um dever mais cerimonial e acadêmico, no Brasil esses possuem um papel mais técnico e mecânico; tal função que se concretiza no caso brasileiro, aliás, tem grande importância para a suprema corte no sentido de desafogar o tribunal das excessivas demandas que chegam a ele. Como se demonstrou, nesses dois países, mas principalmente no Brasil, o ofício dos assessores, apesar de ser de grande relevância, é muitas vezes eclipsado pela efígie dos juízes a que servem, não recebendo o devido crédito que mereciam e se tornando figuras ocultas, todavia responsáveis por fazer a engrenagem jurídico-administrativa se movimentar.

Por fim, levando tudo o que foi dito em conta, espera-se que o artigo possa contribuir acerca da discussão comparativa entre a Suprema Corte dos EUA e o Supremo Tribunal Federal do Brasil. Considerando que, na realidade atual, assuntos como a judicialização da política, o ativismo judicial e a elitização da classe jurídica, tanto de assessores como de magistrados, têm ganhado cada vez mais proeminência na discussão popular, almeja-se que o trabalho realizado seja capaz de trazer mais substância sobre os tópicos previamente abordados.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fábio Ferraz de; FONTAINHA, Fernando de Castro; MACIEL, Gabriel. **Produzindo elites jurídicas:** prêmios, comendas e distinções dos ministros do STF (1988-2013). *Cadernos Adenauer*, v. XVIII, ed. 1, pp. 149-171, 2017.

ÁUSTRIA. **Constituição (1820).** Lei Constitucional Austríaca de 1920. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/constitution/Austria_2013?lang=en>. Acesso em: 5 abr. 2021.

BRASIL. **Constituição (1824)**. Constituição Política do Império do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 2 nov. 2019.

_____. **Constituição (1891)**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 3 nov. 2019.

_____. **Constituição (1946)**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 3 abr. 2021.

_____. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 3 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 4277 DF**. Relator: Min. Ayres Britto, DJ: 05/05/2011, Tribunal Pleno. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 4 jun. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão: ADO 26 DF**. Relator: Min. Celso de Mello, DJ: 13/06/2019, Tribunal Pleno. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em: 4 jun. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 54 DF**. Relator: Min. Marco Aurélio, DJ: 12/04/2012, Tribunal Pleno. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 4 jun. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 132 RJ**. Relator: Min. Ayres Britto, DJ: 05/05/2011, Tribunal Pleno. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 4 jun. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção: MI 4733 DF**. Relator: Min. Edson Fachin, DJ: 13/06/2019, Tribunal Pleno. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753957476>>. Acesso em: 4 jun. 2021.

CALAZANS, Paulo Murillo. **Marbury vs. Madison**: um breve exame histórico, político e jurídico. *Âmbito Jurídico*, 1º nov. 2016. Disponível em: <

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/marbury-vs-madison-um-breve-exame-historico-politico-e-juridico/>>. Acesso em: 10 abr. 2021

COMMAILLE, Jacques. **La justice entre détraditionnalisation, néolibéralisation et démocratisation**: vers une théorie de sociologie politique de la justice. Tradução de Marina Amaral de Lima. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 2017.

ENGELMANN, Fabiano. **Da “crítica do direito” ao “combate à corrupção”**: Deslocamentos do ativismo político-judicial. *Contemporânea*, v.7, n.2, 2017, pp. 297-312.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição (1789)**. Constitution of the United States. Washington, DC: Senado dos Estados Unidos. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm. Acesso em: 3 nov. 2019.

_____. Suprema Corte. **Brown v. Board of Education**. Decidido em: 17 maio 1954. Disponível em: <<https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep347/usrep347483/usrep347483.pdf>>. Acesso em: 4 jun. 2021.

_____. Suprema Corte. **Engel v. Vitale**. Decidido em: 25 jun. 1962. Disponível em: <<https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep370/usrep370421/usrep370421.pdf>>. Acesso em: 4 jun. 2021.

_____. Suprema Corte. **Griswold v. Connecticut**. Decidido em: 7 jun. 1965. Disponível em: <<https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep381/usrep381479/usrep381479.pdf>>. Acesso em: 4 jun. 2021.

OLIVEIRA, Fabiana Luci. **O Supremo Tribunal Federal e a política no Brasil contemporâneo**. *Cadernos Adenauer*, v. XVIII, ed. 1, pp. 125-148, 2017

_____. **Quando a corte se divide**: coalizões majoritárias mínimas no Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 08, n. 3, 2017, pp. 1863-1908.

SCKELL, Soraya Nour. **Os juristas e o direito em Bourdieu**: a conflituosa construção histórica da racionalidade jurídica. *Tempo Social*, v. 28, n. 1, pp. 157-178, 2016.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Constituição dos Estados Unidos da América de 1787**. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>>. Acesso em: 3 nov. 2019

VERONESE, Alexandre; CIPRIANO, Najara de Paula; GONÇALVES, Nicole Wagner; OLIVEIRA, Paloma da Costa. **Vida de assessor**: as funções de assessoria judiciária em tribunais superiores no Brasil e nos Estados Unidos em perspectiva comparada. *Contemporânea*, v.7, n.2, 2017, pp. 365-390.

VIANNA, Luiz Werneck. **Poder Judiciário, “positivação” do direito natural e história**. *Revista Estudos Históricos*, v. 9, n. 18, p. 263-282, 1996.

UBER: UMA RELAÇÃO DE EMPREGO OU UMA RELAÇÃO EMPRESARIAL? A UBER COMO UMA FRANQUIA SUI GENERIS

UBER: AN EMPLOYMENT CONTRACT OR A BUSINESS RELATIONSHIP? UBER AS A SUI GENERIS FRANCHISING

Cássio Thito Alvares de Castro¹

Resumo: O presente artigo se volta à análise da natureza jurídica da relação entre a empresa de transporte Uber e os motoristas parceiros, selecionados para o desempenho da atividade da empresa. Inicialmente, discute-se quanto à relevância do estudo do tema, passando pela importância da fixação da natureza jurídica da relação para a pacificação social e judicial. Depois, passa-se a analisar os requisitos clássicos para a configuração das relações de emprego e do contrato de trabalho. Posteriormente, trata-se do conceito de empresário e, conseqüentemente, das características jurídicas de uma empresa, dando ênfase às franquias, seu conceito e tipologia. Por fim, demonstra-se que o vínculo entre o motorista de Uber e a empresa não se volta a uma relação trabalhista, muito embora existam decisões judiciais e análises de especialistas neste sentido, mas, sim, uma relação direta com o Direito Empresarial, mediante a classificação dos motoristas de Uber como empresários individuais. Assim, reconhecendo a natureza jurídica da atividade como empresarial, aproximou-se o vínculo a uma franquia sui generis, a partir de características contratuais e seu histórico. A especificidade do contrato, no Brasil, esbarra apenas na Lei n. 13.966/2019, que esclarece requisitos formais específicos para a Circular de Oferta de Franquia, documento indispensável

à formalização do contrato, ausente na modalidade em estudo. Metodologicamente, o presente artigo foi desenvolvido com base em dissertações, trabalhos monográficos e artigos encontrados em diretórios acadêmicos e livros, todos devidamente referenciados.

Palavras-chave: Direito Empresarial. Direito do trabalho. Motoristas. Franquia.

Abstract: The present article examines the legal nature of the relationship between the transport company Uber and its partner drivers. Initially, there is a discussion about the relevance of the study, going through the importance of establishing the legal nature of the relationship in order to achieve social and judicial. Then, we analyze the classical requirements for the configuration of employment relations and the employment contract. Subsequently, the article analyzed the concept of entrepreneurship and, consequently, also the legal characteristics of a company, with emphasis on the Franchises, their concept and typology. Finally, as it is perceived throughout the work, there is not a labor relationship between the partner driver and Uber – although there are judicial decisions and analyzes of specialists in this sense – but a direct relation with the Corporate Law, by classifying the drivers of Uber, according to the classic theory of the company, as entrepreneurs, whether

¹ Cássio Thito Alvares de Castro é advogado, sócio da Castro & Mesquita Advogados e associado ao Petrarca Advogados. Graduado pelo Centro Universitário de Brasília, em 2015. Pós-graduado em Direito Empresarial e Contratos pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB (2019) e em Direito Processual Civil pela Faculdade Batista de Minas Gerais (2020). Pós-graduando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e em Direito Previdenciário e Constitucional pela Faculdade Legale, de São Paulo.

personified or not. Thus, recognizing the entrepreneurship condition to the partner drivers, the study clarified the legal nature of the contract between the drivers and Uber, bringing them closer to a business contract which follows a Franchise structure, all according to the main historical characteristics and common contractual clauses of Franchise agreements. The only barrier for the complete classification, in Brazil, is found in Law n. 13.966/2019, which clarifies specific formal requirements for the Franchise Offering Circular, a document indispensable to the formalization of the contract, absent in Uber business structure, and so we call it a *sui generis* situation. Methodologically, this article was developed based on dissertations, monographic works, information contained in the company's website and articles found in academic directories and books, all duly referenced.

Keywords: Corporate Law. Labor law. Drivers. Franchising.

Sumário: Introdução , 1. O Contrato De Trabalho E Seus Requisitos Para Caracterização De Uma Relação De Emprego. Linhas Iniciais Quanto À Relação De Trabalho E Emprego; 2. Conceituando A Empresa E O Contrato De Franquia. 2.1 Aspectos Gerais Da Empresa. 2.2 Franquia, 3. A Uberização, A Forma De Contratação Da Uber E A Presença De Características De Um Contrato Empresarial De Franquia. A Uber Como Uma Franquia Sui Generis

INTRODUÇÃO

Segundo a UBER, em dados de outubro de 2017, existem no Brasil mais de quinhentos mil motoristas parceiros, considerados assim aqueles que complementaram, pelo menos, uma viagem nos três meses anteriores à divulgação da estatística.

Socialmente, são mais de quinhentas mil pessoas envolvidas em relações jurídicas indefinidas com clareza pelo ordenamento jurídico, em manifesta insegurança jurídica quanto à relação que detêm, se seria a Uber uma empregadora ou uma franqueadora.

Surge, então, aqui, uma discussão acerca da natureza da relação jurídica havida entre os motoristas parceiros e a empresa que gerencia o aplicativo.

No bojo da insegurança jurídica, ações trabalhistas foram propostas e as muitas Varas da Justiça do Trabalho brasileira se posicionam em sentidos diametralmente opostos, em algumas aplicando a Teoria da Uberização e declarando a relação de emprego abusiva por causar dumping social, outras entendendo se tratar de uma relação de trabalho autônomo.

Academicamente, é necessário ressaltar que existem estudos no Direito do Trabalho demonstrando a existência dos vínculos clássicos que caracterizam a relação de emprego, mas

não foram encontrados estudos quanto à caracterização da relação entre a Uber e seus motoristas como uma franquia.

Tendo, de um lado, um ambiente jurisprudencial incerto e incipiente e, de outro, uma demanda social que não pode ser ignorada, o presente estudo se mostra indispensável para se analisar a natureza da relação jurídica que dita a vida de tantas pessoas.

O objetivo amplo do presente trabalho é analisar e definir o vínculo jurídico havido entre a Uber e seus motoristas. De modo específico, se demonstrará a existência de relação jurídica de natureza empresarial, especialmente de um contrato de franquia, traçando os elementos contratuais mínimos que tornam a Uber uma franquia *sui generis*.

Para alcançar esses objetivos, o estudo será realizado sobre revisão bibliográfica, onde se analisará textos doutrinários relevantes no Direito do Trabalho quanto à teoria clássica para caracterização de uma relação de emprego e sobre a teoria da Uberização.

No âmbito do Direito Empresarial, buscaremos aprofundar questões relativas à teoria clássica da empresa e, posteriormente, a adequação da relação fático-jurídica havida entre os motoristas da Uber e a empresa quanto à franquia, ressaltando similaridades e diferenciações, demonstrando a existência de relação jurídico-empresarial e traçando quais elementos contratuais tornariam a Uber uma franquia *sui generis*.

O presente trabalho foi então estruturado em três capítulos. No primeiro capítulo, apresentam-se os requisitos para a configuração de uma relação de emprego, conforme o artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho. No segundo capítulo, delimitamos os aspectos gerais de uma empresa e classificamos o que é um contrato de franquia. Por fim, apresentamos a teoria da uberização e a preocupação do Direito do Trabalho na classificação da relação entre motorista e Uber como de viés trabalhista, a fim de evitar a ocorrência de dumping social. Posteriormente, esclarecemos a ocorrência de um verdadeiro contrato de franquia *sui generis*, de modo a demonstrar como os termos de serviço da Uber se encaixam em tal modelo contratual, bem como a razão pela qual se deve entender por uma relação empresarial.

1. O CONTRATO DE TRABALHO E SEUS REQUISITOS PARA CARACTERIZAÇÃO DE UMA RELAÇÃO DE EMPREGO. LINHAS INICIAIS QUANTO À RELAÇÃO DE TRABALHO E EMPREGO

Cairo Júnior (2013, p. 145) esclarece que o vínculo empregatício é o objeto principal da proteção que confere o Direito Laboral.

Indispensável se faz, portanto, em linhas preliminares, conceituar as relações de trabalho e emprego que, nos ensinamentos de Domingues de Andrade (1997, p. 2), são situações “da vida social disciplinada pelo Direito, mediante a atribuição a uma pessoa (em sentido jurídico) de um direito subjetivo e a correspondente imposição a outra de um dever ou de uma sujeição”.

Esta relação jurídica, que pressupõe a existência de duas pessoas, pelo menos, e de uma norma jurídica qualificadora de relação social, se manifesta por meio de direitos subjetivos e potestativos, de natureza contratual (BARROS, 2009, p. 221).

Ressalva Barros (2009, p. 221), entretanto, que não é “qualquer relação de trabalho que atrai a aplicação do Direito do Trabalho, mas apenas aquela dotada de configuração específica”, onde se demonstram os elementos específicos e próprios do contrato de trabalho.

Contrato de trabalho é um acordo expresso ou tácito firmado entre duas partes – ou seja, um negócio jurídico bilateral – por meio do qual um se compromete a executar pessoalmente, em favor do segundo e sob sua supervisão, um serviço habitual mediante contraprestação pecuniária (BARROS, 2009, p. 237).

Cairo Júnior preleciona que, de acordo com a hodierna teoria contratualista, o “contrato de labor é um contrato *sui generis*, com características próprias que o diferencia dos demais ajustes de vontade que tenham como objeto a prestação de serviços”, teoria adotada pelo ordenamento pátrio, oposta à teoria anticontratualista, que considera “que a relação de emprego deriva do empregado na empresa, retirando-lhe todo e qualquer conteúdo que derive da sua manifestação da vontade” (2013, p. 147).

Barros (2009, p. 245) ainda afirma que o contrato de trabalho seria de adesão, ou seja, sua principal função seria:

criar uma relação jurídica obrigacional entre as partes, porém, com o caráter meramente complementar, em face do extenso rol de normas imperativas previstas em lei ou instrumentos coletivos que fogem do domínio da autonomia da vontade e compreendem aspectos relevantes do vínculo empregatício.

A partir disto, é necessário apurar os elementos vários que derivam do contrato de trabalho e que são indispensáveis à configuração da relação jurídica como de emprego. O primeiro deles é a subordinação. Russomano (1984, p. 112) discorre que existem quatro teorias capazes de explicar o instituto jurídico: a dependência econômica, social e técnica e a subordinação jurídica.

A dependência econômica dispõe que a relação de emprego é o fato de que o empregado depende do salário que recebe como contraprestação pelos serviços prestados para arcar com os custos de sua vida privada (RUSSOMANO, 1984, p. 112).

A dependência técnica, por sua vez, se apresenta no sentido de que o empregado não poderia desempenhar seu labor de acordo com suas preferências, mas seguindo orientações técnicas e de qualidade do empregador (RUSSOMANO, 1984, p. 112).

Em terceiro lugar, a teoria que sobressai na análise da subordinação, Russomano (1984, p. 113-114) discorre que a subordinação estaria presente pela simples existência de um contrato de trabalho, que legitimaria o poder diretivo e fiscalizador do empregador, que sujeita o empregado no desempenho da atividade. É a chamada subordinação jurídica. Para o Russomano, “o traço que define a relação de emprego é a sujeição hierárquica em que se coloca o obreiro diante do empresário na vigência do contrato individual de trabalho”.

No mesmo sentido da predominância da subordinação jurídica, Delgado (2001, p. 303/304) esclarece o que diferenciaria a visão moderna de trabalho das antigas formas exploratórias:

a subordinação que deriva do contrato de trabalho é de caráter jurídico, ainda que tendo como suporte e fundamento originário a assimetria social característica da moderna sociedade capitalista. A subordinação jurídica é o polo reflexo e combinado do poder de direção empresarial, também de matriz jurídica.

Tão importante é a caracterização da subordinação, que Hinz (2006, p. 31) ensinou que seria:

o elemento que tem maior proeminência na caracterização do vínculo empregatício é a subordinação, que diferencia a relação de emprego do trabalho autônomo. Ela decorre da posição que o empregado assume ao celebrar, com seu empregador, o contrato de trabalho, o qual limita sua autonomia. A subordinação decorrente do contrato de trabalho não tem cunho pessoal, pois ela se restringe às cláusulas contratuais.

Após a subordinação e suas teorias, é indispensável se abarcar o elemento da onerosidade que deriva das relações de emprego. Quanto à onerosidade, Bomfim (2008, p.272) leciona que, em seu sentido subjetivo, o trabalho seria desempenhado pela necessidade de subsistência, em troca do salário, de vantagens, do pagamento. Há, assim, a troca de uma força de trabalho por uma contraprestação pecuniária.

Quanto à pessoalidade, Saad (2000, p. 128) conceitua que se trataria de uma “obrigação de fazer, de caráter personalíssimo e intransferível a terceiro”. Sendo este vínculo intuitu personae, Süsskind (2004, p. 216) explica que seria um elemento relevante para negar o

vínculo empregatício justamente a constatação de que o serviço objeto do contrato poderia ser executado por outra pessoa, diferente da contratada inicialmente.

Por fim, para termos uma relação de emprego, é necessário que esta não seja eventual. A não-eventualidade consiste em se aferir se o labor se mantém em vínculo de continuidade. Desta forma, a eventualidade desfaz o vínculo na medida em que se estabelece uma relação jurídica transitória. Cairo Júnior (2013, p. 146) esclarece, entretanto, que a “não-eventualidade, segundo a teoria dos fins do empreendimento, diz respeito à atividade desenvolvida pela empresa e não à quantidade de tempo em que o empregado fica à disposição do empregador”.

Assim, a existência cumulativa destes elementos se mostra imprescindível para a configuração da relação de emprego, conforme dita o art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Em suma, portanto, empregado é a:

pessoa física que presta serviço de natureza não-eventual a empregador mediante salário e subordinação jurídica”, serviços que podem ser “de natureza técnica, intelectual, manual, integrantes das mais diversas categorias profissionais ou diferenciadas (BARROS, 2009, p. 264).

Bomfim (2014, p. 242), entretanto, acrescenta elemento deveras importante quando conceitua empregado, discorrendo que este atua “sem correr os riscos do negócio”.

A doutrinadora, de forma imprescindível, discorre sobre a teoria do risco do negócio do empregador, assentando que “quem corre o risco do negócio é sempre o empregador”. Ressalva, entretanto, que existiria uma zona cinzenta (que chama de “fog jurídico”), onde o prestador do serviço flerta com a relação de emprego, quando recebe contraprestação por percentagem, quando arca com os custos do negócio e quando realiza pequenos investimentos² na atividade, o que “não impede a relação de emprego” (BOMFIM, 2014, p. 264-265).

Empregador, por outro lado, é a “empresa individual ou coletiva que, assumindo os riscos do empreendimento econômico, contrata, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços” (BARROS, 2009, p. 372).

Assim, muitas das vezes por não existirem todos os elementos cumulativamente, algumas relações de trabalho lato sensu que não se confundem com a relação de emprego, como, por exemplo, o trabalho autônomo e o eventual (BARROS, 2009, p. 221).

O trabalho autônomo está fora da relação de emprego, haja vista que lhe falta o requisito da subordinação. Nesta situação, o prestador de serviços atua como patrão de si mesmo, sem

² Esclarece, entretanto, que “um grande investimento pode caracterizar o trabalhador como sócio ou autônomo” (BOMFIM, 2014, p. 265).

submissão aos poderes de comando de um empregador, conservando sua liberdade de iniciativa e competindo-lhe ferir sua própria atividade, suportando, também, seus riscos (BARROS, 2009, p. 221).

Para Bomfim (2008, p. 274), o autônomo seria aquele que exploraria seu ofício por sua própria conta e risco, mesmo que de forma habitual.

Cairo Júnior (2013, p. 158), na mesma medida, entende que, no trabalho autônomo, estaria “ausente subordinação jurídica, ou seja, quem dirige a atividade laboral é o próprio trabalhador, que repassa o produto final do seu trabalho ou a sua utilidade respectiva para o outro contratante”.

O trabalhador eventual, por sua vez, é aquele que em que o labor “não se insere no âmbito das atividades normais de uma empresa”, que não se fixa a uma fonte de trabalho (BARROS, 2009, p. 221).

Ao contrário do trabalhador autônomo, onde o requisito que lhe falta à configuração da relação de emprego é a subordinação, no trabalho eventual não se identifica o requisito da não-eventualidade (habitualidade), que, como dito acima, deve ser verificado pela atividade desenvolvida pela empresa, não pela quantidade de dias trabalhados. Não haverá relação de emprego, assim, quando o empresário necessitar “por em marcha uma atividade eventual, qual seja, que não tenha caráter de permanência, no que se refere ao objeto do seu empreendimento” (CAIRO JÚNIOR, 2013, p. 158).

Lançadas as primeiras bases quanto ao estabelecimento dos elementos indispensáveis ao contrato de trabalho, cumpre trazermos, por outro lado, os requisitos de configuração de uma empresa e, especificamente, do contrato de franquia para, ao final, traçarmos um paralelo entre os ramos do Direito e sua aplicação no caso concreto.

2. CONCEITUANDO A EMPRESA E O CONTRATO DE FRANQUIA

2.1. Aspectos gerais da empresa

Primeiramente, é necessário reverberar os princípios básicos da teoria da empresa, a fim de melhor delimitar o enquadramento da relação entre motoristas e a Uber seguindo esta corrente.

Tomazette (2018, p. 64-67) assevera que a noção jurídica de empresa se assenta na conceituação derivada da Economia, onde o ente se liga à ideia de organização dos fatos de produção para o desempenho de determinada atividade econômica. Sendo assim, empresa é a

atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços para o mercado.

Tal conceituação concorda com o que diz Coelho (2002, p. 19), quando ensina que empresa é a “atividade econômica organizada de produção ou circulação de bens ou serviços”.

Bulgarelli (1997, p. 100), em seu Tratado, traz conceito alargado ao introduzir, nos elementos da empresa, a necessidade de um estabelecimento comercial. Ensina que empresa seria a “atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado, exercida pelo empresário, em caráter profissional, através de um complexo de bens”.

O Código Civil de 2002, adotando a teoria da empresa, deixou de conceituar o ente jurídico, trazendo, ao revés, a conceituação de empresário. Dita o art. 966 do Código Civil que “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”, ressaltando que não se considera empresária, per si, a atividade científica, literária ou artística (BRASIL, 2002).

E desta conceituação de empresário que se pode extrair a definição de empresa no Direito brasileiro.

O conceito de empresa, portanto, traz consigo alguns elementos indispensáveis para sua caracterização: atividade, organização, economicidade, finalidade e destinação mercadológica.

De acordo com Ascarelli (1962, p. 146 apud TOMAZETTE, 2018, p. 67), atividade, neste ponto, é um conjunto de atos destinados a uma finalidade comum.

A economicidade, por sua vez, se demonstra na criação de novas utilidades, novas riquezas. A organização, ademais, “nada mais é do que a colação dos meios necessários, coordenados entre si, para a realização de determinado fim”. Assim, não há um caráter pessoal, mas uma atividade organizada de tal modo que exista padronização e objetivação (TOMAZETTE, 2018, p. 68), devendo prevalecer a importância da organização sobre a prestação pessoal da atividade.

Quanto à finalidade, a empresa deve visar a produção ou circulação de bens ou serviços, não podendo consistir em uma “simples troca de bens”, devendo tal intuito ser dirigido ao mercado, “à satisfação de necessidades alheias” (ASCARELLI, 1962, p. 163 i VEDOVE, 2000, p. 13-14 apud TOMAZETTE, 2018, p. 69-70).

Presentes todas estas características, é indispensável enquadrar a empresa em sua natureza jurídica específica. Para Negrão (1999, p. 76), empresa não se trata de sujeito e nem de objeto de direito, podendo ser caracterizada como um fato jurídico lato sensu (BULGARELLI, 1997, p. 132), posto que se analisaria a existência de um conjunto de elementos.

Como já tratado, empresa é a atividade econômica, mas é necessário se conceituar, também, quem exerce tal atividade. O empresário, conforme texto legal, é o sujeito que exerce atividade empresarial de forma profissional, organizada, com finalidade específica e com fim econômico, podendo ser tanto uma pessoa física – empresário individual – como uma pessoa jurídica – sociedade empresária.

Entretanto, requisitos específicos e cumulativos são necessários para se definir um empresário: a economicidade, a organização, a profissionalidade, a assunção do risco e o direcionamento ao mercado.

Neste ponto, em específico, a economicidade, a organização da atividade, a profissionalidade e o direcionamento ao mercado são conceitos que, na pessoa do empresário, encontram consonância com a conceituação da própria empresa.

Por outro lado, de forma específica, a assunção do risco é figura que encontra guarida apenas no empresário. O empresário assume totalmente o risco pela atividade empresarial, que é incerto e ilimitado, que dependem das nuances mercadológicas (TOMAZETTE, 2018, p. 75). Claro que, a depender do tipo societário, existem balizas legais específicas para esta assunção do risco.

2.2. Franquia

Poucos são os contratos empresariais que tiveram crescimento tão acentuado no Brasil e no mundo como os de franquias. Este sistema de impulsionamento de vendas possibilitou a expansão do seguimento do mercado, “propiciando a pequenos e médios investidores a oportunidade de serem ‘patrões de si mesmos’” (CRETELLA NETO, 2002, p. 1).

Barroso (1997) esclarece que o contrato de franquias não surgiu por uma construção doutrinária ou por inovação legislativa, mas pelas próprias necessidades mercadológicas, que demandavam um instrumento jurídico adequado para uma operação comercial descentralizada, dinâmica e voltada à satisfação do consumidor final.

Martins (2017, p. 393) ensina que a franquias teria surgido como um contrato comercial capaz de facilitar e incentivar as vendas a partir da captação de material humano no engajamento de determinada atividade, citando como fato histórico justamente o período posterior à Segunda Guerra Mundial, quando, nos Estados Unidos, inúmeras pessoas estavam desmobilizadas de suas atividades econômicas que tinham sido geradas pela guerra e passaram a buscar novas oportunidades para se estabelecer economicamente.

Entretanto, Marcelo Fernandes (2003, p. 22), quando fala sobre a origem da franquia, assevera que esta teria se dado em 1860, com a Singer Sewing Machine, empresa detentora de marca notória que, visando a um rápido crescimento, passou a ceder sua marca e suas técnicas de vendas e gerenciamento, obtendo, em contrapartida, participação no lucro dos cessionários, o que hoje se entende como royalties. No Brasil, Arthur de Almeida Sampaio, fabricante dos calçados Stella, em 1910, utilizou práticas consideradas, atualmente, como integrantes do contrato de franquia, como:

processo de seleção que criou para escolher os representantes comerciais a fim de realizarem, eles próprios, os investimentos necessários à instalação dos novos pontos, ou simplesmente utilizarem os pontos já existentes, onde era instalada [...] a placa ‘Calçados Stella’ (REDECKER, 2002, p. 31).

A adoção do instituto da franquia comercial, no Brasil, movimento que ganhou força a partir da edição do Plano Cruzado, em 1986, representou uma forma de vencer a carência de recursos para atender com maior eficiência o rápido crescimento dos setores de produção e consumo, favorecendo, principalmente, as empresas de pequeno e médio porte, tudo isto, ainda, aliado a um investimento considerado seguro e vitorioso (REDECKER, 2002, p. 31-32).

Conceitualmente, o contrato de franquia se caracterizaria por ser um “contrato que liga uma pessoa a uma empresa, para que esta, (...) conceda à primeira o direito de comercializar marcas ou produtos de sua propriedade”, não havendo qualquer vínculo de subordinação, assegurando o franqueador – aquele que concede a exploração de um modelo comercial – a distribuição do produto, assistência técnica e informações continuadas sobre a comercialização (MARTINS, 2017, p. 394).

Barroso (2002, p. 31) também trata da franquia comercial consiste em uma:

Autorização para o uso de nome e de marca, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional, desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, que uma empresa faz a outra, com prestação de serviços e assistência permanente, mediante o recebimento de certa quantia e sob determinadas condições, conservando esta última sua individualidade jurídica sem, contudo, manter individualização mercadológica própria (que é do franqueador).

Desta forma, o franqueado pagaria ao franqueador uma taxa inicial, sendo possível que o contrato prescreva, ainda, o pagamento de quantias suplementares, inclusive com percentuais sobre a venda e desempenho das atividades da franquia.

Uma das principais características deste pacto empresarial, ainda, é a independência do franqueado, que conserva sua autonomia empresarial, seja no plano administrativo, seja no

plano jurídico e financeiro, não mantendo qualquer vínculo empregatício com o franqueador (GONÇALVES, 2011, p. 698).

Vale ressaltar que, muito embora exista inegável autonomia entre franqueado e franqueador, não participando este da empresa daquele, e vice-versa, tal característica não obstaculizaria o poder de fiscalização do franqueador, já que o franqueado se mostra uma verdadeira vitrine do modelo de negócio da franquia como um todo (MARTINS, 2017, p. 393).

Assim, se traduz esta autonomia como relativa, tendo em vista que, muito embora sejam pessoas jurídicas distintas, existem relações que ligam o franqueador ao franqueado tão “íntimas que muitas regras são impostas a esse pelo franqueador, restringindo seu campo de ação” (MARTINS, 2017, p. 396):

Desta feita, para manter a padronização do negócio o franqueado submete-se a muitas regras impostas por aquele. Há, efetivamente, certos atos que o franqueado não pode praticar sem a autorização do franqueador, como, por exemplo, promoções e descontos nos produtos (GONÇALVES, 2011, p. 698).

Quanto a esta autonomia, Cretella Neto (2002, p. 32) destaca que seria uma característica marcante do contrato de franquia:

a criação de relações de colaboração econômica entre empresas independentes, em que o franqueador dispõe da técnica, e os franqueados dos meios materiais para operar o negócio, de forma que se pode mesmo falar em uma semi-integração de suas atividades.

Entendendo que o contrato de franquia seria:

O contrato de natureza mercantil, firmado entre franqueador e franqueado, que tem por objeto a cessão temporária e onerosa de um conjunto de direitos materiais e intelectuais, de propriedade exclusiva do franqueador, para o franqueado, que se obriga à comercialização de produtos e/ou serviços, consoante um sistema próprio e único de rede de marketing e distribuição, estabelecido conforme as determinações e padrões do franqueador, remunerando-o, de forma única ou periódica, pela cessão dos referidos direitos e/ou pela transferência do know-how técnico, comercial e operacional, e também pela assistência técnica e mercadológica que prestará, pelo período do contrato (CRETELLA NETO, 2002, p. 41).

Da mesma forma, Diniz (1996, p. 43) conceitua como:

O contrato pelo qual uma das partes (franqueador ou franchisor) concede, por certo tempo, à outra (franqueado ou franchisee) o direito de comercializar com exclusividade, em determinada área geográfica, serviços, nome comercial, título de estabelecimento, marca de indústria ou produto que lhe pertença, com assistência técnica permanente, recebendo em troca, certa remuneração.

Lina Chaves Marques Fernandes (2000, p. 52) ensina que o contrato de franquia é um contrato onde uma pessoa jurídica, denominada franqueador:

concede a uma pessoa física ou jurídica, denominada franqueado, o direito de uso de uma marca de franca aceitação pública e de outros bens objetos de propriedade intelectual e o direito de distribuição, com ou sem exclusividade, de produtos e/ou

serviços, numa determinada área geográfica, com transferência de know-how e assistência técnica permanentes, mediante o pagamento de uma remuneração e sem qualquer vínculo de subordinação entre as partes.

Por fim, Marcelo Fernandes (2003, p. 34) entende que seria um:

acordo pelo qual um empresário, detentor de marca conhecida, cede a utilização desta marca, bem como das práticas e técnicas empresariais que a consagram, para um outro empresário, que, sem constituir vínculo empregatício com o detentor da marca, utilizá-la-á, com permanente assistência técnica do cedente, pagando determinada remuneração, geralmente decorrente de participação nas vendas.

Quanto à sua natureza jurídica, Cretella Neto (2002, p. 38) assenta que seria um contrato mercantil, com característica híbrida, na medida em que resulta da aplicação conjunta de diversos contratos; não-solene; oneroso; sinalagmático e comutativo; e típico, por exigir uma Circular de Oferta de Franquia.

Quanto à tipicidade, Lina Chaves Marques Fernandes (2000, p. 57-58) assenta que o contrato ainda seria atípico no Brasil, tendo em vista que:

a lei, quase que na sua totalidade, trata apenas da Circular de Oferta de Franquia. Inexistem, portanto, regras jurídicas que regulamentam o contrato de franquia propriamente dito. Pode-se, por isso, afirmar ser inominado este tipo de contrato.

No mesmo sentido, Gonçalves (2011, p. 698) se posiciona pela atipicidade do contrato, muito embora a Lei n. 8.955/94, posteriormente substituída pela Lei n. 13.966/2019 - mas inalterada neste ponto – tenha disciplinado aspectos do contrato, já que “as relações entre franqueador e franqueado continuam regendo-se exclusivamente pelas cláusulas convencionadas”.

Coelho (2003, p. 126-127) esclarece que:

a lei brasileira sobre franquias não confere tipicidade ao contrato: prevalecem entre franqueador e franqueado a condições, termos, encargos, garantias e obrigações exclusivamente previstos no instrumento contratual entre eles firmado. Procura, apenas, a lei assegurar ao franqueado o amplo acesso às informações indispensáveis à ponderação das vantagens e desvantagens relacionadas ao ingresso em determinada rede de franquia³.

Muito embora a doutrina tenha assim entendido, compreende-se a Circular de Oferta de Franquia como elemento de adesão do contrato de franquia. Ora, se a lei disciplina requisitos indispensáveis ao termo inicial do contrato, ou seja, elementos indispensáveis ao termo de adesão contratual, certamente tal regulamentação, mesmo que de forma indireta, incide sobre o próprio instrumento contratual final, razão pela qual entendemos como típico o contrato.

³ No mesmo sentido, NEGRÃO, Ricardo. Manual de direito comercial e de empresa, 1.ed. vol.2. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 313.

De mais a mais, estamos na seara do direito privado, onde a lei não necessita tudo dizer, tudo regulamentar, traçando apenas elementos básicos a respeito dos pactos entre os particulares, o que em tudo se aplica à Circular de Oferta de Franquia, esta sim disciplinada pela Lei n. 13.966/2019.

Marcelo Fernandes (2003, p. 46) ainda acrescenta dois elementos: a adesividade e a continuidade.

O contrato de franquia seria contínuo na medida em que:

as obrigações estão sucessivamente renovando-se, eis que o franqueado tem de pagar mensalmente (se assim for ajustado) a porcentagem sobre as vendas para o franqueador, enquanto este deve manter constantemente a assistência técnica para o franqueado (FERNANDES, M., 2003, p. 46).

Para o autor, “a sucessividade do contrato de franquia é inerente a ele [ao contrato], sendo indispensável à sua caracterização e produção de efeitos pretendidos” (FERNANDES, M., 2003, p. 46).

Quanto à adesividade, esta se daria na medida em que “em um contrato de franchise, as cláusulas contratuais são todas produzidas e apresentadas pelo franqueador, podendo o franqueado aceitá-las ou rejeitá-las em bloco, sendo que sua manifestação volitiva restringe-se a esta aceitação ou não”, asseverando haver, no contrato de franquia, rigidez, predeterminação e uniformidade, elementos do contrato de adesão (FERNANDES, M., 2003, p. 47-48).

Estas orientações, assistências e fiscalizações do franqueador se voltam à montagem do estabelecimento empresarial do franqueado através do contrato de engineering; do contrato de management, onde se realiza o treinamento dos funcionários e estruturação da administração do negócio; e do contrato de marketing, pertinentes às técnicas de colocação dos produtos ou serviços junto aos consumidores.

Veja-se que existe um vínculo de subordinação contratual entre franqueado e franqueador, mas que aquele é livre para dirigir, administrar e assumir os riscos de sua atividade, como assenta Barroso, ao dizer que:

A relação jurídica estabelecida entre franqueador e franqueado não é, portanto, absolutamente de emprego, não existindo um vínculo ténue sequer de natureza empregatícia entre os dois, pelo contrário, a franquia pressupõe um relacionamento de parceria entre duas empresas independentes, conservando cada uma sua individualidade jurídica, assumindo cada uma todo o risco de seus respectivos empreendimentos, responsabilizando-se por todas as despesas de seu pessoal e de manutenção do próprio estabelecimento (2002, p. 32).

Esta subordinação contratual, entretanto, é totalmente estranha àquela subordinação havida nas relações de emprego, tendo sido, inclusive, objeto de estudo por Cretella Neto (2002,

p. 37), quando destacou que “vínculo laboral entre o franqueador e o franqueado, razão pela qual sua relação jurídica não é regida pelo Direito do Trabalho”.

Portanto, fato é que, apesar de haver uma subordinação empresarial entre franqueado e franqueador, não se pode cogitar a existência de uma relação de emprego.

Existe, por outro lado, um contrato, de natureza empresarial, com regramento específico, onde existe a transferência ou cessão, do franqueador para o franqueado, de know-how relativo ao negócio entabulado, que “verificado e formatado, permite a sua validade técnica e comercial e que coloca o franqueado no mercado com uma vantagem notável em relação aos comerciantes independentes” (REDECKER, 2002, p. 51).

3. A UBERIZAÇÃO, A FORMA DE CONTRATAÇÃO DA UBER E A PRESENÇA DE CARACTERÍSTICAS DE UM CONTRATO EMPRESARIAL DE FRANQUIA. A UBER COMO UMA FRANQUIA SUI GENERIS

Muito se discute acerca da relação e natureza jurídica das novas tendências de economia compartilhada e o Direito. A discussão fica ainda mais áspera e cinzenta quando se alcança o Direito do Trabalho e a necessidade de se proteger os trabalhadores que encaram as chamadas novas profissões, que surgem de forma cada vez mais acelerada e automatizada na contemporaneidade. A dificuldade está justamente na adequação dos elementos clássicos das relações de emprego e a ausência de enquadramento específico nestas novas tendências laborais.

Neste contexto, surge uma teoria no Direito do Trabalho chamada de Uberização, idealizada a partir do aplicativo de nome análogo, em que se discute, no bojo das novas tendências de economia compartilhada e emprego, de modo especial, a existência de vínculo de emprego entre os motoristas e a empresa Uber, inclusive com repercussão na chamada teoria do dumping social, que consistiria na exploração do empregado, por parte do empregador, com a transferência dos custos da atividade empresarial deste para aquele, aliada à falsa promessa de flexibilidade e ganhos elevados.

Com o advento da globalização, com a evolução dos meios de comunicação e o surgimento dos poderosos smartphones, as relações interpessoais foram remodeladas, fazendo desaparecer e surgir novas profissões. A Uber, no bojo destas inovações, trouxe um conceito de transporte executivo, prestado com qualidade e contratado com rapidez mediante o uso de um aparelho celular, tudo sem maiores dispêndios para seus usuários. Entretanto, para se

alcançar tal patamar de excelência, regras são impostas pela empresa em relação aos seus parceiros.

Estas novas realidades, por sua vez, provocam no Direito a necessidade de regular e alcançar a paz social no que toca a estes novos vínculos. No caso da Uber, fica ainda mais latente esta necessidade porque, segundo Kramer (2017), até dezembro de 2016, no Brasil, havia cerca de nove reclamações trabalhistas propostas em face da Uber do Brasil Tecnologia Ltda, uma delas em Uberlândia/MG e as demais em São Paulo/SP, onde se buscava o reconhecimento do vínculo de emprego e todos os reflexos jurídicos decorrentes desta relação de emprego.

Em Uberlândia/MG, nos autos da ação n. 0011359-34.2016.5.03.0112, em trâmite perante a 33ª Vara do Tribunal do Trabalho de Uberlândia/MG, o Juízo reconheceu o vínculo de emprego entre motorista e a empresa, verificando estarem presentes os requisitos que configuram as relações de emprego (KRAMER, 2017). A sentença de procedência prolatada fez constar que restaria evidente o vínculo *intuitu personae*, não sendo possível que o motorista cedesse sua conta no aplicativo para que qualquer outra pessoa usufruísse da relação com a empresa Uber; continuou, ainda, assentando que seria onerosa a relação, na medida em que a Uber remunerava os motoristas pelas corridas, oferecendo, inclusive, prêmios; e que o labor não seria eventual, na medida em que seria exigida a constância no desempenho das atividades, sob pena de descredenciamento dos motoristas (KRAMER, 2017).

Neste sentido, para Trapnell (2017) “a empresa Uber não negocia nada, estabelece as bases e formas, inclusive quanto vai pagar, o motorista nada negocia, adere ou não. Se escolher não aderir, não trabalha”, atribuindo os custos da atividade ao motorista, na medida em que a Uber não possuiria carros próprios, não assumindo os custos de manutenção da frota à sua disposição, o que caracterizaria a presença de um vínculo de ordem trabalhista, de emprego.

Entretanto, adotar tal posicionamento jurídico em relação ao vínculo existente entre a Uber e seus parceiros teria o condão único de impossibilitar a própria atividade econômica e seus conceitos de economia compartilhada mais basilares, negando a própria realidade de modernidade das novas formas de exploração comercial.

Veja-se, portanto, que, muito embora existam elementos semelhantes, a relação entre a Uber e os motoristas parceiros não alcança a proteção do Direito do Trabalho.

Quanto à subordinação, no que toca à dependência econômica do empregado em face do capital do empregador para sua sobrevivência, vale ressaltar que esta deriva do próprio modelo econômico capitalista, inerente a qualquer atividade, seja ela do empregado, seja do

empresário. Também o empresário busca organizar seus meios de produção a fim de alcançar lucro com dada atividade, lucro este que possibilitará arcar com os custos de sua vida privada.

Esta característica, da dependência econômica, está presente em todas as relações empresariais, sejam elas quais forem. Na relação entre motorista e a Uber, de forma ainda mais flagrante, a empresa necessita do motorista para prestar sua atividade de transporte, fiscalizando para que este seja rígido quanto ao modelo negocial, assim como o motorista parceiro presta o serviço a fim de auferir lucro. Mas a própria forma de remuneração do motorista/franqueado é distinta daquelas havidas nas relações de trabalho, onde este pode garantir seus rendimentos de acordo com a frequência da atividade que pratica, escolhendo o quanto ganhará, que será proporcional ao quanto trabalhará.

No que toca à dependência técnica, esta também está presente em uma relação empresarial de franquia, onde o franqueado não é o senhor da técnica da atividade empresarial, do modelo de negócio, mas sim o franqueador, que esclarece e dispõe as formas de desempenho da atividade em manuais específicos, de modo que se padronize a marca, se mantenha a qualidade do produto vendido e, através do sucesso obtido e conhecido publicamente pela empresa franqueadora, o franqueado possa auferir lucro, repassando *royalties*.

A subordinação jurídica também é uma marca presente no contrato de trabalho, mas que não deixa de, da mesma forma, estar configurada nas demais relações contratuais, onde uma parte cria obrigações em face de outra. Na relação do motorista parceiro com a Uber, por exemplo, existe a subordinação própria da relação empresarial. Martins (2017, p. 393), inclusive, ressalta que, muito embora exista autonomia entre franqueado e franqueador, tal característica não obsta que o franqueador fiscalize os negócios do franqueado, a fim de garantir a padronização do negócio, havendo relações que ligam o franqueado ao franqueador em caráter tão íntimo que “muitas regras são impostas a esse pelo franqueador, restringindo seu campo de ação”. Em uma franquia, o vínculo contratual pode ser extinto em casos de mau uso da marca, por exemplo, sendo indispensável a comprovação dos descumprimentos das determinações do franqueador. Pode, ainda, ser resilido por hábitos do franqueado, ocorridos em sua vida privada, “isso porque o franqueado tem por obrigação zelar, em todos os sentidos, pelo prestígio do produto, e sua conduta particular se reflete na boa imagem que o franqueador deve inspirar por meio de seus produtos” (MARTINS, 2017, p. 403-404).

Existe, portanto, também no contrato de franquia, subordinação jurídica, onde “o franqueado submete-se a muitas regras impostas por aquele (franqueador). Há, efetivamente, certos atos que o franqueado não pode praticar sem a autorização do franqueador, como, por exemplo, promoções e descontos nos produtos” (GONÇALVES, 2011, p. 698).

Quanto à pessoalidade, ao falar das relações de emprego, Saad (2000, p. 128) conceituou como uma obrigação de fazer de caráter personalíssimo, intransferível. Entretanto, esta pessoalidade também não é estranha àquela havida no contrato de franquia. Também não pode o franqueado transferir seu negócio a terceiro sem que o franqueador autorize tal transferência e providencie os treinamentos necessários àquele que vai continuar a desempenhar a atividade.

É certo que o contrato da Uber com seus parceiros deixa clara a impossibilidade de transferir a terceiros a prestação do serviço àqueles que optaram por se valer do modelo de negócio empresa. Isto porque o motorista, na Uber, foi submetido a análises de fichas criminais, treinamento específico e vistoria de automóvel, detendo conhecimento bastante para o desempenho da atividade com o rigor técnico que a empresa espera. Nada mais do que a garantia da padronização e da segurança da marca.

Assim, também no contrato de franquia existe pessoalidade, talvez ainda mais rigorosa que em muitas relações trabalhistas propriamente ditas, uma vez que há quase que uma transferência da própria titularidade da atividade e da prestação do serviço entre franqueador e franqueado, onde este age em nome daquele.

Quanto à não-eventualidade ou habitualidade, deve-se destacar que, muito embora a atividade prestada pela empresa seja contínua, sempre a de transporte de passageiros, a forma como os motoristas podem prestar o serviço são totalmente distintas daquela própria e clássica das relações de trabalho. Muito embora Trapnell (2017) trate da impossibilidade de se falar em jornada flexível para descaracterizar a relação de emprego, o motorista parceiro, na Uber, pode escolher seus horários de trabalho livremente, de forma não uniforme, não havendo sequer quantidades de meta a serem batidas, sendo permitido escolher o local da prestação do serviço, em autonomia completamente distinta daquela havida no bojo das relações empregatícias.

É cediço que a empresa envia alertas aos seus motoristas quando estes ficam muito tempo sem completar uma corrida, ou fornecem incentivos para que estes possam, sempre mais, completar corridas em horários específicos. Este controle se dá, entretanto, unicamente para se fomentar o negócio, expandir a abrangência da marca, auferir lucro em momentos específicos, tudo com base no know-how do franqueador, que estabelece padrões de marca que devem ser assumidos pelo franqueado, como em toda franquia, tudo para se alcançar a qualidade da atividade organizada e a economicidade própria da relação empresarial (TOMAZETTE, 2018, p. 68).

Tal controle também garante ao franqueador a faculdade de desligar seus franqueados, cessando o direito de utilização da marca e dos conhecimentos do franqueador, a fim de garantir que o modelo de negócio siga sendo disponibilizado ao mercado conforme o padrão negocial,

protegendo a própria reputação da marca, que, notadamente no caso da Uber, é uma mola propulsora para os rendimentos do motorista e da própria empresa. Há um pacto que vai além da mera contraprestação por serviços prestados, existe uma verdadeira concessão de modelo de negócio, de marca já amplamente conhecida e reconhecida, com público capaz de aderir ao produto oferecido.

Ponto que demonstra de forma ainda mais latente esta distinção entre a relação de emprego e a relação empresarial surge quando se aplica a teoria do empreendimento, que, no Direito do Trabalho, garante ao empregado a proteção aos prejuízos, que são suportados pelo empregador. Os motoristas da Uber, ao contrário, arcam com os prejuízos, na medida em que deixam de auferir rendimentos, não como punição, mas porque a própria atividade deixa de ser prestada. Também a empresa passa a não ter lucro com a cessação da atividade do motorista ou com o descrédito da marca. Evidentemente, franqueador e franqueado andam de mãos dadas, cada um com sua parcela obrigacional, no objetivo de lucrar.

Por tudo aqui demonstrado, os elementos presentes na relação dos motoristas parceiros com a Uber estão presentes no contrato de franquia, havendo licença da marca, treinamento do motorista para desempenhar aquele modelo negocial e preocupação e fiscalização quanto à forma como o estabelecimento comercial deve se apresentar (FERNANDES, L. 2000, p. 62). Verifica-se uma inegável similitude fático-jurídica da atividade e do vínculo jurídico havido entre a Uber e os motoristas à franquia e, portanto, um vínculo empresarial, mesmo que *sui generis*.

No modelo de negócio da Uber, percebe-se, em cotejo com a conceituação do contrato de franquia, um verdadeiro arranjo complexo, onde se estabelecem inúmeras relações, como a licença da marca, o treinamento do motorista para desempenhar aquele modelo negocial e a forma como o estabelecimento comercial deve aparentar, muito embora seja um contrato autônomo.

Nada do que havido na Uber se distingue de qualquer que seja dos conceitos básicos do contrato de franquia, nem mesmo pela possibilidade do motorista/franqueado arcar com os custos e despesas da instalação e operação de seu próprio estabelecimento, ou seja, de seu carro e demais insumos inerentes (Gonçalves, 2011, p. 697). E é completamente natural que o franqueador estabeleça o modo pelo qual o franqueado deve realizar tais instalações e operações sobre o produto comercializado, prestando orientações e assistências (e, porque não dizer, também, fiscalizando) durante o pacto empresarial.

Todos os motoristas, apesar de não desenvolverem o vínculo da *affectio societatis* entre si, que seria próprio das relações empresariais, visam colaborar ativamente para que a Uber

alcance o lucro que projeta, objetivo finalístico e comum de toda e qualquer sociedade empresária, cumprindo o requisito da economicidade. Até mesmo porque, a partir desta lucratividade, auferem parte dos rendimentos da atividade.

Assim, é por meio da união de esforços, mesmo indiretamente, que os motoristas podem esperar lucros que, individualmente, não poderiam alcançar, principalmente pela utilização da marca, da plataforma tecnológica e do arranjo negocial da Uber. É a organização da atividade e dos meios de produção que garante a lucratividade do negócio.

A assunção de risco e o aporte de capitais são evidentes, na medida em que diversas são as exigências para a manutenção da atividade organizada e, conseqüentemente, o sucesso e lucratividade da empresa. Certo é que os motoristas parceiros da Uber são responsáveis pelo aporte de capital mínimo para o exercício de suas atividades, como a provisão de combustível, a limpeza do automóvel e outras exigências contratuais, como a manutenção dos carros, fornecimento de revistas, água, doces e demais critérios de negócio exigidos pelo método negocial, mesmo não havendo qualquer garantia de lucratividade a partir de tal investimento, dependendo da variação mercadológica dos consumidores. Tal não é estranho à atividade empresarial de franquia, na medida em que o franqueado também arca com os custos de manutenção de seu estabelecimento comercial.

O último ponto para a demonstração de existência de empresa é a participação nos resultados. Ora, existe a partilha dos lucros, própria da atividade empresarial, que se dá de acordo com a produtividade de cada parceiro empresarial, que repassaria uma porcentagem para a Uber, recebendo o restante para seu proveito, tudo conforme disposições contratuais.

Assim, ao contrário da classificação dada pelo Direito do Trabalho, de que seria uma relação de emprego, entendemos não estarem contemplados cabal e cumulativamente os requisitos para a caracterização do vínculo empregatício.

Por outro lado, com a aplicação da teoria da empresa e a conceituação de empresário e empresa, bem como frente às similaridades evidentes entre o contrato de franquia, seja na forma como pensada em sua origem, seja em sua configuração hodierna e na forma como a Uber conclama seus futuros parceiros e controla os modelos de produção verificamos que os requisitos se amoldam perfeitamente a uma relação empresarial, razão pela qual sua aplicação parece mais adequada, tornando o motorista parceiro da Uber, em verdade, um empresário individual, que exerce atividade econômica organizada – impessoal para o usuário do serviço, mas pessoal quanto à fiscalização do franqueador –, profissional, voltada ao fornecimento de serviços ao mercado mediante contrapartida lucrativa.

Neste sentido, os motoristas de Uber podem ser classificados como empresários individuais franqueados, na medida em que seguem uma estrita fórmula contratual de controle de qualidade, se demonstrando um vínculo de subordinação empresarial, infinitamente mais flexível que o vínculo de subordinação próprio do Direito do Trabalho, sendo, inclusive, tal flexibilidade um atrativo para os indivíduos que resolvem aderir a ideia.

Fica claro, ainda, que a Uber concede a marca para exploração do motorista, que passa a exercer atividade remunerada per si, muito embora diretamente relacionada à confiabilidade e forma de desenvolvimento específicos da atividade empresarial, recebendo parcela das corridas em forma de royalties e como pagamento justamente pela cessão da marca.

Em contrapartida, o “motorista parceiro” garante a manutenção do bom uso da marca pelo cumprimento fiel dos termos de uso e políticas da empresa, garantindo a higidez do estabelecimento comercial – o automóvel, no caso – e prestando o serviço a partir do treinamento específico recebido, até mesmo aportando capital próprio na tentativa de garantir o cumprimento das determinações dadas pelo franqueador.

Entretanto, falta à Uber a disponibilização de uma Circular de Oferta de Franquia, documento obrigatório no Brasil, conforme artigo 2º da Lei n. 13.966, de 26 de dezembro de 2019, muito embora, de forma análoga, as informações da Circular de Oferta de Franquia possam ser encontradas nas informações constantes no sítio eletrônico da Uber, que trazem, inclusive, perspectivas de provisão de lucros, de requisitos para se tornar um franqueado e da forma de desempenho da atividade. Por tal razão, verificando-se a inexistência de mero requisito formal, classificamos a atividade empresarial havida entre a Uber e seus motoristas como uma franquia *sui generis*.

CONCLUSÃO

Partindo do fenômeno trabalhista da Uberização, como proposto, e da análise das peculiaridades da forma de contratação proposta pela Uber, restou claro tratar-se, não de uma relação de natureza empregatícia, mas de um legítimo contrato empresarial.

Com a análise da teoria clássica da empresa, foi possível perceber que o motorista que se torna parceiro da Uber trata de, juntamente com a empresa, buscar o desempenho e crescimento da atividade, visando auferir lucro em uma atividade extremamente organizada, até mesmo aportando capital na atividade.

Assim, cumpridos os requisitos clássicos para a classificação da atividade empresária, e consequentemente do empresário, definiu-se a relação como de natureza empresarial,

especialmente de uma franquia, com sua subordinação empresarial rígida, onde o motorista parceiro deve zelar pela utilização da marca, por seu bom nome e aceitação no mercado de consumo, e, em contrapartida, é autorizado a usufruir dela para auferir lucros, passando uma parcela destes lucros, conforme contrato, diferente da relação de subordinação proposta pelo Direito do Trabalho.

Entretanto, no Brasil, por motivos meramente formais trazidos pela Lei n. 13.966/2019, que trata do sistema de franquia e determina a disponibilização de uma Circular de Oferta de Franquia, privilegiando-se o que havido no plano fático, classificou-se a atividade desempenhada e o contrato como uma franquia “sui generis”, não havendo qualquer ilegalidade nas obrigações trazidas pelo contrato, na fiscalização da atividade e no bom uso da marca, nem mesmo na vigilância que a empresa exerce sobre seus parceiros

REFERÊNCIAS

ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale: introduzione e teoria dell'impresa**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1962.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2009.

BARROSO, Luiz Felizardo. **Franchising & Direito**. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

BARROSO, Luiz Felizardo. **Franquia da atividade securitária**. Revista Forense, 340, nov./dez. 1997.

BOMFIM, Vólia Cassar. **Direito do trabalho**. 9.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

BOMFIM, Vólia Cassar. **Direito do trabalho**. Niterói: Impetus, 2008.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452/1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Rio de Janeiro, 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em 09 maio 2021.

BRASIL. Lei n. 10.406/2002. **Institui o Código Civil**. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 09 maio 2021.

BRASIL. Lei n. 13.966/2019. **Dispõe sobre o sistema de franquia empresarial e revoga a Lei n. 8.955**, de 15 de dezembro de 1994. Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13966.htm>. Acesso em 09 maio 2021.

BRASIL. Lei n. 8.955/1994. **Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências.** Brasília, 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8955.htm>. Acesso em 09 maio 2021.

BULGARELLI, Waldirio. **Tratado de direito empresarial.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

CAIRO JÚNIOR, José. **Curso de Direito do Trabalho.** 8.ed. Salvador: 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial.** 6. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial.** 7. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **Grupo societário fundado em controle contratual e abuso do poder do controlador, in Direito Empresarial,** Saraiva, 1990.

CRETELLA NETO, José. **Do contrato internacional de franchising.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DELGADO, Maurício Godinho. **Introdução ao Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e Prático dos Contratos.** Vol. IV. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

DOMINGUES DE ANDRADE, Manuel A. **Teoria Geral da Relação Jurídica.** v. 1. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

FERNANDES, Lina Márcia Chaves. **Do contrato de franquia.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

FERNANDES, Marcelo Cama Proença. **O contrato de franquia empresarial.** São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro,** 8. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2011.

HINZ, Henrique Macedo. **Direito individual do trabalho.** São Paulo: Saraiva, 2009.

KRAMER, Josiane Caldas. **A economia compartilhada e a uberização do trabalho: utopias do nosso tempo?. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, no curso de Pós-Graduação em Direito,** Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 2017.

LOBO, Jorge. **Contrato de Franchising.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais.** 17. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa,** 1.ed. v.2. São Paulo: Saraiva, 2010

NEGRÃO, Ricardo. **Manuel de Direito Comercial.** Campinas: Bookseller, 1999.

REDECKER, Ana Cláudia. **Franquia Empresarial**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **O Empregado e o Empregador no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2000.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 2ª. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TRAPNELL, Marcelo Mattos. **A relação de emprego dos motoristas do Uber**. **Conjur. 17 de fevereiro de 2017**. Disponível em: <www.conjur.com.br/2017-fev-17/marcelo-trapnell-relacao-emprego-motoristas-uber>. Acesso em 09 maio 2021.

VEDOVE, Giampaolo Dalle. **Nozioni di diritto d'impresa**. Padova: CEDAM, 2000.

ASPECTOS RELIGIOSOS DA CARTA IMPERIAL À CONSTITUIÇÃO CIDADÃ: TRANSIÇÃO, AVANÇOS E MUDANÇAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

RELIGIOUS ASPECTS OF THE IMPERIAL LETTER TO THE CITIZEN CONSTITUTION: TRANSITION, ADVANCES AND CHANGES IN THE BRAZILIAN LEGAL ORDER

Antonio Igor Tomaz da Silva¹

Resumo: Este artigo busca analisar as principais mudanças e avanços que ocorreram no ordenamento jurídico brasileiro, de 1824 a 1988, no que tange aos aspectos religiosos presentes no Texto Maior. A metodologia utilizada foi a de revisão bibliográfica, além de consultas aos textos constitucionais outorgados e promulgados durante a história brasileira. A partir de uma visão crítica e pontual, busca-se estabelecer um paralelo de evolução e de transição entre as Constituições, sobretudo em relação à primeira, a Carta Imperial de 1824, que teve total influência do período colonial e do catolicismo, e à atual, a Constituição Cidadã de 1988, que busca consolidar diversos aspectos relativos à liberdade e à laicidade. Objetiva-se, com isso, a proposição de discussões sobre a realidade constitucional brasileira, se seus objetivos realmente são manifestos e realizados, e até que ponto eles divergem ou se assemelham àqueles previstos na época do Império.

Palavras-chave: Carta Imperial; Constituição Cidadã; Religião.

Abstract: This article seeks to analyze the main changes and advances that occurred in the Brazilian legal system, from 1824 to 1988, in relation to the religious aspects present in the Main Text. The methodology used was the literature review, in addition to consultations with constitutional texts granted and promulgated to the Brazilian history. From a critical and punctual point of view, we seek to establish a parallel of evolution and transition between the Constitutions, especially in relation to the first, the Imperial Charter of 1824, which had full influence of the colonial period and Catholicism, and the current Citizen Constitution of 1988, which seeks to consolidate various aspects related to freedom and lay people. The objective is, therefore, the proposition of discussions on the Brazilian constitutional reality, whether its objectives are really manifest and accomplished, and to what extent they differ or resemble those predicted at the time of the Empire.

Keywords: Imperial Letter. Citizen Constitution. Religion.

Sumário: Introdução; 1. Intolerância Religiosa No Período Colonial - Antecedentes Da Constituição De 1824; 2. Brasil Império - Consolidação Do Catolicismo E Instituição De Um Estado Religioso; 3. A Proclamação Da República E Os Textos Constitucionais Anteriores À

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Membro-pesquisador do Centro de Estudos em Direito Constitucional - CEDIC/UFC. Email: igor.ufc.tomaz@gmail.com

Constituição 1988; 4. A Constituição Cidadã E O Estabelecimento De Um Estado Laico; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

A conjuntura hodierna brasileira é caracterizada pela intensa manifestação direta ou indiretamente a favor dos direitos das parcelas da sociedade que são menos assistidas ou que enfrentam preconceito, descaso, entre outros impasses. Com o passar dos séculos, a questão religiosa no Brasil se tornou cada vez mais debatida e tendo espaço para opiniões e manifestações diferentes, que enriqueceram a cultura e a democracia no Estado.

Apesar de todo avanço que pode-se observar, sabe-se que, no contato do povo brasileiro com a Coroa Portuguesa na época colonial, a religião foi utilizada como instrumento de imposição e intolerância, que perdurou por muitos anos e marcou toda a cultura e legislação do país.

Assim, durante a história colonial brasileira os indígenas foram tratados como inferiores e menosprezados por suas vestimentas, línguas e costumes, mesmo sendo organizados socialmente, terem suas divisões de trabalho e manifestações de fé. Por não serem consonantes aos modelos europeus, foram tidos como descivilizados e necessitados de uma colonização. Esse período, então, ficou marcado pela manipulação e influência portuguesa nos costumes e crenças dos povos nativos.

Durante o Império, a imposição católica persistiu e se sobressaiu na própria Carta Magna, que ditou comportamentos a serem seguidos pelo povo. Com a proclamação da república, houve o estabelecimento do Estado laico e, a partir desse momento, iniciou-se o processo de liberdade religiosa àqueles que têm suas crenças e a manifestam. Diversas Constituições foram outorgadas e promulgadas e sucederam-se inúmeros acontecimentos para que, atualmente, sob a vigência da Constituição de 1988, religião não fosse tema crítico e alvo de intolerância no país.

Tendo em vista isso, é importante estudar e analisar os principais aspectos religiosos que permearam a história constitucional brasileira. Para isso, é necessário pontuar as mudanças, transições e avanços que houveram, entre uma Carta Maior e outra, desde a Constituição de 1824 até a Constituição de 1988, principalmente em relação ao primeiro e ao atual Texto. Foi um grande processo de adaptações, questões e evoluções que ocorreram para

que toda a imposição religiosa existente na época da América Portuguesa perdesse sua força e desse lugar à laicidade que hoje está estabelecida na atual Carta.

Nesse viés, necessita ser debatido acerca da proteção aos direitos individuais e respeito ao legado religioso, para que todas as multiformidades de práticas possam ter seu espaço na sociedade, a partir de que momento essas diferenças passaram a serem vistas sob a ótica da tolerância e do respeito e que acontecimentos foram pressupostos para a evolução e conquista da liberdade e laicidade.

Por isso, para o estudo dessas questões, utiliza-se como metodologia uma pesquisa do tipo bibliográfica, com consulta a textos constitucionais, doutrinas, livros, artigos científicos e legislação nacional, tendo uma pesquisa de natureza qualitativa e com finalidade analítica e comparativa.

1. INTOLERÂNCIA RELIGIOSA NO PERÍODO COLONIAL - ANTECEDENTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1824

Antes da chegada dos portugueses ao Brasil, os indígenas que viviam no país já possuíam suas próprias manifestações culturais, como a alimentação, a moradia, a divisão do trabalho e a religião. Conquanto, com a vinda dos portugueses às terras brasileiras, em 22 de abril de 1500, há o início de uma mudança drástica na vida e na trajetória dos índios e de seus descendentes, com a mortificação e negação de suas culturas e crenças.

De um lado, os portugueses viram nos indígenas a chance de espalhar seus ensinamentos cristãos e seus costumes. De outro lado, a igreja se via na posição de realizar a vontade divina de cristianizar novos povos que necessitavam ser colonizados e salvos da ignorância. À essa luz, "percebe-se uma tendência em se considerar, desde há muito, o Brasil como uma terra mítica, de salvação, o que demonstra uma marcante presença religiosa em sua formação" (MORAIS, 2011, p. 226).

Ademais, em relação ao pensamento e postura portuguesa na época, Hoornaert *et. al* (1977, p. 23), escreve:

É por demais conhecido o fato de que toda a empresa marítima portuguesa foi expressa pelos contemporâneos em linguagem religiosa e, mais ainda, missionária. Os contemporâneos nos dão a impressão de que, para eles, o maior acontecimento depois da criação do mundo, excetuando-se a encarnação e morte de Jesus Cristo, foi a descoberta das Índias. Portugal entrou de maneira decisiva nos planos salvíficos de Deus, que, depois de diversas tentativas mal sucedidas, lhe confiou a missão de "estabelecer o seu Reino neste mundo" (ideia de Vieira): o "reino de Deus por Portugal". Escreveu o próprio rei Dom João III ao primeiro governador geral do Brasil, Tomé de Sousa: "A principal causa que me levou a povoar o Brasil foi que a gente do Brasil se convertesse à nossa santa fé católica".

Após a chegada da caravela portuguesa às terras nativas, houve a realização da primeira missa, com o intuito de realizar a difusão da fé católica aos nativos, que não possuíam conhecimento de tal prática. Por não entenderem o que se passava, eles assistiram a missa com grande atenção e silêncio, em meio aos europeus que trouxeram crucifixos, água benta, entre outros elementos católicos.

Anos depois, foi a vez dos jesuítas realizarem essa cristianização. Eles eram padres que faziam parte da chamada Companhia de Jesus, que tinha como objetivo disseminar a fé católica em todo o mundo. Nesse período, todavia, eles se aproveitaram da ocasião da colonização e deram início ao processo de catequização, a partir do ano de 1549, “com a missão de estabelecer o sistemático ‘alargamento da fé católica’” (MEDEIROS, 2016, p. 22), sendo responsáveis por criar as primeiras escolas do país e disseminar suas ideias e princípios.

Nessa perspectiva, para que esse objetivo fosse alcançado, "nas tribos indígenas a catequese buscava inserir os índios ao modo de vida europeu, enquanto nas vilas - São Vicente, por exemplo -, buscavam, além de ensinar a ler e escrever, formar quadros para novos missionários jesuítas" (MEDEIROS, 2016, p. 24-25).

Com isso, foi realizada a imersão cultural e religiosa na vida dos povos indígenas, cristianizando-os e impossibilitando-os de realizar suas manifestações de fé nativas.

Em suma, grande foi a influência dos costumes e culturas europeias para o povo nativo na América Portuguesa, fato que é confirmado pela importância da fé católica no decorrer do Império. Aos poucos, os elementos cristãos europeus foram adentrando na sociedade daquele momento e se consolidando. Com efeito, o seu auge foi culminado no estabelecimento de uma única religião imposta a toda a sociedade da Monarquia.

2. BRASIL IMPÉRIO - CONSOLIDAÇÃO DO CATOLICISMO E INSTITUIÇÃO DE UM ESTADO RELIGIOSO

Com a chegada da família real portuguesa no Brasil em 1808 e, depois, com a instituição do Império em 1822, denota-se uma ampla consolidação de aspectos culturais europeus no cotidiano do povo brasileiro, bem como a ampla disseminação da fé católica, uma vez que "a essência do catolicismo não foi alterada, na medida em que Dom João VI era um católico praticante e sincero, porém ainda vinculado à prática do Padroado, como o mandatário da Igreja brasileira" (MEDEIROS, 2016, p. 87).

A influência católica atestada pela fé de Dom João VI repercutiu no Império de Dom Pedro I e, concomitantemente, na outorgação da Carta Imperial.

Sendo assim, se antes, no período colonial, quando ainda não havia um documento escrito que regesse a população ou que fixasse direitos, deveres e costumes, os portugueses impuseram sua religião em atos perceptíveis de intolerância à fé do outro; nesse momento, com a instituição da primeira Constituição, complica-se ainda mais a situação daqueles que professavam uma fé diferente da católica, uma vez que não havia apenas a imposição de uma crença, mas que esta seria a única que poderia ser exercida, e, por sua vez, era protegida pelo texto constitucional vigente.

Outorgada pelo Imperador Dom Pedro I em 25 de março de 1824, pouco mais de um ano após a declaração da independência, e depois da dissolução da Assembléia Constituinte convocada no ano anterior, a Constituição Política do Império do Brasil se consagrou como a mais longa em tempo de vigência, entre as demais constituições, tendo uma duração de 65 anos, e contabilizando apenas uma emenda, realizada em 1834. Essa constituição instituiu tanto a monarquia constitucional quanto o unitarismo do Estado, fato esse que proporcionou, de modo rigoroso, a concentração autoritária da política na Capital (MENDES; BRANCO, 2018).

Mormente, já em seu preâmbulo, a Constituição de 1824 evidenciou seus primeiros indícios de união entre a Igreja e o Estado, haja vista que Dom Pedro I foi apresentado como imperador "por graça de Deus e unânime aclamação dos povos". Posto isso, é evidente a intensa ligação entre essa apresentação preambular e os propósitos católicos dos portugueses quando chegaram às terras brasileiras, tendo em vista que se justificavam pela vontade de Deus em ajudar e salvar um povo perdido.

No texto constitucional em estudo, identifica-se que o imperador fundamentou seu Império primeiro à graça de Deus, sendo, portanto, o ponto crucial para o exercício de seu poder, e em segundo à unanimidade da aclamação dos povos, para poder exercer sua imposição sem questionamentos, já que, se essa era a vontade de Deus e o povo apoiava, não haveriam impedimentos.

Além disso, escrito com letras maiúsculas e na parte introdutória da Constituição, lê-se "EM NOME DA SANTÍSSIMA TRINDADE". Infere-se, nesse contexto, o caráter extremamente religioso da Carta, visto que todo o texto foi introduzido e redigido tendo base a santíssima trindade, parte da doutrina cristã.

Isso posto, nota-se uma ordem de fatores que evidencia uma hierarquia que legitima o poder do monarca que é a vontade divina antes e acima de tudo, ou seja, é a partir desse ponto

que será estabelecida toda a legislação do Império, reduzindo todo o fundamento à crença em Deus (CASAMASSO, 2010).

No entanto, é apenas em seu art. 5º que a Constituição de 1824 instituiu a religião oficial do Império e proibiu as manifestações públicas de crenças alheias. O texto constitucional citado discorre da seguinte maneira: "A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fóрма alguma exterior do Templo" (BRASIL, 1824).

Com o emprego da palavra "continuará" no art. 5º, há a interpretação de que a religião imposta sempre esteve presente e era tida como legítima. Porém, diferentemente de antes, quando não era oficializada em documento, nesse momento, o catolicismo foi outorgado na Carta Imperial que regia todo o povo, e tornou-se, praticamente, o fundamento da conjuntura da época. Nesse viés, para Scampini (1978, p. 18), "o Império, por sua natureza, devia ter na religião o seu sustentáculo. Abalá-la era abalar-se. Discutir-lhes a legitimidade era pôr em choque a própria".

Logo, seguindo a ordem constitucional, a fé católica foi a única aceita no Império por ser a oficial, e todas as outras crenças foram silenciadas e apenas existiam em particular, não sendo possível a exibição em público, apenas em lugares específicos e sem forma aparente de templo. Essas manifestações, ainda que silenciadas e restritas ao ambiente caseiro, eram a única liberdade de se crer e realizar rituais de fé alheios ao catolicismo. No entanto, mesmo com essa imposição, esses momentos privados eram válidos e respeitados devido ser um ato individual da própria consciência, sendo algo praticamente inviolável e de natureza do ser humano.

Consoante a isso, José Antônio Pimenta Bueno (1857, p. 23) afirma:

O culto interno ou interior, a fé, o amor, a adoração espiritual, é uma relação immediata do homem para com Deos, é um acto privativo de sua consciencia; a liberdade desta é um dos direitos dos mais inviolaveis da humanidade, nem um poder politico tem acesso, e menos imperio dentro desse santuario; quando fosse possivel exercê-lo, seria offender a divindade, que reservou para si esse dominio.

Apesar de ser lastimável essa imposição e restrição, é importante estudar e saber os acontecimentos desse período, pois, com a junção do Estado e a Igreja, houve o estabelecimento de uma força soberana e de poder que se perpetuou durante anos.

Os aspectos marcantes da Colônia, que se findou com a instituição da Monarquia, pareceram voltar à tona, sobretudo referente à imposição cultural e religiosa. Sobre isso, Azzi (1978, p. 106) explica que "a antiga sociedade brasileira, tanto no período colonial como na

época imperial, tinha um caráter sacral”, pois, como “o catolicismo era a religião oficial do Estado”, verifica-se que “o governo luso brasileiro era, pois, declaradamente religioso”.

Esse aspecto marcante do Texto Maior torna-se ainda mais preciso na redação do art. 95, inciso III, que determinou todos os que poderiam ser eleitores para serem nomeados deputados, excetuando-se aqueles que não professavam a religião estatal.

Igualmente, o art. 103, seguindo a escrita preambular, mostrou a ligação do líder monárquico com o catolicismo. O imperador, antes de ser aclamado, tinha que prestar um juramento para manter a fé Católica Apostólica Romana, a integridade e a indivisibilidade do Império, além de observar e fazer ser observada a Constituição vigente, assim como outras leis do Império, e prover o bem geral do Brasil, perante o Presidente da República e às duas Câmaras.

Isto posto, é evidente a união do Estado com a Igreja que perdurou nesse momento, em virtude de que, até mesmo na posse da direção imperial, o monarca tinha que seguir esse discurso e juramento, com o viés de proteger a religião oficial, porquanto todos eles deveriam ser católicos para perpetuar e impor a crença.

Por esse ângulo, proteger o catolicismo significava tentar manter a ordem política, conforme analisa Juliana Lima Façanha (2012, p. 140):

Durante o Brasil imperial, a união entre o Estado e a Igreja Católica seria determinante para legitimar o Regime monárquico, influenciando a cidadania e a vida cotidiana da sociedade. O catolicismo colocava-se como um dos grandes mantenedores das estruturas política, social, econômica e cultural da sociedade brasileira no período. Assim, uma eventual crise da religião católica implicaria, naturalmente, o abalo do alicerce principal da monarquia.

Outrossim, em seu art. 179, inciso V, a Carta Maior dispôs acerca de um breve direito à liberdade religiosa que estava condicionada ao respeito à fé oficial, contradizendo o indício dessa garantia. O artigo assegurou que ninguém podia ser perseguido por motivo de religião, na medida que houvesse respeito à legítima, e não ofendesse a moral pública. O respeito à crença católica e à essa moral foi, lamentavelmente, a condicionante para o livre credo.

De um lado, constata-se que durante o Império não houve de modo algum o acesso à liberdade religiosa, porque as demais religiões alheias ao catolicismo foram simplesmente toleradas pelo Estado (SILVA, 2005). De outro lado, é visível o controle ilimitado e centralizado dos assuntos e manifestações, como algo passível de imposição e posse.

A Constituição Política do Imperio do Brazil - dessa forma intitulada - de 1824, foi um verdadeiro marco na legislação nacional, pois, por ser a primeira, consolidou diversos elementos culturais dos europeus e vestígios da herança colonial. Apesar do controle realizado

por esse texto outorgado, é importante enfatizar a preciosidade de sua estrutura como um todo, e uma necessidade de seu estudo para entender o percurso constitucional.

Sob essa perspectiva, cabe salientar ainda que:

Por força da constitucionalização dos aspectos fundamentais concernentes à complexa relação entre o Estado e a religião, a Constituição de 1824 oferece um importante panorama para a compreensão da trajetória histórica da liberdade religiosa e da cidadania no Brasil. Esquadrinhá-la na busca das configurações político-religiosas presentes no passado monárquico brasileiro representa a oportunidade para se conhecer parcela da história do Direito Público brasileiro ainda pouco explorada pelos estudiosos do Direito (CASAMASSO, 2010, p. 6168).

Através da Carta Imperial, o catolicismo obteve seu auge e seu fortalecimento, com a cristianização e convertimento de muitos fiéis. Entretanto, após a proclamação da república em 1888, a fé católica começou a perder seu espaço e poder na sociedade.

3. A PROCLAMAÇÃO DA REPÚBLICA E OS TEXTOS CONSTITUCIONAIS ANTERIORES À CONSTITUIÇÃO DE 1988

No dia 15 de novembro de 1889, o Marechal Deodoro da Fonseca (1827-1892), proclamou a república brasileira e se tornou o primeiro presidente do Brasil. Também conhecido como Golpe Republicano, esse evento representou o fim da Monarquia Constitucional e o começo da República, com a instituição do presidencialismo.

O primeiro ato de tentativa de separação entre o catolicismo e o Governo aconteceu 30 dias depois, quando, em 16 de dezembro de 1889, Demétrio Ribeiro, um dos ministros do Governo Provisório, apresentou uma proposta de secularização dos cemitérios e dos casamentos civis. Porém, sua ideia foi considerada bastante radical e, consequentemente, reprovada (SOUZA, 2008).

Contudo, menos de 30 dias após essa proposta de separação, foi publicado o Decreto n.º 119-A, de 7 de janeiro de 1890, que propiciou a primeira noção de liberdade de culto. O Decreto, em seus arts. 1º, 2º e 3º, a exemplo, proibiu a autoridade federal de expedir leis e regulamentos que estabelecesse alguma religião ou criasse diferenças entre os habitantes por motivos de crença, permitiu a faculdade das pessoas exercerem o seu culto e não serem contrariadas por causa disso, abrangendo não só os indivíduos, mas também as instituições (BRASIL, 1890).

Percebe-se, nesse decreto, alguns avanços, como a extensão da liberdade de culto e o início da dissociação político-religiosa, que depois foram confirmados e estabelecidos pela próxima Carta Magna.

Em 24 de fevereiro de 1891, tendo como modelo a Constituição Norte-Americana e sendo revisada por Ruy Barbosa, foi promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, que revogou a Constituição de 1824, estabeleceu em definitivo o fim da união da Igreja com o Estado e instaurou a plena manifestação de culto (SOUZA, 2008).

Ao contrário da Carta Imperial, percebe-se na Constituição de 1891 uma mudança e um avanço em direção à liberdade religiosa, que foi o fato de não se estabelecer uma religião oficial. Esse Texto Maior pode ser considerado, entre todos os que já foram outorgados e promulgados na história legislativa brasileira, o que mais evidenciou a separação entre o Estado e a Igreja, sendo um dos principais exemplos dessa transição a não inclusão do nome de Deus em seu curto preâmbulo (NUNES JÚNIOR, 2019).

Dessa maneira, a fé separou-se dos objetivos governamentais e toda prática religiosa não pôde ter interferência em seus atos, tornando o Brasil um país laico. Com isso, as religiões da população começaram a ser tratadas de forma igual perante a lei, podendo haver o gozo da plena liberdade. Assim, firmou-se a regra de que nenhum culto ou igreja tivesse relações de dependência com o Governo ou relações de aliança.

O texto constitucional de 1891 expôs, tanto no art. 11, 2º, quanto no art. 72, §3º e §7º, matérias relacionadas à temática discutida. Diferentemente do previsto na Carta Imperial, os direitos à liberdade religiosa são abordados na Constituição Republicana, e estabelecidos por intermédio do exercício público e livre do culto. Nota-se o distanciamento entre a política e a religião, uma vez que, a partir desse momento, nenhum culto ou igreja pôde ter relação de dependência com a União, sendo vedado ao Estado o seu envolvimento (BRASIL, 1991).

Após a Constituição de 1891, todas as outras aderiram à laicidade e à prática livre da fé. São aspectos como esse que figuram como grandes avanços para a sociedade que, anos mais tarde, celebrou a democracia e o pleno acesso às garantias individuais com a Constituição Cidadã.

Conquanto, para que seja possível compreender de que forma o direito à religião é tratado pela CF/88, é necessário também analisar todo esse processo transitório com as mudanças e avanços entre um Texto Maior e outro, desde a separação da Igreja e o Estado em 1891.

A próxima Carta Magna do Brasil foi promulgada em 1934 e teve influências da Constituição alemã de 1919, também conhecida como Constituição de Weimar, e a Constituição espanhola de 1931, sendo o Texto Maior que mais inovou substancialmente o ordenamento jurídico constitucional brasileiro (NUNES JÚNIOR, 2019). Essa Constituição mencionou o nome de Deus no preâmbulo, e, em seus dispositivos, manteve o Estado laico -

art. 17, II -, estabeleceu a liberdade de consciência e crença, com livre exercício de cultos - art. 113, 5 -, e permitiu a criação de cemitérios particulares - art. 113, 7 - e o casamento religioso - art. 146 (BRASIL, 1934).

A Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, ficou conhecida por ser inspirada na constituição autoritária polonesa de 1935 (NUNES JÚNIOR, 2019). O Estado continuou a ser laico, inexistindo religião oficial, com liberdade para exercer cultos de forma pública - conforme o art. 122, 4º -, vedou a influência dos entes federados em questões religiosas - art. 32, alínea b -, e, apesar de ter revogado algumas conquistas católicas previstas na Carta Magna anterior, manteve o ensino religioso nas escolas - art. 133 - e a inexistência de divórcios - art. 124 (BRASIL, 1937).

Com a promulgação da Constituição de 1946 há a tentativa de se recuperar as conquistas do passado que foram reprimidas em 1937, estabelecendo valores fundamentais do Estado de Direito (NUNES JÚNIOR, 2019). No seu pequeno preâmbulo, o Texto Maior fez menção a Deus, assim como na Constituição de 1934. Em seu art. 141, §7º, previu a inviolabilidade de crença e de consciência; no art. 168, V, manteve o ensino religioso de maneira facultativa; no art. 163, a inviolabilidade de casamento; restabeleceu, no art. 163, §2º, o efeito civil do casamento religioso; e, em seu art. 141, §10, garantiu a manutenção de cemitérios particulares por associações religiosas (BRASIL, 1946).

A Constituição de 1967 também manteve a laicidade do Estado. No entanto, é importante pontuar que, em seu preâmbulo, o texto constitucional em questão utilizou a expressão "proteção de Deus", que é um dos elementos que permaneceram e foram utilizados na CF/88. Em seu art. 9º, II, vedou o estabelecimento de cultos ou igrejas pelo Estado e o embaraço do seu exercício; em seu art. 150, §5º, garantiu a liberdade de consciência e crença; em seu art. 167, §§1º, 2º e 3º, garantiu o indissolubilidade do casamento e manteve os efeitos civis do casamento religioso, e, por fim, conforme o art. 168, §3º, IV, manteve o ensino religioso de modo facultativa (BRASIL, 1967).

A Emenda Constitucional de 1969 editou o novo texto da Constituição de 1967. Contudo, considerou manter o texto passado em sua maior parte, salvo os casos de emenda de redação, permanecendo inalterados inúmeros aspectos, entre eles aqueles supracitados, como os arts. 150, §5º; 167, §§1º, 2º e 3º; e 168, §3º, IV. (BRASIL, 1969).

Percebe-se, logo, o quão agitado foi esse período pós Constituição de 1891 e ante Constituição de 1988. Ao todo foram quatro Cartas Magnas e uma Emenda Constitucional que, promulgadas ou outorgadas, movimentaram a legislação brasileira. Nesse ínterim, alguns aspectos previstos nos diversos dispositivos permaneceram e hodiernamente ainda são

previstos pela CF/88, enquanto outros foram removidos pelos textos seguintes. Cada Constituição teve a sua importância e suas garantias com base na história daquele momento.

É importante, então, entender todo esse processo e analisar o quê, quando e porque mudou, e se tais mudanças foram a favor da população e na busca pelo bem-estar do coletivo. Com todas as evoluções que ocorreram, sobretudo nos aspectos religiosos, o atual texto vigente, a CF/88, garante, ao longo de seus dispositivos, muitas garantias essenciais para a construção da democracia e de um país para todos, sem discriminação e imposição de crença, como outrora foi vivenciado.

4. A CONSTITUIÇÃO CIDADÃ E O ESTABELECIMENTO DE UM ESTADO LAICO

Em 5 de outubro de 1988, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, que permanece vigente até os dias atuais, e prevê em seus dispositivos diversos princípios imprescindíveis para a permanência e sustento de um Estado Democrático de Direito.

Para entender o Texto Maior, é fulcral analisar, antes de tudo, a sua escrita preambular. A parte inicial do ordenamento jurídico apresenta-se sob a forma de um preâmbulo que destaca os principais objetivos, intenções e bases que caracterizam os dispositivos ali promulgados.

No texto, lê-se a intenção de se instituir um Estado Democrático de Direito, de assegurar o exercício de direitos sociais e individuais, além de fundar valores supremos em uma sociedade tida como justa, igualitária, comprometida e harmônica socialmente, com a solução de forma pacífica de controvérsias. Todavia, o que mais chama atenção nesse preâmbulo, no que se refere ao tema tratado, é a conclusão do texto que termina promulgando a seguinte Constituição "sob à proteção de Deus".

Apesar da dissociação político-religiosa desde a Constituição de 1891, é interessante o fato de que ainda se discorre expressões como a apresentada, que se assemelha muito àquelas vistas na Carta Imperial. Mesmo que não haja força normativa no preâmbulo, à vista da decisão do STF na ADI 2076-5/Acre², é interessante pontuar a presença dessa simbologia.

² Em 2002, o Ministro Velloso propôs uma ação direta de inconstitucionalidade por causa da omissão da expressão "SOB À PROTEÇÃO DE DEUS" do preâmbulo da Constituição do Acre. Na ementa, lê-se que o preâmbulo não constitui norma central e que a invocação do nome de Deus não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa. O acórdão julgou improcedente o pedido

A laicidade e a separação entre o catolicismo e o Governo observadas na Constituição de 1988 não abrange, então, a retirada de aspectos religiosos da legislação, sendo relativamente incoerente com o sentido de ser uma Constituição para todos, uma vez que embora uma pessoa não siga uma fé que acredite em um deus, a exemplo dos ateístas, terá que se sujeitar e obedecer a todo um ordenamento que foi promulgado e apresentado "sob à proteção de Deus".

Entretanto, por outro lado, Pedro Lenza (2020) entende que, como o preâmbulo não tem relevância jurídica ou força normativa, não cria direitos ou obrigações e não tem força obrigatória, ele serve apenas como um norte para a interpretação das normas constitucionais. Tendo em vista isso, por possuir essas características e não ser uma norma central, a invocação à divindade não se trata de uma reprodução obrigatória, seja nos preâmbulos das Constituições e Leis Orgânicas dos entes federados, tornando o Brasil um país leigo, laico e não confessional.

Para continuar a análise constitucional, é preciso dividir os dispositivos acerca do tema tratado em três partes, a saber, a liberdade de credo e a livre manifestação deste, permanência da divisão político-religiosa e garantias fundamentais aos indígenas.

Mormente, já em seu art. 5º, *caput*, verifica-se a previsão de se estabelecer igualdade no país, através de garantias de inviolabilidade de diversos direitos que se aprofundam nos incisos listados abaixo. Em relação à liberdade de fé e à sua livre manifestação, lê-se, no art. 5º, incisos VI e VIII, o seguinte:

Art. 5º [...]

VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; [...]

VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, observa-se o caráter democrático desses dispositivos que garantem expressamente o direito à prática da religião, considerando a abordagem da inviolabilidade da liberdade de crenças e a proteção dos locais de suas manifestações, por exemplo, sendo protegidas em forma de lei pelo ordenamento jurídico vigente.

É essencial pontuar, ainda, assim como conclui Pedro Lenza (2020), que a garantia de ter uma religião, assegura a todos o direito de ter qualquer crença religiosa, de recusá-las, de mudar uma escolha já feita, de ser ateu e de não crer, não podendo haver discriminação ou

repressão. Ademais, o preconceito deve ser algo a se afastar para que a sociedade possa conviver e se harmonizar com possíveis escolhas antagônicas sem posicionamento e atitudes radicais que possam ferir a liberdade que é constitucionalmente assegurada.

Outrossim, é pertinente apontar o cunho igualitário expresso pela forma de que ninguém será privado de direitos por motivos religiosos. Veja-se, nesse ponto, uma grande mudança e símbolo de um verdadeiro avanço ao que era abordado na Constituição de 1824, na qual não era possível ser eleito para ser nomeado Deputado, se não professasse a religião do Império, ou seja, se não fosse católico.

Referente à liberdade de culto, evidenciada e protegida no trecho do art. 5º aqui apresentado, é essencial salientar que esta, tal como as outras, deve sempre estar dentro dos limites da lei e não ser utilizada para desrespeitar outros direitos e ir de encontro a outras garantias ou até mesmo para cometer delitos com a premissa de estar exercendo sua liberdade prevista no ordenamento. É importante sempre frisar que um direito não pode anular outro, eles devem se complementar e não se sobrepor.

Consoante a esse fato, Manoel Jorge e Silva Neto se utiliza de exemplos para melhor entendimento acerca do assunto.

A liberdade de culto somente admite as contenções impostas pela já decantada regra de ouro da liberdade. Por exemplo, não se deverá aceitar como legítima expressão de tal liberdade o prosseguimento de cultos ruidosos noite adentro, impedindo o silêncio indispensável ao sono e ao descanso da comunidade. Ou, pior ainda: admitir-se sacrifício de vidas humanas em prol de suposta liberdade de culto. Se, no passado, em tribos primitivas, homens, mulheres e, principalmente, crianças eram sacrificados para aplacar a ira dos deuses, hoje, em todos os sistemas jurídicos contemporâneos, sem exceção, a conduta tipificaria ilícito penal (SILVA NETO, 2003, p. 117).

Um fator também necessário de se pontuar, ainda no art. 5 e inciso VII do texto constitucional atual, é a garantia pela lei da prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva.

Em relação à permanência da fragmentação pontuada, aborda-se no art. 19, inciso I, a previsão de que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, o estabelecimento de cultos religiosos ou igrejas, além de subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionando ou manter com eles ou seus representantes alguma relação de dependência ou aliança, tendo a ressalva no caso de colaboração de interesse público. Com isso, o Estado garante a religiosidade e sua liberdade, e fica proibido de atribuir uma crença oficial para o país ou de alguma forma prejudicar as manifestações de culto, ficando ressalvado apenas nos casos de interesse público (ZYLBERSZTAJN, 2012).

Outro ponto relevante a ser citado é que no art. 150, VI, alínea "b", há a proibição de se instituir impostos sobre os templos de qualquer culto, com a ressalva, em seu parágrafo 4º, de que as atribuições das alíneas "b" e "c" implicam vedação ao patrimônio, à renda e os serviços dessas entidades.

Sob a perspectiva das garantias aos indígenas, analisa-se o art. 231 da Constituição Federal. O texto em evidência reconhece a esse povo a sua organização social, os costumes, as línguas, as crenças e as tradições, mais os direitos originários sobre as terras que ocupam, com a competência da União de demarcar, proteger e fazer respeitar os bens.

Como os índios são indivíduos que possuem um histórico de sofrimento e negligência, sobretudo a questões relativas ao credo, é muito significativo que a Constituição de 1988, que promulgou-se em um período de redemocratização do país e que estabeleceu o Estado Democrático de Direito, aborde e preserve os direitos dos povos primitivos.

Em contrapartida à Colônia, quando não havia Constituição e os portugueses impuseram seus costumes e culturas religiosas aos nativos, e ao Império, com o decreto de apenas uma fé legítima, esse texto constitucional vigente, já na República pós-ditadura civil-militar, se sobressai por estabelecer um país democrático e promulgar uma Constituição que tem primazia em relação aos direitos fundamentais e individuais. Por isso, é necessária a abordagem da proteção indígena e o respeito a toda uma conjuntura histórico-religiosa dos primeiros habitantes da terra; fato que não houve durante o período colonial e imperial.

Além desses aspectos já citados, é importante pontuar outros dispositivos que tratam de temáticas acerca da religião, como o art. 210, §1º, que estabelece o ensino religioso de matrícula facultativa que constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, além do art. 226, §2º, que manteve o efeito civil do casamento religioso.

Por conseguinte, em concordância com os preceitos constitucionais, no dia 13 de maio de 1997, foi aprovada a Lei nº 9.459 que alterou a de nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que, por sua vez, apenas definia os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Com a aprovação dessa nova lei, no entanto, há a alteração dos arts. 1º e 20, passando também a punir a discriminação ou preconceito e a prática, indução e incitação de atos discriminatórios de caráter religioso. Ademais, acrescenta um parágrafo ao art. 140 do Código Penal de 1940, no caso da injúria consistir na utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou origem (BRASIL, 1997).

Percebe-se, assim, o quão necessário é ter mais um amparo legislativo em relação às questões de credo, além da proteção constitucional, dado que, mesmo com a garantia na Carta Magna, poderia haver, porventura, o desprezo e o desrespeito à liberdade religiosa do

próximo. Por isso, é extremamente relevante a existência de uma punição prevista em lei para essas condutas desvirtuantes e contrárias à ordem, ao progresso da nação e, sobretudo, à dignidade humana de ser livre e ter a segurança para exercer seus direitos.

Em suma, é extremamente importante para a história constitucional brasileira possuir toda uma legislação protetiva em relação aos direitos relativos à religião. Portanto, com a garantia de fé, uma das mais invioláveis práticas humanas, há a possibilidade de se ter uma democracia, na qual não há imposição, mas liberdade para viver de acordo com seus preceitos, desde que dentro da forma da lei.

CONCLUSÃO

A religião foi um dos principais pilares que sustentou e fundou a história constitucional brasileira, com a outorgação da Constituição de 1824. É inegável, toda a importância que o catolicismo e seus dogmas tiveram para a consolidação dos dispositivos da Carta e sua execução. Apesar do enfraquecimento da influência católica na legislação, após o estabelecimento do Estado Laico, percebe-se o quanto essa crença em específico permeou e apareceu de forma sucinta nos ordenamentos seguintes, razão da forte influência do passado.

Na conjuntura hodierna, denota-se que foram necessárias as transições de um Texto Maior para o outro, as mudanças e os avanços que ocorreram até o momento. Tecnicamente, seguindo a letra da norma, a fé de um indivíduo deve ser respeitada como uma decisão própria e que, ao manifestar sua crença, está exercendo um direito garantido, que foi construído após todo um histórico e passado de intolerância e imposição.

O direito à religião e suas manifestações não se restringem apenas a uma determinada crença, a um ser ou algo em que se pode acreditar ou a uma possível quantidade limitadora. O direito à liberdade de religião é mais amplo e traz mais garantias que não se limitam a isso. É poder crer em um deus ou mais, ser monoteísta ou politeísta, é acreditar no que quiser, e, se assim desejar, também há a abertura de ser livre para não ter uma fé.

Como resultado da evolução e dos marcos na história legislativa do ordenamento brasileiro, na sociedade contemporânea, pode-se observar que não há mais imposições como foram feitas centenas de anos atrás com a Carta Imperial. Ao contrário, com a execução, garantia e cumprimento diário das normas que a Constituição Cidadã promulgou, vive-se a proposta de uma vida livre, em seus aspectos religiosos, que não devem ser interferidos pelo Estado ou por outrem. Mesmo que ainda haja algumas atitudes isoladas e bastante pontuais

que tentam minimizar alguma crença, sabe-se que, no geral, a liberdade existe e é capaz de ser exercida por todos, porquanto vivem em um país democrático onde as garantias fundamentais e individuais são protegidas e disseminadas.

REFERÊNCIAS

AZZI, Riolando. **O catolicismo popular no Brasil: aspectos históricos**. Petrópolis: Vozes, 1978.

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 22 fev. 2021.

BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estado Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 18 jun. 2021.

BRASIL. [Constituição (1937)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 18 jun. 2021.

BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 18 jun. 2021.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 17 jun. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto n.º 119-A, de 7 de janeiro de 1890**. Proíbe a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em matéria religiosa, consagra a plena liberdade de cultos, extingue o padroado e estabelece outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D119-A.htm>. Acesso em: 22 fev. 2021.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 17 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997. Altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e acrescenta parágrafo ao art. 140 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 135, n. 90, p. 9901, 14 mai. 1997.

BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e C., 1857.

CASAMASSO, Marco Aurélio Lagreca. Estado, igreja e liberdade religiosa na "Constituição Política do Império do Brazil", de 1824. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

HOORNAERT, Eduardo *et al.* **História Geral da Igreja na América Latina**: Tomo II. Petrópolis: Vozes, 1977.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LIMA FAÇANHA, Juliana. **Edições fac-similar e semidiplomática do “Livro de registro da correspondencia official da Presidencia da provinica com a repartição ecclesiastica: 1887-1889”. Aspectos Ortográficos**. 2012. Dissertação (Mestrado em Estudos Linguísticos) - Instituto de Linguagens, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, 2012.

MEDEIROS, Eduardo Luís de. **História da igreja no Brasil**. Indaial: UNIASSELVI, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MORAIS, Márcio Eduardo Pedrosa. Religião e Direitos Fundamentais: o Princípio da Liberdade Religiosa no Estado Constitucional Democrático Brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 18, p. 225-242, jul./dez. 2011.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SCAMPINI, José. **A liberdade religiosa nas Constituições brasileiras**. Petrópolis: Vozes, 1978.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. A proteção constitucional à liberdade

religiosa. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 40, n. 160, p. 111-130, out./dez. 2003.

SOUZA, Mauro Ferreira de. **A Igreja e o Estado: uma análise da separação da igreja católica do estado brasileiro na constituição de 1891**. 2008. Dissertação (Mestrado em Religião) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2008.

ZYLBERSZTAJN, Joana. **O Princípio da Laicidade na Constituição Federal de 1988**. 2012. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

SULLA TECNICA NELLA POLITICA E L'EFFETTIVITÀ DELLA DEMOCRAZIA: QUALE RUOLO PER I PARTITI?

THE TECHNIQUE IN POLITICS AND THE EFFECTIVENESS OF DEMOCRACY: WHAT'S THE ROLE FOR PARTIES?

Pierdomenico Logroscino¹

Marcello Salerno^{2*}

Abstract(it): Esistono qualità tipiche per i “politici”. Alcune sono innate. Ma quelle che si possono designare con l’espressione tecnica politica si formano. Essenziale a tal fine è il ruolo dei partiti, i quali, peraltro, determinano l’attribuzione della più grande maggioranza delle posizioni politiche. Svolgere adeguatamente tale compito è determinante per garantire effettiva democraticità al sistema. In particolare, ciò costituisce presupposto per avere politiche adeguate e dunque, in definitiva, per conseguire output legitimacy. La realtà attuale mostra attenzione assai parziale a questo tema, che invece la Carta costituzionale sembra delineare abbastanza chiaramente, sebbene in modo implicito.

Abstract(in): There are typical skills for 'politicians'. Some of them are innate, while those identified as 'political technique' have to be trained. Fundamental to this end is the role of the political parties, who, moreover, decide the great majority of the political positions. Performing this role properly is crucial to ensure the full effectiveness of the democratic system. In particular, this is a prerequisite for having adequate policies and, ultimately, for gaining output legitimacy. Reality, nowadays, shows very partial attention to this issue, which instead the Constitution seems to outline quite clearly, albeit implicitly.

Sommario: 1. Tecnici, politici e tecnica politica: seguendo la lezione di Guarino. – 2. La competenza della classe politica tra *input* e *output legitimacy*. – 3. Verso la valorizzazione delle competenze nella vita dei partiti? Tracce minime di un percorso tutto da costruire. – 4. Formare e mantenere formata la classe politica come compito costituzionale dei partiti; sua valenza. – 5. La disciplina nell’esercizio delle funzioni pubbliche (anche) come *téchne*.

1. TECNICI, POLITICI E TECNICA POLITICA: SEGUENDO LA LEZIONE DI GUARINO

Nella celebre prolusione romana del 1962 su *Tecnici e politici nello Stato contemporaneo*, Giuseppe Guarino afferma che anche i politici sono in realtà dei tecnici. Essi, infatti, «devono aver acquisito una specializzazione che comprende le nozioni necessarie per il governo della collettività, e che si fonda sullo sviluppo delle attitudini indispensabili per adottare quelle decisioni che sono sottratte agli altri tecnici». Sicché è «[s]olo per convenienza linguistica [che

¹ Professor da Università degli studi “A Moro” di Bari.

² Professor da Università degli studi “A Moro” di Bari.

* Pur nell’ambito di una comune riflessione, i §§ 1 e 4 sono da attribuire a Pierdomenico Logroscino, i §§ 2 e 3 a Marcello Salerno, il § 5 a entrambi.

nell'uso invalso non solo tra gli specialisti] vengono contrapposti ai tecnici»³. Poi aggiunge una notazione che appare di primo rilievo e sempre attuale: «ogni regime politico si risolve, innanzitutto, in un particolare metodo per la selezione e la formazione del personale politico» ed è possibile «operare una valutazione dei sistemi di selezione e formazione del personale politico conseguenti all'adozione delle varie formule di regime politico»⁴.

Esistono indubbiamente delle “doti” tipiche del politico. Una parte d'essere innata. Un'altra – che si potrebbe definire tecnica politica – si forma e affina «attraverso una complessa carriera, che si svolge nei partiti, nei sindacati, nelle associazioni, nelle amministrazioni di vario grado, che si afferma nel Parlamento e nel Governo. Il politico deve possedere approfondite conoscenze relative alla organizzazione dello Stato e al modo di concretamente utilizzarla, e che corrispondono, su un piano più vasto, alla conoscenza degli amministratori delle imprese»⁵. Nell'analizzare criteri e modalità di scelta dei politici – distinte e diverse da quelle dei tecnici in senso convenzionale (d'ora in avanti semplicemente “tecnici”) – Guarino rimarca che mai dovrebbero mancare le attitudini: che si sostanziano nelle capacità di convogliare consenso ma anche di assumere le decisioni necessarie a rispondere prontamente ai bisogni della collettività⁶. Ma altrettanto indispensabili sono appunto le competenze: la consapevolezza del contesto – non tanto tematico, quanto organizzativo – e la capacità di “gestirlo”. Ciò è infatti indispensabile per svolgere una corretta valutazione, previa, dell'impatto della decisione e dunque per approntare, adottare e implementare politiche efficienti ed efficaci: effettivamente atte ad affrontare i problemi e, quando possibile, a risolverli⁷.

D'altro canto, il politico si troverà ad affrontare, a dover decidere su materie molto differenti tra loro, e su problemi molto spesso assai complessi. Potrà ricoprire cariche la cui funzione tipica è adottare decisioni di sintesi (paradigmatica quella del Capo dell'Esecutivo, non solo statale); quasi certamente avrà ruoli politici in ambiti tematici diversi, nel corso della carriera

³ G. Guarino, *Tecnici e politici nello stato contemporaneo*, Prolusione al corso ufficiale di Istituzioni di diritto pubblico della facoltà di Economia e Commercio dell'Università di Roma, tenuta il giorno 28.2.1962, in Id., *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, Giuffrè, 1962, 3 ss., qui 11 s.

⁴ Ivi, 12.

⁵ Ibidem.

⁶ ... quelli percepiti (talvolta fatti percepire o anche provocati – come dice Guarino – dallo stesso politico) e quelli che non lo sono, o non lo sono pienamente, o non lo sono quanto alle misure che richiedono. Ciò significa avere capacità di avvertire gli umori, ma anche di far accettare sacrifici che possono essere gravi e dolorosi quando gli stessi sono valutati necessari, G. Guarino, *Tecnici e politici*, cit., 12.

⁷ Spesso infatti ci si chiede quanto l'esercizio del potere sia condizionato da valutazioni meritocratiche, in senso lato, che consentano di scegliere i “migliori” tra i concorrenti in un ambito socialmente omogeneo o se, invece, sia semplicemente espressione della capacità di guida di movimenti tendenzialmente contrapposti e legittimati dal voto popolare; così G. Vecchio, *Partiti, autonomia privata, democraticità*, in *issirfa.cnr.it*, maggio 2017 ma cfr. anche M. Gregorio, *Le dottrine costituzionali del partito politico: l'Italia liberale*, Firenze, Firenze University Press, 2012, 32 ss.

(non è certo una rarità passare da un ministero all'altro o da un ruolo territoriale a un ruolo statale e, negli ultimi anni, anche viceversa). Tutto ciò richiede duttilità e percezione, ma queste non bastano. Occorre inculturazione e informazione continua. A tal fine preziosi sono l'ascolto, il confronto; indispensabile lo studio. Da ciò deriva che il grado di efficienza e funzionalità della classe politica – sia reale sia percepito: e dunque anche la sua legittimazione – finisce per dipendere molto dalla sua apertura alla società e segnatamente alle sue forze più vive⁸. Rilevato specifico ha però il confronto non sporadico ma strutturale⁹ con le comunità dei tecnici nella loro ontologica pluralità¹⁰. Il contributo di competenze che da questi proviene è infatti da sempre presupposto indispensabile per assumere decisioni politiche consapevoli e produttive¹¹. Ma lo è in ambiti che risultano sempre più estesi al crescere della complessità, che nella contemporaneità (integrata, disomogenea, liquida e tecnologizzata progressivamente) è geometrico e per molti versi ha superato e continua a superare l'immaginabile (dai più).

Alla classe politica, dunque, si richiede oggi un *surplus* di capacità di conoscere tempo per tempo: nel momento in cui occorre decidere; soprattutto sui temi altamente mutevoli. Non si può infatti considerare un'alternativa valida quella che pur spesso essa percorre di "affrontare" le proprie inadeguatezze (causate dalla complessità e dall'instabilità degli oggetti, ma anche dal proprio preoccupante decadimento) ritraendosi da spazi fondamentali di decisione politica, per rimetterli a competenti indipendenti. Giacché questo è tutt'altro che un bene per la democraticità del sistema¹².

Torna dunque centrale un aspetto ormai in ombra di quello che può definirsi il ruolo costituzionale dei partiti: formare (e mantenere formati) coloro che assumono compiti di

⁸ ... che restano tali fin quando non si fanno inglobare, peggio fagocitare, come la classe politica e per essa i partiti tendono a fare, di modo da (ri-)proporsi come istanza unica di sintesi e assorbire in sé tutto il pluralismo politico, insomma nella logica del "catch-all parties", O. Kirchheimer, *La trasformazione dei sistemi partitici dell'Europa occidentale* (1966), trad. it. in G. Sivini (cur.), *Sociologia dei partiti politici. La trasformazione delle democrazie rappresentative*, Bologna, il Mulino, 1979, 243 ss.

⁹ Qui si fa riferimento alla rilevanza dei tecnici nell'ordinario. Non è dunque utile il raffronto con le vicende del "governo della (o nella) pandemia", con il suo caratterizzarsi, *almeno in apparenza*, per il rilievo assegnato a specifiche classi di tecnici, segnatamente a quella biomedica, che in alcune fasi ha assunto caratteri (apparentemente) parossistici. Del resto, solo le analisi "a freddo" riveleranno a pieno, in retrospettiva, i caratteri del governo di questa particolarissima esperienza, ancora tutta in corso.

¹⁰ ¹⁰ ...le opinioni esperte (tesi, previsioni) sono naturalmente diverse perché ogni tema ha più aspetti e incide su più interessi, che involgono differenti competenze e sensibilità; G. Guarino, *Tecnici e politici*, cit., 10.

¹¹ A. Ruggeri, *I malati gravi (e incurabili?) degli Stati costituzionali: i partiti politici*, in *federali-smi.it*, 22-2017, 5 s. e ora Id., *Società tecnologicamente avanzata e Stato di diritto: un ossimoro costituzionale?*, in *Consulta online*, 2-2020, 287; P. Carrozza, *Tecnica e politica: la necessaria complementarità*, in G. Grasso (cur.), *Il Governo tra tecnica e politica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, 90-91. E. Catelani sottolineava bene, già alcuni anni fa, come la responsabilità delle decisioni resta e deve restare in capo alla classe politica; *Politica e tecnica: presupposti inscindibili del buon governo*, in G. Grasso (cur.), *Il Governo*, cit., 129 s. Come è noto oggi questo tema è (ovviamente) messo particolarmente a fuoco.

¹² S. Cassese, *Il popolo e i suoi rappresentanti*, Roma, Ed. di storia e letteratura, 2019, 42.

governo, amministrativi e di gestione come onere logicamente connesso alla funzione di selezione della classe dirigente, una funzione che è immanente ai partiti: parte integrante da sempre¹³ del loro modo di essere e di agire e chiaramente «sottesa allo spirito e alla stessa trama normativa dell'art. 49»¹⁴. Del resto – come segnala Mortati in un noto intervento in Assemblea costituente – è nei partiti «che si *preparano* i cittadini alla vita politica e si dà ad essi la possibilità di esprimere organicamente la loro volontà, è nei partiti che si *selezionano* gli uomini che rappresentano la nazione in Parlamento» (corsivo aggiunto)¹⁵. Il che, più che mera notazione su ciò che in quel momento accade, pare indicazione su come deve strutturarsi la costruenda democrazia costituzionale per essere effettiva. Dunque il partito politico non è solo luogo di elaborazione e determinazione dell'indirizzo politico, ma *deve* anche *essere* luogo di partecipazione civile *permanente*¹⁶ e di selezione di una classe politica adeguata. Luogo in cui i cittadini maturano la propria dimensione politica e sociale, divenendone attori e non solo spettatori¹⁷.

Se nel DNA dei partiti è esercitare la propria “funzione” di scelta della classe dirigente in base a meccanismi di “appartenenza” (vicinanza ideologica, comune sensibilità su temi condivisi, adesione a un medesimo progetto politico) ciò che appare oggi sfortunatamente crescente è la preminenza assegnata a talune reti relazionali variamente articolate. Talora aventi natura semplicemente “amicale” o di patronato: basate, dunque, su reciproci vantaggi personali. Parallelamente tendono sempre più a perdere valore i criteri della appartenenza politica *vera* (che è condivisione di prospettive di realizzazione degli interessi collettivi e generali) e quelli dell'esperienza, della conoscenza, dell'attitudine, della capacità, insomma, di affrontare i problemi e assumere decisioni efficaci. Spesso questi vengono persino apertamente negati nel coltivare – talora non senza astuzia e alta dose di cinismo – il “disprezzo della competenza”,

¹³ ... più precisamente da quando si è affermato il modello organizzativo di partito e la sua strutturazione istituzionale, che, pur nelle profonde metamorfosi, resta attuale. Sulla formazione di tale modello è tuttora fondamentale A. Predieri, *I partiti politici*, in P. Calamandrei, A. Levi (dir.), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, vol. I, Firenze, Barbera, 1950, 171 ss.

¹⁴ C. De Fiore, *Dai partiti democratici di massa ai partiti post-democratici del leader. Profili costituzionali di una metamorfosi*, in *costituzionalismo.it*, 1-2018, 227.

¹⁵ Si tratta di quello del 22.5.1947 con cui prova a difendere un emendamento che ha presentato insieme a Carlo Ruggiero volto a imporre ai partiti politici il requisito della democraticità nella loro organizzazione interna; *Atti Ass. Cost.*, Plen., CXXXIX, p. 4159 s.; l'emendamento – come è ben noto – dovrà essere ritirato per l'evidente mancanza di consenso.

¹⁶ ... attraverso cui si «supera e trascende quel diritto di partecipazione solo *puntuale*, anche se rinnovantesi a intervalli periodici, che è il diritto elettorale attivo»; V. Crisafulli, *I partiti nella Costituzione*, in *Jus*, 1969, 11-12, il quale peraltro non manca di sottolineare la distanza tra dover essere costituzionale e realtà: «la fenomenologia politica si mostra sempre più lontana dal modello». L'osservazione vale tuttora; anzi la condizione appare assai peggiorata.

¹⁷ E. Rossi, *La democrazia interna nei partiti politici*, in *Riv. AIC*, 1-2011, 2.

come torsione deviata dalla comprensibile e spesso condivisibile critica alle *élite* e alle tecnocratie¹⁸.

Tutto ciò ha contribuito notevolmente ad abbassare il livello di preparazione della classe politica, il che si inquadra, per inciso, in una ancor più preoccupante crisi generale delle classi dirigenti. Ma anche le astute prospettazioni populistiche non riescono a far diga nel tempo alla grave crisi di legittimazione che la politica sconta certo da molti anni, ma si appalesa anche progressiva, inarrestabile. Per stare al tema, è tutt'altro che insolito percepire in buona parte del corpo elettorale imbarazzo e disappunto dinanzi alla evidente inadeguatezza di ministri, parlamentari, governatori e così via, ma anche di *grand commis* scelti dalla politica. Sempre meno di rado essi si rivelano infatti non solo neofiti nei settori per i quali sono chiamati a prendere decisioni determinanti per la vita del Paese ma – quel che è grave – anche poco coltivati nell'arte di affrontare i complessi problemi imposti dal ruolo che ricoprono: trovare, insomma, soluzioni corrette (cioè funzionali nel tempo) che d'altro canto riescono a coagulare, almeno *medio tempore*, il necessario consenso sociale¹⁹.

Se è vero, infatti, che le istituzioni sono sempre supportate da strutture tecniche spesso ampie e articolate, le lacune di conoscenza, consapevolezze, ma soprattutto nella capacità di governo della classe politica, determinano trasferimenti gravi (per la democrazia) del momento decisionale alla tecnica, rendendo molto più difficile l'individuazione delle responsabilità e talora occultando il vero luogo di sintesi e di composizione dei vari interessi in gioco. Un aggravamento è perpetuato dalla prassi del tutto consolidata per cui all'insicurezza sulla lealtà e sulle competenze delle burocrazie e sulla propria capacità di indirizzarla e controllarla, il ceto politico risponde affollando il sistema di amministrazioni parallele e di uffici fiduciari sempre più pervasivi nei ruoli apicali e d'interfaccia tra organi di indirizzo politico e struttura amministrativa²⁰. Ciò infatti crea ulteriore disordine; favorisce forme di mandarinato atte a ridurre, nella sostanza, gli effetti benefici attesi dall'alternanza politica; costituisce persino una sorta di motivo di deresponsabilizzazione quanto alle politiche di reclutamento, valutazione, avanzamento in carriera nelle pubbliche amministrazioni, giacché, se le burocrazie sono inefficienti quasi per destino, non così grave è usarle a fini di riequilibrio sociale o addirittura

¹⁸ S. Cassese, *Il popolo*, cit., 42.

¹⁹ G. Guarino, *Tecnici e politici*, cit., 13.

²⁰ Sul rilievo che i capi di gabinetto e degli uffici legislativi hanno avuto nella storia politico-costituzionale italiana v. il ficcante pamphlet *Io sono il potere. Confessioni di un capo di gabinetto*, raccolte da G. Salvaggiulo, Milano, Feltrinelli, 2020 e la raccolta di biografie curata da G. Melis, G. Tosatti, *Il potere opaco. I gabinetti ministeriali nella storia d'Italia*, Bologna, il Mulino, 2020.

per esigenze brute della classe politica: consenso clientelare e collocamento (o ri-collocamento) dei propri quadri²¹.

Le “vecchie” scuole di partito costituivano strumento solido e rodato di formazione politica: “palestre” di educazione democratica ma anche di preparazione tecnica allo svolgimento di incarichi di governo. A esse le forze politiche hanno progressivamente rinunciato e la formazione, minima, a cui continuano a dare rilievo è in massima parte rivolta alle tecniche di acquisizione della “visibilità”, più che del vero consenso politico. Stanno quindi palesemente abdicando alla funzione di formazione politico-partitica (dunque da tecnici della decisione anche condivisa, non della mera acquisizione di consenso elettorale anche effimero) con esiti metamorfizzanti²² che sono alla base dei processi di personalizzazione dei partiti²³ e delle derive populistiche²⁴. All’involutione leaderistica corrispondono la progressiva perdita di interesse, prima ancora che di capacità, dei partiti politici a rendere l’elettorato partecipe dei processi decisionali²⁵. Il che significa per il cittadino sempre minore spazio per “concorrere” a determinare la politica nazionale e per i partiti dequalificazione costituzionale con conseguente perdita di effettività democratica.

2. Competenza della classe politica tra *input* e *output legitimacy*

Il dibattito sul “metodo democratico” all’interno dei partiti concentra generalmente gran parte delle attenzioni su un’accezione di “democraticità” in base alla quale il partito ha bisogno di principi, organi, strumenti o modalità organizzative che garantiscano partecipazione,

²¹ Delle «conseguenze dissolutrici [... che] una prassi predatoria e gregaria» ha sulla conservazione dell’indispensabile burocrazia professionale parla C. Schmitt nello spiegare il senso dell’art. 130 della Cost. di Weimar e del concetto di garanzia istituzionale; *Dottrina della Costituzione* (1928), trad. it. a cura di A. Caracciolo, Milano, Giuffrè, 1984, 231.

²² C. De Flores, *Dai partiti*, cit., 211 ss.

²³ Sul punto, per tutti, C. Crouch, *Postdemocrazia* (2004), trad. it a cura di C. Paternò, Roma-Bari, Laterza, 2005 (v. spec. 34, ove criticamente si osserva che le dinamiche di costruzione della leadership attraverso «campagne elettorali interamente basate sulla personalità dei candidati erano caratteristiche delle dittature e della politica elettorale in società con un sistema partitico poco sviluppato e un dibattito politico scarso»); M. Calise, *Il partito personale*, Roma-Bari, Laterza, 2010.

²⁴ Ancora C. De Flores, *Dai partiti*, cit., 229.

²⁵ Ne consegue che la composizione della classe dirigente è sempre più affidata a notabili locali, strutture periferiche, pezzi della società civile, settori della grande impresa o a piattaforme telematiche. Su quest’ultimo aspetto: F. Pizzetti, *Partiti politici e nuove tecnologie*, in *Partiti politici e società civile a sessant’anni dall’entrata in vigore della Costituzione*, Napoli, Jovene, 2009, 277 ss.; P. Costanzo, *Quale partecipazione politica attraverso le nuove tecnologie comunicative in Italia*, in *Dir. informaz. e dell’informatica*, 2011, 19 ss.; M. Ainis, *Democrazia digitale*, in *Rass. parl.*, 2013, 263 ss.; M. Cuniberti, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in *Dir. informaz. e informatica*, 2015, 288 ss.

pluralismo, libera espressione²⁶ ma anche trasparenza²⁷ e inclusione²⁸. Sono questi gli aspetti che con Fritz Scharpf si possono chiamare di *input legitimacy*: ciò che ruota intorno all'idea di "governo del popolo". L'altro aspetto dell'ordinamento democratico, altrettanto fondamentale, è qualificato di *output legitimacy*. Esso attiene – come è noto – al "governo per il popolo". Quanto al primo profilo la legittimazione è direttamente proporzionale all'aderenza tra le decisioni assunte e le istanze o le preferenze dei cittadini; quanto al secondo dipende da quanto le decisioni siano in grado di garantire *effettivamente* il bene comune (ma sempre anche per come generalmente percepito)²⁹. L'*input legitimacy*, dunque, si misura in termini di consenso da parte del corpo elettorale, di partecipazione ai processi decisionali ma anche di tutela di posizioni minoritarie. Invece l'*output legitimacy* in termini di efficacia delle decisioni e di capacità di risolvere concretamente i problemi, di raggiungere gli obiettivi prefissati, di soddisfare le esigenze della collettività.

Tale proposta di articolazione non ha mancato di sollevare dubbi e osservazioni critiche. Specie nella misura in cui è stata utilizzata per finalità non solo (e non tanto) analitico-descrittive, quanto prescrittive e, dunque, in termini dicotomici; in particolare per identificare

²⁶ Sul tema, oltre alle opere cit. nel § precedente, almeno C. Esposito, *I Partiti nella Costituzione italiana* (1952), in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, 147 ss.; C. MORTATI, *Note introduttive ad uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano* (1957), ora in *Raccolta di scritti*, III, *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, Milano, Giuffrè, 1972, 355 ss.; V. Crisafulli, *La Costituzione della Repubblica italiana e il controllo democratico dei partiti*, in *Studi politici*, 1967, 265 ss.; T. Martines, *Partiti, sistema dei partiti e pluralismo*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1979, 43 ss.; P. Ridola, voce *Partiti politici*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, Giuffrè, 1982, 113 ss.; G. Demuro, *Il dibattito sui partiti: per un diritto individuale di partecipazione politica*, in *Quad. cost.*, 2008, 144 ss.; *Annuario AIC 2008. Partiti politici e società civile a 60 anni dall'entrata in vigore della Costituzione*, Napoli, Jovene, 2009; S. Merlini (cur.), *La democrazia dei partiti e la democrazia nei partiti*, Firenze, Passigli, 2009; E. Rossi, *La democrazia interna nei partiti*, in *Riv. AIC*, 1-2011, 1 ss.; C. Perlingieri, *Nuove forme di partecipazione politica e «metodo democratico»*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 843 ss.; D. Coduti, *Regolare i partiti politici contemporanei*, Torino, Giappichelli, 2019; I. Lagrotta, *La crisi dei partiti e la democrazia*, 2ª ed., Bari, Cacucci, 2020.

²⁷ V., ad esempio, M. Rubechi, *La trasparenza nel finanziamento della politica tra esigenze di controllo e «metodo democratico»*, in L. Califano, C. Colapietro (cur.), *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, 138 ss.; T.F. Giupponi, *Trasparenza e «metodo democratico» nella più recente legislazione sui partiti politici. Un'attuazione indiretta dell'art. 49 Cost.*, in *Forum Quad. cost.*, 21.10.2019.

²⁸ Concentra l'attenzione, in particolare, sull'inclusione sociale attraverso l'inclusione politica A. Poggi, *È ancora attuale il dibattito sul "metodo" democratico interno ai partiti?*, in *federalismi.it*, 24-2014.

²⁹ F.W. Scharpf, *Governing in Europe: effective and democratic*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 6 ma cfr. anche G. Majone, *Europe's Democratic Deficit: the Question of Standards*, in *European Law Journal*, 4, 1-1998, 5 ss. La distinzione venne utilizzata soprattutto per affermare che il deficit democratico delle istituzioni comunitarie era compensato dalla forte legittimazione assicurata dai risultati che riuscivano a conseguire le loro politiche. Per ulteriori e successivi sviluppi cfr. M. Boedeltje, J. Cornips, *Input and output legitimacy in interactive governance*, in *NIG Annual Work Conference 2004 Rotterdam*, disponibile in <https://repub.eur.nl/pub/1750/> i quali si chiedono fino a che punto questi due criteri di legittimazione possono essere realizzati simultaneamente. Con particolare riferimento alla legittimazione dei processi di integrazione europea e al tema del deficit democratico dell'ordinamento comunitario, v. anche le riflessioni di C. Pinelli, *L'Europa democratica nella strettoia fra populismo e tecnocrazia*, in *Meridiana – Riv. st. sc. sociali*, 77, *In nome del popolo sovrano*, 2013, 101 ss.

un fondamento legittimante di decisioni efficienti sotto il profilo del risultato³⁰ ma assunte da istituzioni non sufficientemente radicate in un circuito democratico-rappresentativo³¹.

Non è possibile indugiare su tale dibattito sia perché non è obiettivo di questo breve studio, sia perché non si vuole sostenere (né pare sostenibile) la tesi dell'autosufficienza dell'*output legitimacy*, giacché essa risulta priva di fondamento costituzionale e addirittura in contrasto con i suoi principi espressi. Ciò che si ritiene utile (e sufficiente) evidenziare è che se l'attenzione alla "democraticità" si concentra solo sull'*input legitimacy* e le procedure democratiche non si rivelano in grado di produrre risultati efficaci, la democrazia rischia di diventare un «empty ritual» incapace di «achieving the goals that citizens collectively care about»³². La legittimità dei governi, dunque, dipende anche dal "prodotto" e la qualità dell'*output* concorre a completare il circuito democratico³³.

In altri termini, se è di certo fondamentale mantenere la più rigorosa attenzione sull'*input*, occorre, nello stesso tempo, accrescere la consapevolezza di quanto l'*output* incida sull'effettività della democrazia: le procedure democratiche interne non sono infatti sufficienti in sé, e se di ciò non si tiene in dovuto conto, cresce il rischio che gli obiettivi programmatici dichiarati dinanzi al corpo elettorale finiscano per non avere valore impegnativo per la classe politica. E invece «la dialettica elettori-governanti [...] elemento essenziale della democrazia [...] non può essere ridotta a mero "governo del popolo"». Già «quegli stessi illuministi che prepararono la strada allo sviluppo della democrazia ritenevano [infatti] che, al vertice, la carriera dovesse essere aperta ai talenti e che fossero necessarie scuole e procedure di formazione di classi dirigenti»³⁴. Di modo da garantire al popolo politici e politiche idonei.

³⁰ La distinzione di Scharpf e Majone fra politiche regolatorie e politiche redistributive, su cui si regge la tesi dell'autosufficienza dell'*output legitimacy* quale fondamento del sistema dell'Unione, non tiene conto che anche le decisioni più "tecniche" presentano un risvolto prescrittivo e per giunta, sul piano empirico, spesso sono assai meno incontrovertibili di quanto non si ritenga. Cfr. in tal senso, R. Bellamy, *Democracy without Democracy? Can the EU's Democratic "Outputs" be Separated from the Democratic "Inputs" Provided by Competitive Parties and Majority Rule?*, in *Journal of European Public Policy*, 2010, 1 ss.; C. Pinelli, *The Dichotomy Between "Input Legitimacy" and "Output Legitimacy" in the Light of the EU Institutional Developments*, in *European Papers*, 5, 1-2020, 225 ss.

³¹ Tale prospettazione è stata utilizzata a fondamento della legittimazione dell'Unione europea, quando i dubbi sul deficit democratico di essa erano particolarmente diffusi e non senza ragione, data la strutturazione istituzionale di allora. Non di meno, secondo Scharpf essa poteva trarre legittimazione dai risultati delle politiche piuttosto che dalle sue credenziali democratiche; sul punto rilevanti le recenti notazioni di C. Pinelli, *Input legitimacy e output legitimacy dell'Unione europea: a che punto siamo?*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, Consulta online, 24.7.2019.

³² F.W. Scharpf, *Economic integration, democracy and the welfare state*, in *Journal of European Public Policy*, 4, 1-1997, 19 s., il quale evidenzia: «to be normatively acceptable in welfare-theoretic terms, the majority principle must presuppose that voters are, at least in part, oriented towards a notion of the "common good"». Sui problemi di verificabilità degli *output* e sulla difficoltà di collegarvi conseguenze ora Y. Mény, *Popolo ma non troppo. Il malinteso democratico*, Bologna, il Mulino, 2019, 116 s., ma cfr. anche S. Cassese, *Il popolo*, cit., 36 s.

³³ S. Cassese, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, Mondadori, 2017, 33.

³⁴ Influenzati dal meccanismo di formazione e promozione dei cosiddetti "mandarini cinesi" (Shi Dai Fu), furono

In Italia sono però mancate, salvo occasionali circostanze e luoghi, adeguate sedi di formazione e di selezione, canali di promozione, meccanismi di ricambio. Di qui la debolezza della classe dirigente – e di quella dell’area pubblica in particolare – che ha determinato una diffusa e radicata sfiducia nei governi e, di conseguenza, una sempre maggiore attenzione verso l’*output legitimacy*.

Il problema diventa, quindi, quello di individuare il migliore punto di equilibrio tra le fondamentali istanze di partecipazione, di pluralismo e di inclusione all’interno dei partiti politici e la necessità che tali istanze si traducano anche in programmi concreti e realizzabili; e nelle conseguenti decisioni attuative. In questa prospettiva, è importante che i soggetti chiamati ad assumere responsabilità politiche siano dotati di un adeguato bagaglio di competenze in grado di rendere realizzabili, effettive ed efficaci le decisioni da assumere. Ecco che i partiti politici diventano l’ambiente proprio di coltura di tali competenze; di formazione, oltre che di selezione della classe dirigente.

La discussione sul tema della democraticità interna ai partiti deve allora tenere in piena considerazione non solo l’*input legitimacy*, su cui la dottrina da sempre correttamente si concentra, ma anche le prospettive (e dunque le esigenze) dell’*output legitimacy*. In altri termini, il livello di “democraticità” va misurato non solo in base alla funzionalità dei meccanismi volti a garantire alle diverse “anime” del partito di esprimere la propria voce, di concorrere alla definizione dei programmi politici e alla composizione delle liste di candidati; ma anche in ragione della capacità di rendere in politiche e realizzare efficacemente gli obiettivi indicati (o almeno accolti) dalla base del partito.

Evidentemente ciò non significa seguire logiche di efficientismo fino al punto di aderire addirittura alle derive tecnocratiche che attraversano le democrazie contemporanee³⁵. Significa (solo) prestare la dovuta attenzione anche al sistema delle competenze e delle capacità che occorre sviluppare proprio all’interno dei partiti affinché le istanze democratiche possano effettivamente trovare realizzazione; non restare, dunque, slogan o mere enunciazioni di

gli autori di quello che sarebbe stato poi chiamato sistema del merito, fondato su accesso aperto a tutti e selezione dei migliori e più capaci. Così S. Cassese, *La democrazia*, cit., 32 ss., il quale evidenzia che in alcuni paesi, come la Francia, queste idee portarono alla formazione di grandi scuole di settore, da cui uscirono i vertici dello Stato, sia nel settore privato, sia in quello pubblico; nel Regno Unito un’esigenza analoga si affacciò alla metà del XIX secolo e furono allora riordinate le due grandi università di Oxford e di Cambridge, come luoghi di formazione e di selezione per introdurre la selezione competitiva sulla base del merito anche al vertice dello Stato. In Italia vi è sempre stata una netta separazione tra selezione e carriere del settore pubblico e del settore privato e nel settore pubblico vi è stata osmosi tra politica e amministrazione statale. Poi i due mondi si sono separati, e nell’amministrazione ha prevalso un meccanismo selettivo fondato sull’anzianità e sull’autoselezione corporativa.

³⁵ Sui limiti dell’efficienza in rapporto alla salvaguardia dei valori democratici si sofferma, in particolare, G.M. Salerno, *La democrazia e i dilemmi dell’efficienza: osservazioni critiche*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, Padova, Cedam, 1995, 651 ss.

principio. Insomma, occorre includere nel concetto stesso di democrazia anche le valutazioni, ragionevolmente ponderate, circa gli effetti delle politiche sul benessere collettivo³⁶. Il corretto funzionamento di ogni forma di governo richiede un giusto bilanciamento tra consenso democratico ed efficienza delle decisioni, sempre funzionali ai bisogni dei cittadini.

Il principio di efficienza, tornato recentemente al centro del dibattito in occasione della riforma costituzionale sulla riduzione del numero dei parlamentari³⁷, ruota attorno alla relazione tra gli strumenti e i mezzi utilizzati per raggiungere un determinato fine e i risultati ottenuti³⁸, pertanto entra direttamente in relazione anche con i compiti tipici dei partiti. Il problema dell'efficienza, infatti, solo in parte è conseguenza di regole e di modelli di governo; in larga misura dipende dal non corretto funzionamento dei canali di trasmissione tra sistema istituzionale e società³⁹. L'evoluzione verso modelli organizzativi di governo più efficienti passa dunque, inevitabilmente, anche per il sistema dei partiti. L'efficienza fissa, infatti, un obiettivo di qualità della democrazia che necessita di una classe politica realmente in grado di identificare e affrontare i problemi di cui è chiamata a occuparsi.

Così torna il tema del delicato equilibrio tra *input* e *output legitimacy*. Come esso si realizzi in concreto all'interno dei partiti dipende, naturalmente, da numerosi fattori, riconducibili

³⁶ In questi termini G.M. Salerno, *L'efficienza dei poteri pubblici nei principi dell'ordinamento costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1999, in part. 218 ss.

³⁷ Secondo G. di Plinio la riduzione del numero dei parlamentari, nel creare una maggiore verticalizzazione della rappresentanza politica, è «in grado di aumentare capacità di incidenza, autonomia e prestigio di ciascuno di essi e conseguentemente accrescere funzionalità ed efficienza (ma anche prestigio) di ciascuna Camera nel suo complesso»; *Un adeguamento della costituzione formale alla costituzione materiale. Il "taglio" del numero dei parlamentari, in dieci mosse*, in *federalismi.it*, 7-2019, 5 ss. Nel medesimo senso già C. Fusaro, *Nota scritta nell'ambito delle audizioni in Ufficio di Presidenza, in relazione all'esame in sede referente dei ddl cost. n. 214 e conn. (riduzione del numero dei parlamentari)*, in *www.astrid-online.it*, 21.11.2018. Non sono tuttavia mancate opinioni opposte; v., ad es., E. Rossi, *La riduzione del numero dei parlamentari*, in *Quad. cost.*, 2019, 423; A.M. Poggi, *La riforma costituzionale meno urgente. Se rimanesse l'unica sarebbe una pietra tombale sul rinnovamento delle istituzioni*, in E. Rossi (cur.), *Meno parlamentari, più democrazia? Significato e conseguenze della riforma costituzionale*, Pisa, Pisa University Press, 2020, 265 ss., secondo la quale immaginare che alla semplice riduzione del numero consegua necessariamente lo snellimento dei lavori e, dunque, una maggiore efficienza del procedimento legislativo costituisce solo «un esercizio teorico». Cfr. anche C. Tripodina, *Riduzione del numero dei parlamentari, tra riforma costituzionale ed emergenza nazionale*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020, 88 s., che ritiene «poco credibile» che la riduzione del numero dei parlamentari sia volta al rafforzamento dell'efficienza del Parlamento. Di certo assai rilevante, «se non [proprio] decisivo, al fine di valutar[e] i contenuti e, soprattutto, gli effetti» della riforma costituzionale sarà la sua attuazione; N. Lupo, *Riduzione del numero dei parlamentari e organizzazione interna delle Camere*, in *Forum Quad. cost.*, 3-2020, spec. 328. È dunque su di essa che vale ora impegnare le risorse di analisi. Tra le iniziative di riflessione v. in part. il Seminario a porte chiuse del 12.10.2020 sulle prospettive post referendum, con interventi di A. Ciancio, S. Currieri, R. Dickmann, G. di Plinio, N. Lupo, G.M. Salerno, L. Spadacini, pubblicati in *federalismi.it*, 29-2020.

³⁸ Nella scienza dell'organizzazione aziendale si tende a identificare l'efficienza come il rapporto tra risorse impiegate e risultati ottenuti e l'efficacia come quello tra risultati ottenuti e obiettivi prestabiliti. Ma l'efficienza può essere più estensivamente intesa come relazione tra gli obiettivi perseguiti e da perseguire (*outcome*), le risorse impiegate (*input*) e risultati ottenuti (*output*); così M. Nigro, *Lineamenti generali*, in G. Amato, A. Barbera (cur.), *Manuale di diritto pubblico*, III, *L'azione dei pubblici poteri*, Bologna, il Mulino, 1997, 35.

³⁹ In questi termini A. Pisaneschi, *Brevi considerazioni su efficienza del governo e riforme costituzionali*, in *Riv. AIC*, 4-2015, 12.

all'organizzazione interna, certo, ma anche e fondamentalmente alle varie azioni e iniziative di cui la vita del partito si anima (o almeno *dovrebbe* animarsi): scuole di formazione politica, seminari e convegni; canali di collaborazione con gli enti di ricerca: le università in particolare; percorsi di confronto esperienziale in cui siano coinvolte le istituzioni di ogni livello di governo (comunale, regionale, statale, eurounitario) e le relative classi politiche. Occorrerebbe tornare anche a pubblicare i risultati di tali attività, sistematicamente; tanto più che i nuovi mezzi digitali quasi azzerano i costi editoriali.

Iniziative di questo tipo avrebbero non solo il merito di migliorare il livello di preparazione di tutti coloro che, a vario titolo, partecipano alle attività dei soggetti politici e allargare gli strumenti di formazione e informazione partitica. Produrrebbero anche *utilitates* ai fini della selezione della classe dirigente. Allargherebbero infatti significativamente il bacino di soggetti formati e quindi più pronti a rivestire ruoli istituzionali e svolgere adeguatamente i relativi compiti (invero assai più ardui di quanto la vulgata vorrebbe).

3. VERSO LA VALORIZZAZIONE DELLE COMPETENZE NELLA VITA DEI PARTITI? TRACCE MINIME DI UN PERCORSO TUTTO DA COSTRUIRE

Non è raro che il dibattito pubblico, e gli organi di stampa in particolare, si concentrino sulla utilità di valorizzare le competenze all'interno dei partiti⁴⁰ e, di conseguenza, sulle qualità utili o sui veri e propri requisiti necessari per candidarsi a ricoprire determinate cariche politiche⁴¹.

In alcuni casi, sono anche gli atti di strutturazione interna dei partiti a segnare qualche "traccia" di valorizzazione delle competenze e, più in generale, del merito tra i principi di propria organizzazione o, segnatamente, tra i criteri di selezione delle candidature. Sono però davvero pochi gli statuti che lo fanno in maniera esplicita e diretta. I riferimenti *meno tenui* si rinvencono negli statuti del Partito Democratico (art. 25) e di Italia Viva (art. 21).

Innanzitutto essi prevedono che la selezione delle candidature per le assemblee rappresentative avvenga a ogni livello con il metodo delle primarie o, dove il sistema elettorale preveda l'espressione di preferenze, con altre forme di ampia consultazione democratica. Subito

⁴⁰ A mero titolo esemplificativo si segnalano: G. Malatesta, *Classi politiche: ritornano le scuole di partito*, in *repubblica.it*, 20.4.2016 e M. Sarti, *L'incompetenza al potere. Abbiamo sfiduciato i politici, ci restano i dilettanti* in *linkiesta.it*, 19.1.2018; S. Fabbrini, F. Forquet, *L'ossessione dei contenuti e delle competenze*, in *ilsole24ore.com*, 26.9.2014.

⁴¹ M. Gabanelli, S. Ravizza, *Regionali 2020, i curricula di tutti i candidati: ecco le loro vere competenze*, in *corriere.it*, 13.9.2020.

dopo si precisa che uno specifico regolamento approvato di volta in volta dalla Direzione nazionale (per il PD) o dal Comitato Nazionale (per Italia Viva) è chiamato a disciplinare le diverse modalità di selezione democratica dei candidati attenendosi ad alcuni principi tra i quali l'uguaglianza tra gli iscritti, la parità tra uomini e donne, il pluralismo politico, la pubblicità delle procedure, l'ineleggibilità in caso di cumulo di più mandati elettivi, la rappresentatività sociale, politica e territoriale dei candidati ma anche «il *principio del merito* che assicuri la selezione di candidati *competenti*, anche in relazione ai diversi ambiti dell'attività parlamentare e alle precedenti esperienze svolte» (corsivo aggiunto).

Si tratta di una delle rare occasioni in cui si dà rilievo espresso alle competenze tra gli elementi da prendere in considerazione per la individuazione dei migliori candidati: quelli capaci di vincere la sfida elettorale, ma anche di assumere le conseguenti responsabilità. Competenze che possono essere acquisite sia al di fuori dell'attività politica o amministrativa, sia all'interno del partito stesso o attraverso precedenti esperienze o incarichi politici e amministrativi. In verità, all'interno dei regolamenti approvati in occasione delle varie tornate elettorali, non si ha alcuna concreta attuazione delle previsioni statutarie⁴², né tantomeno si rinviene alcuna traccia formale o comunque verificabile di una loro concreta applicazione. Essi, dunque, paiono rimanere mere enunciazioni di principio.

In alcuni casi, gli statuti prevedono specifici organismi o strutture di formazione politica. Nelle disposizioni finali dello statuto della Lega per Salvini Premier, per esempio, si stabilisce che le articolazioni territoriali regionali devono organizzare "Scuole Quadri permanenti" per la formazione politica dei militanti. La frequentazione di tali scuole è configurata come «requisito preliminare per la presa in esame delle candidature alle elezioni amministrative». A tal fine, i parlamentari e i consiglieri regionali devono prestare obbligatoriamente e gratuitamente la loro opera, a seconda delle proprie specifiche competenze, al fine di contribuire attivamente alla formazione dei tesserati all'attività amministrativa e politica. L'obiettivo è dunque chiaramente duplice: creare occasioni di formazione politica, ma anche dar vita a una sorta di condivisione e socializzazione delle esperienze, utile non solo al ricambio generazionale all'interno del partito ma anche a una vera e propria formazione politica strutturata, volta a fertilizzare in continuo l'*humus* del partito. Tuttavia, pure in questo caso alle previsioni statutarie, lodevoli, non sembrano corrispondere le necessarie iniziative sistematiche di attuazione.

⁴² Per esempio, l'art. 1 del Regolamento per la selezione delle candidature al Parlamento per le elezioni politiche 2018 del Partito democratico stabilisce che «il Segretario nazionale, valutate le proposte pervenute dai Segretari regionali e tenuto conto delle sollecitazioni dei territori e del pluralismo interno, delle posizioni dei Parlamentari uscenti e delle norme statutarie, propone alla Direzione nazionale le liste dei candidati alle elezioni Politiche 2018 per Camera e Senato – collegi uninominali e plurinominali».

In generale risultano ancora poche, anzi sporadiche, le occasioni in cui i partiti si pongono l'obiettivo di valorizzare concretamente, ossia effettivamente, le competenze. Assai più diffuse sono invece le "evocazioni". Ormai anche forze politiche che hanno fatto una bandiera della tesi dell'*uno vale uno* – cioè dell'assoluta prevalenza sulle conoscenze, competenze e capacità di un'eguaglianza *banalizzata* (meglio si direbbe *sfigurata*, se si ha a riferimento quella costituzionale) – avvertono l'esigenza (a dire il vero, piuttosto "a spot") di esibire grande attenzione verso la selezione di "supercompetenti"⁴³.

Dunque il panorama che si delinea già dalle prime analisi è poco incoraggiante.

La valorizzazione del merito *lato sensu* è professata sempre più diffusamente, ma la sua formalizzazione è tanto più rara e più blanda quanto maggiore è il grado di vincolatività degli atti, e ancora lontano pare il tempo in cui potrà divenire un obiettivo strutturale delle forze politiche; un obiettivo, cioè, che ciascuna di esse persegue in modo concreto e costante.

La sua realizzazione, dunque, resta affidata a esperienze sporadiche e a percorsi che in massima parte sono ancora tutti da tracciare, poi da intraprendere e finalmente seguire. Faticosamente e con determinazione.

4. FORMARE E MANTENERE FORMATA LA CLASSE POLITICA COME COMPITO COSTITUZIONALE DEI PARTITI; SUA VALENZA

Il dato esperienziale va sempre valutato in base al paradigma giuridico. È dunque necessario verificare se dalla Costituzione emergano profili prescrittivi o almeno di orientamento, in materia.

Si è invero già accennato che la formazione, anche continua, della classe politica è parte del ruolo costituzionale dei partiti, per come esso pare debba ricostruirsi a una lettura sistematica, che parta dall'art. 49. La loro partecipazione – da protagonisti del tutti preminenti⁴⁴ – alla determinazione della politica nazionale⁴⁵ si svolge infatti attraverso la scelta (affidata a essi di

⁴³ Il riferimento, in particolare, è al Movimento5Stelle e a quanto annota S. Cassese, *Il buon governo. L'età dei doveri*, Milano, Mondadori, 2020, 128. Per qualche eco di stampa: A. Trocino, *Elezioni 2018, ultimo giorno per le liste. Di Maio: «Ecco la nostra squadra di supercompetenti»*, in *corriere.it*, 29.1.2018; C. Antini, *Elezioni, Luigi Di Maio: «I nostri candidati sono supercompetenti»*, in *iltempo.it*, 31.1.2018.

⁴⁴ Questo è un dato materiale più che giuridico. I partiti, infatti, hanno da subito esteso il proprio ruolo di condizionamento ben oltre quello, già lato, sancito (da essi stessi) nella Carta.

⁴⁵ Si potrebbe osservare che nell'art. 49 sono i cittadini, non i partiti, a essere garantiti e invero anche chiamati a concorrere alla politica nazionale. Ma, in effetti, lo sono proprio per mezzo dei partiti. Letteralmente. Il che implica che anche questi lo siano. Anzi che lo siano in via primaria, in quanto strumenti tipici della partecipazione politica dei cittadini. L'interpretazione qui accolta è stata avanzata ben presto dalla più autorevole dottrina: A. Predieri, *I*

fatto assai più ampiamente che in via formale) di massima parte dell'*élite* governante. Di quella istituzionale, ovviamente; ma è appena il caso di notare che influenze rilevanti e anche determinanti si espandono ben oltre i limiti del “politico”⁴⁶. Tuttora⁴⁷.

L'onere *della* scelta comprende, oltre alla responsabilità *nella* selezione iniziale, quella *del* mantenimento nel tempo dei requisiti e valori di qualità, conoscenza e competenza su cui i governanti si misurano o meglio dovrebbero essere misurati.

Dalla Carta emerge dunque un “compito” per i partiti: formare e conservare formata (ma anche informata) la “propria” classe politica⁴⁸. Esso è fondamentale, in quanto è legato in un rapporto di *strumentalità strettamente necessaria* al principio democratico nella sua articolazione dell'*output*; alla democrazia, dunque, come governo *per* il popolo. Tuttavia esso non si svolge in un obbligo giuridico-costituzionale *stricto sensu*. Perché la Costituzione colloca i partiti nella sfera delle libertà e la formula dell'art. 49 – per come costruita, ma anche per quanto chiaramente emerge dai lavori costituenti – rende almeno assai problematica una funzionalizzante di essi⁴⁹ e far scaturire obblighi giuridici *addirittura impliciti*. I compiti di fare (e segnatamente quello – che qui direttamente rileva – di fornire e richiedere adeguata formazione permanente a chi si investe di responsabilità di “governo”) si collocano in ciò che si direbbe un'area assai più “rarefatta” del *diritto*: quella della promozione costituzionale. Questa si sostanzia in una sorta di esortazione a inverare lo spirito (democratico) della Costituzione, la cui valenza si ferma a quella del parametro di responsabilità politica (che solo in sede politica *può* essere fatta valere⁵⁰) e del fondamento al sostegno finanziario pubblico

partiti politici, cit., 198-199, nt. 5; C. Esposito, *I Partiti nella Costituzione italiana*, cit., 231; L. Elia, *Realtà e finzione del partito politico: orientamenti ideali, interessi di categoria e rappresentanza politica* (1963), ora in Id., *Costituzioni, partiti, istituzioni*, Bologna, il Mulino, 2009, 110 s.

⁴⁶ Delle designazioni partitiche, l'inserimento nelle liste elettorali è solo la manifestazione più formale e, insieme a quello nella parte di spettanza delle compagini di governo in senso stretto che si sostengono, la più evidente. Ma molti sono i ruoli. E molte le modalità. Per rimanere alla sola area istituzionale vale solo accennare al tema delle “indicazioni”, più o meno formali, per i ruoli tecnici e amministrativi, che è da sempre e tuttora capillarmente praticata dai partiti, anche in netto contrasto con la Costituzione, che assegna loro uno spazio “confinato” all'indirizzo politico, talché oltre si ha mera «occupazione di carattere usurpativo»; L. Elia, *L'attuazione della Costituzione in materia di rapporti tra partiti e istituzioni* (1965), ora in Id., *Costituzioni*, cit., 134.

⁴⁷ ... anzi, in modo ancor più penetrante e invasivo che in ogni altra fase della vita repubblicana; così S. Staiano *Forma di governo e sistema dei partiti. Una ricerca necessaria (che deve continuare)*, in Id. (cur.), *Nella rete dei partiti*, Napoli, Jovene, 2014, VIII. Infatti ciò che oggi si osserva venir meno non è affatto la partitocrazia, il che sarebbe un bene. Sono invece i partiti per ciò che dovevano essere, secondo il disegno costituzionale, e per un tempo sono stati: i fondatori e costruttori continui di un'unità politica inclusiva e partecipata; O. Massari, *Dal partito di massa alla partitocrazia senza partiti*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 3-2018, 1 ss., in part. 19 ss., M. Luciani, *Partiti e forma di governo*, ivi, 9-10.

⁴⁸ Ogni partito è responsabile delle proprie scelte di preposizione a cariche e ruoli, che peraltro certo non si risolvono né dovrebbero risolversi esclusivamente in scelte di capacità, sono infatti in sé anche «determinazione di indirizzi politici»; C. Mortati, *Concetto e funzione dei partiti politici* (1949), ora in *Nomos. Le attualità del diritto*, 2-2015, 14.

⁴⁹ M. Luciani, *Partiti e forme di governo*, cit., 6.

⁵⁰ Sul tema della responsabilità politica dei partiti e delle elezioni come strumento per farla valere v. G.U.

delle attività necessarie a svolgere tali compiti. Il quale, dunque, risulta essere *più* che meramente legittimo; costituzionalmente consigliato. Sicché sarebbe quantomeno ragionevole prescrivere per gli stanziamenti pubblici ai *partiti* (ma così anche per quelli alle loro espressioni e articolazioni: *gruppi parlamentari e consiliari* specialmente) vincoli di destinazione, di modo che una parte adeguata di essi finanzi le attività che tali compiti di interesse generale direttamente eseguono. Le risorse collettive sarebbero così destinate al perseguimento di interessi della collettività *veri ed essenziali*, ma che nella partitocratica senza partiti restano troppo spesso e ampiamente negletti.

5. LA DISCIPLINA NELL'ESERCIZIO DELLE FUNZIONI PUBBLICHE (ANCHE) COME *TÉCHNE*

Rilievo in materia sembra debba riconoscersi anche a un'altra prescrizione costituzionale che però, questa volta, non si riferisce direttamente ai partiti, ma espressamente investe coloro a cui sono affidati pubblici uffici, nel senso più lato. E tra questi anche i titolari degli organi politici, quelli costituzionali compresi⁵¹. L'art. 54, co. 2, nello statuire quale corollario del principio di fedeltà alla Repubblica il dovere di assolvere alle funzioni pubbliche «con disciplina e onore», pare infatti sottendere l'essenzialità di talune caratteristiche per i “governanti”. Giacché esso si risolverebbe in un mero richiamo retorico qualora non presupponesse (e dunque non implicasse) il dovere di non attribuire responsabilità pubbliche che soverchino le competenze e le esperienze acquisite o, quantomeno, acquisibili in un tempo ragionevole. Viceversa l'indispensabile incontro dei doveri d'ufficio con la *téchne* e i saperi necessari per svolgerli adeguatamente risulterebbe assai improbabile⁵².

Il termine “disciplina”, per avere un grado significativo di rilevanza giuridica, va infatti assunto in un senso ampio e arioso, atto a comprendere regolarità, ma anche perizia, competenza, apprendimento continuo⁵³; insomma tutte le qualità necessarie ad adempiere pienamente alle funzioni pubbliche affidate. E il dovere di operare “disciplinatamente” investe egualmente coloro che svolgono qualsiasi funzione pubblica, anche quelle classicamente

Rescigno, di cui, recentemente, *Responsabilità politica e responsabilità giuridica*, in *Riv. it. sc. giur.*, 3-2012, 347 ss., spec. 351.

⁵¹ G.M. Salerno, *Art. 54*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (cur.), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, Utet, 1075 ss., in part. 1083.

⁵² G. Sirianni, *Le qualità dei governanti nella Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 1-2012, 169 ss.

⁵³ Così G. Sirianni, *Le qualità*, cit., 205.

definite come libere nel fine, come ad esempio la funzione legislativa, e in generale quelle in cui più ampi sono gli spazi di determinazione discrezionale⁵⁴.

La richiamata previsione costituzionale, però, si riverbera in compiti per i partiti politici⁵⁵. Infatti a questi implicitamente richiede *ex ante* di designare persone idonee, magari avendole essi stessi preparate nel tempo; *in itinere* di contribuire a raggiungere e mantenere (aggiornate) le necessarie competenze nel quadro della propria visione politica; *ex post* di valutare l'operato di coloro che hanno designato: se, cioè, questi hanno in effetti saputo dimostrare quella disciplina richiesta dalla Carta, insieme, però, alla permanente adesione attiva alla linea di partito⁵⁶.

In conclusione, nella trama dei principi e dei valori del sistema, traspare l'intento di conciliare il più possibile i meccanismi del consenso e della partecipazione con la *téchne*, la capacità, la competenza: qualità che nella Costituzione chiaramente emergono come "richiesti" a coloro che sono chiamati a esercitare le pubbliche funzioni. Ma si tratta di una linea di mero orientamento, inidonea ad articolarsi, *ex se*, in prescrizioni puntuali, in veri e propri requisiti giuridici di accesso alle cariche politiche. Ed eventuali interventi normativi, anche auto-organizzativi, d'attuazione e svolgimento di tale orientamento dovrebbe far i conti, ovviamente, con l'indefettibile esigenza di garantire il pluralismo politico. Capacità e competenze, dunque, non possono costituire che *uno* dei criteri da porre a base delle designazioni partitiche. Non il solo⁵⁷.

Al dovuto approccio sistematico, la Costituzione in definitiva rivela che la valorizzazione delle capacità, necessarie allo svolgimento dei ruoli politici, e pertanto della tecnica politica – frutto di faticoso apprendimento, anche continuo – è elemento essenziale di costruzione di una democrazia effettiva. Necessario, in quanto incide essenzialmente sull'*output*, ma non

⁵⁴ Del resto, affidare funzioni pubbliche ad un inesperto, ad un dilettante, o addirittura ad uno sprovvisto non comporterebbe certamente conseguenze positive. In questa prospettiva, la norma sembra collegarsi anche all'art. 51 Cost. e se ne potrebbe estrarre un generale principio meritocratico, da integrare con altri principi di legittimazione democratica, destinato a trovare il suo svolgimento più deciso in tutti i casi in cui la Costituzione prescrive il concorso pubblico (art. 98), ma egualmente sussistente, anche se in forme diverse, nel caso in cui l'accesso agli uffici deve avvenire tramite elezione o per nomina. In questi termini ancora G. Sirianni, *Le qualità dei governanti nella Costituzione*, cit., 204. Per una indagine più ampia sul principio del merito nella Costituzione sia consentito il rinvio a M. Salerno, *Contributo allo studio del principio costituzionale del merito*, Giappichelli, Torino, 2020.

⁵⁵ ... in una sorta di articolazione di maggior dettaglio del compito emergente dalla lettura sistemica dell'art. 49 Cost.; v. *supra* § 4.

⁵⁶ A tal proposito v. *supra* nt. 48.

⁵⁷ Così, di recente, E. Catelani, *La selezione per merito nelle istituzioni: iniziamo a parlarne*, in B. Pezzini, A. Lorenzetti (cur.), *70 anni dopo tra eguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, Torino, Giappichelli, 2019, 73 e 78, ove, nel riferirsi a ruoli che potrebbero dirsi ad alta sensibilità politica, si qualifica la competenza tecnica come prerequisito, condizione necessaria ma non sufficiente.

sufficiente, perché non può certo assorbire il fondamentale aspetto dell'*input*: della scelta (più o meno direttamente) popolare dei rappresentanti nella democrazia pluralistica.

Il tema del merito *in* politica resta però una delle sfide costituzionali sostanzialmente ancora da aprire, giacché, al di là dei proclami, la classe politica sembra tuttora lontana dall'averla raccolta. Eppure nella realtà sempre più complessa delle comunità contemporanee il suo rilievo è certamente primario e nondimeno assai crescente.