

# REVISTA

# MPC • PR

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO PARANÁ

**CENTRO  
DE ESTUDOS**  
**MPC • PR**



**JULHO | DEZEMBRO 2021**

**NÚMERO 15 | VOLUME VIII**

**ISSN 2359-0955**



REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

# MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

---

Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná/ Ministério Público de Contas do Estado do Paraná. - n. 15, (2021) - \_ Curitiba: Ministério Público de Contas do Paraná, 2022.

Semestral

Resumo em português e inglês

Disponível em <http://www.mpc.pr.gov.br/index.php/revista-mpc-pr/>

1. Administração pública – Paraná – Periódicos. 2. Finanças públicas – Paraná – Periódicos. 3. Controle externo - Paraná – Periódicos. 4. Paraná – Ministério Público de Contas do Estado do – Periódicos. I. Ministério Público de Contas.

CDU 336.126.55(816.5)(05)

Opiniões e conceitos emitidos nos artigos, bem como a exatidão, adequação e procedência das citações bibliográficas, são de exclusiva responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, o posicionamento do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná.

### Conselho Editorial

VALÉRIA BORBA	Presidente
FLÁVIO DE AZAMBUJA BERTI	Membro
MICHAEL RICHARD REINER	Membro
KÁTIA REGINA PUCHASKI	Membro
ANGELA CASSIA COSTALDELLO	Membro
ÉLIDA GRAZIAN PINTO	Membro
FABRÍCIO MACEDO MOTTA	Membro
HELENO TAVEIRA TORRES	Membro
INGO WOLFGANG SARLET	Membro
JUAREZ FREITAS	Membro
MARCO ANTONIO CARVALHO TEIXEIRA	Membro
MARCOS ANTÔNIO RIOS DA NÓBREGA	Membro
MARIA PAULA DALLARI BUCCI	Membro
RODRIGO LUÍS KANAYAMA	Membro
VANICE LIRIO DO VALLE	Membro

**Editor-Chefe:** SAULO LINDORFER PIVETTA

**Projeto Gráfico:** NÚCLEO DE IMAGEM DO TCE/PR

**Diagramação:** NÚCLEO DE IMAGEM DO TCE/PR

**Capa:** NÚCLEO DE IMAGEM DO TCE/PR

**Ministério Público de Contas do Estado do Paraná – Secretaria do Conselho Editorial**

Praça Nossa Senhora da Salete, s/n – Centro Cívico – Curitiba – PR

Contato – [revista@mpc.pr.gov.br](mailto:revista@mpc.pr.gov.br) – Tel (41) 3350-1909



# sumário

<b>Apresentação .....</b>	<b>8</b>
<b>Artigos Científicos.....</b>	<b>12</b>
<b>O LEGISLADOR E O INTÉRPRETE: A REALIZAÇÃO JUSTA DO DIREITO E O ESPAÇO DA MORAL NO DISCURSO POLÍTICO-JURÍDICO .....</b>	<b>12</b>
Tiago Neu Jardim	
<b>O CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL.....</b>	<b>25</b>
Fernanda Pereira Costa	
<b>DIREITOS HUMANOS: OS DESAFIOS DA LUTA CONTRA O RACISMO NO BRASIL .....</b>	<b>39</b>
Claudemir Fonseca Junior	
<b>DESIGUALDADES E PSEUDOPREOCUPAÇÃO COM O DIREITO À EDUCAÇÃO NA PANDEMIA DE COVID-19 NO BRASIL .....</b>	<b>53</b>
Lucas Porto Foppa	
<b>CAPITALISMO DE COMPADRIO E OPERAÇÃO LAVA JATO.....</b>	<b>76</b>
Renato Maia de Faria	
<b>AS POLÍTICAS PÚBLICAS TRIBUTÁRIAS COMO EFICIENTE INSTRUMENTO DE JUSTIÇA SOCIAL .....</b>	<b>97</b>
Joana D’Arc Dias Martins	
<b>ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL: A CELEBRAÇÃO NA FASE RECURSAL DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....</b>	<b>123</b>
Felipe Pereira Maroubo	
<b>ENFRENTAMENTO ÀS FRAUDES NO SISTEMA DE COTAS RACIAIS DAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS BRASILEIRAS.....</b>	<b>148</b>
Gabriel de Souza Silva	
<b>O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE E A CARTA DA REPÚBLICA DE 1988: ELEMENTOS PARA DISCUSSÃO DA ADEQUAÇÃO NA SEARA ECONÔMICA.....</b>	<b>170</b>
Gabriel Vieira de Souza; Michael Almeida di Giacomo	
<b>A POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DE ATOS ADMINISTRATIVOS EIVADOS DE INCONSISTÊNCIA LÓGICO-ARGUMENTATIVA .....</b>	<b>183</b>
Caio Neno Silva Cavalcante	
<b>O IMPACTO DO TEMA Nº 942 DE REPERCUSSÃO GERAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL: HÁ LIMITAÇÃO PARA A CONCESSÃO E REVISÃO DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS? .....</b>	<b>204</b>
Letícia Maria Gonçalves Santos; Marcus Vinícius Passos Rosa; Suelen Isabel Estevam da Silva	
<b>Orientações para Envio de Artigos .....</b>	<b>230</b>



# apresentação

A edição de número 15 consolida a nova política editorial da Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná. Desde a edição de número 13, todos os artigos publicados serão previamente submetidos à dupla revisão cega por pares (*double blind peer review*). A aprovação por dois pareceristas independentes, portanto, é requisito essencial para habilitar o texto à publicação.

Trata-se de medida que visa fortalecer o perfil científico e a abrangência nacional do periódico, de modo a alinhar sua política editorial à das principais revistas jurídicas do país. Com isso, o Conselho Editorial pretende disponibilizar à comunidade acadêmica artigos qualificados sobre o direito público, especialmente sobre o controle externo da administração pública.

Esta edição conta com 11 artigos, elaborados por autores de diversos Estados do país. São eles: 1) O legislador e o intérprete: a realização justa do direito e o espaço da moral no discurso político-jurídico, de Tiago Neu Jardim; 2) O controle externo da administração pública no Brasil, de Fernanda Pereira Costa; 3) Direitos humanos: os desafios da luta contra o racismo no Brasil, de Claudemir Fonseca Junior; 4) Desigualdades e pseudopreocupação com o direito à educação na pandemia de COVID-19 no Brasil, Lucas Porto Foppa; 5) Capitalismo de compadrio e operação lava jato, de Renato Maia de Faria; 6) As políticas públicas tributárias como eficiente instrumento de justiça social, de Joana D'Arc Dias Martins; 7) Acordo de não persecução cível: a celebração na fase recursal da ação de improbidade administrativa, de Felipe Pereira Maroubo; 8) Enfrentamento às fraudes no sistema de cotas raciais das universidades públicas brasileiras, de Gabriel de Souza Silva; 9) O princípio da subsidiariedade e a carta da república de 1988: elementos para discussão da adequação na seara econômica, de Gabriel Vieira de Souza e Michael Almeida di Giacomo; 10) A possibilidade de controle judicial de atos administrativos eivados de inconsistência lógico-argumentativa, de Caio Neno Silva Cavalcante; 11) O impacto do tema nº 942 de repercussão geral do supremo tribunal federal nos regimes próprios de previdência social: há limitação para a concessão e revisão dos benefícios previdenciários?, de Leticia Maria Gonçalves Santos, Marcus Vinícius Passos Rosa e Suelen Isabel Estevam da Silva.

**Valéria Borba**

Procuradora-Geral do MPC-PR

**Saulo Lindorfer Pivetta**

Editor-Chefe da Revista do MPC-PR

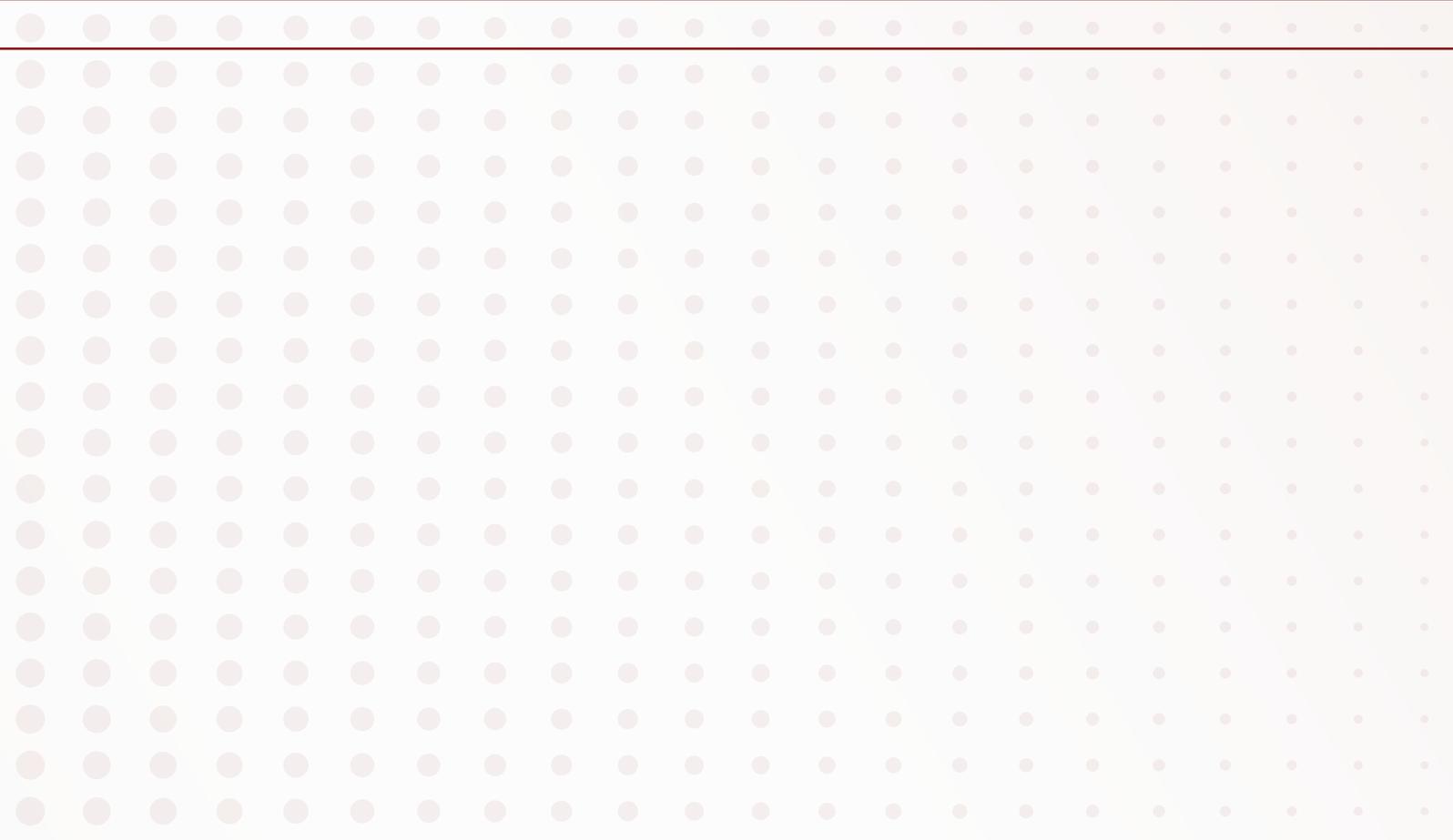






.....

# artigos científicos



# artigos científicos

***THE LEGISLATOR AND THE INTERPRETER: THE FAIR REALIZATION OF LAW AND MORAL SPACE IN THE POLITICAL AND LEGAL DISCOURSE***

**O LEGISLADOR E O INTÉRPRETE: A REALIZAÇÃO JUSTA DO DIREITO E O ESPAÇO DA MORAL NO DISCURSO POLÍTICO-JURÍDICO**

**Tiago Neu Jardim<sup>1</sup>**  
trj\_economia@yahoo.com.br

Recebido/Received: 13.05.2021/ May 13th, 2021.  
Aprovado/Approved: 08.06.2021/ June 8th, 2021.

## **RESUMO**

A atual crise de efetividade do direito tem demonstrado que não é possível pretender a sua realização justa sem o comprometimento moral resultante de um procedimentalismo democrático pautado na intersubjetividade dos discursos de fundamentação e aplicação. O presente artigo buscará trazer evidências de que a abertura de um espaço destinado à moral na relação entre o legislador e o intérprete é imprescindível para resgatar a legitimidade do direito, demonstrando que, tanto as teorias da justiça como subproduto da política quanto àquelas levadas a efeito pelo constitucionalismo contemporâneo não deram conta de solucionar os problemas pertinentes à sua validade, o que acabou resultando na volatilização da sua força normativa. No embate entre a política e o direito, as possibilidades de consolidação de uma legitimação democrática têm cada vez mais se afastado do mundo da vida materializado em uma consciência moral coletiva. A partir daí, uma tentativa de diálogo entre diferentes perspectivas como as de Klaus Günther e Jürgen Habermas torna-se cada vez mais relevante e necessária na busca de uma concepção que melhor se coadune com as possibilidades de superação dessa crise, principalmente por meio da interpenetração de juízos axiológicos que devem permear o discurso político-jurídico como forma de produção e reprodução da justiça a partir do direito.

**Palavras-chave:** Moral, justiça, razão, discurso, política, direito.

<sup>1</sup> Mestre em Direito, com distinção, pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Especialista em Finanças pela Universidade Franciscana - UFN. Graduado em Direito e em Ciências Econômicas pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM. Procurador do Município de Horizontina/RS (ingresso por concurso público em 2011), exercendo a função de Procurador-Geral desde 2014. Professor dos cursos de graduação e de pós-graduação em Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis - FEMA e do curso de graduação em Ciências Econômicas da Faculdade Horizontina - FAHOR. Membro do Colégio de Professores da Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst. Membro da Comissão Temática de Direito Constitucional da Associação Nacional dos Procuradores Municipais - ANPM. Delegado da Escola Superior da Advocacia na Subseção Santa Rosa (2019-2021). Pesquisador em temas relacionados ao Direito e à Economia. Autor do Livro "A Dimensão Normativa da Argumentação: contribuições da Análise Econômica do Direito e elementos para uma Teoria da Decisão" (Lumen Juris, 2017).

**ABSTRACT**

*The current crisis has demonstrated the effectiveness of the law that you can not want your fair conduct without moral commitment resulting from a democratic proceduralism intersubjectivity grounded in the discourses of justification and application. This article will seek to bring evidence that the opening of a space for the moral in the relationship between the legislature and the interpreter is essential to rescue the legitimacy of law, demonstrating that both theories of justice as a byproduct of politics and the effect of those waves by contemporary constitutionalism not realized solve problems relevant to their validity, which eventually resulted in the volatilization of its normative force. In the clash between politics and the law, the scope of consolidation of democratic legitimacy have increasingly withdrawn from the world of life embodied in a collective conscience. Thereafter, an attempt at dialogue between different perspectives as Klaus Günther and Jürgen Habermas becomes increasingly relevant and necessary in finding a design that best matches the possibilities of overcoming this crisis, mainly through the interpenetration of axiological judgments that must permeate the political and legal discourse as a form of production and reproduction of justice from the law.*

**Keywords:** Moral, justice, reason, discourse, politics, law.

**SUMÁRIO**

1. INTRODUÇÃO; 2. LEGITIMAÇÃO E VALIDADE: O DIREITO COMO PROCESSO DE UM DISCURSO POLÍTICO-JURÍDICO; 3. O LEGISLADOR E O INTÉRPRETE: IMPLICAÇÕES DO CONFLITO ENTRE A POLÍTICA E O DIREITO; 4. EM BUSCA DE UMA TEORIA ADEQUADA A UMA REALIZAÇÃO JUSTA DO DIREITO; 5. CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

**1. INTRODUÇÃO**

O discurso político-jurídico pode ser traduzido na relação dialética que tem se estabelecido entre legislador e intérprete no interior do processo democrático. Os papéis da fundamentação e da aplicação na realização do direito e o espaço da moral que permeia a razão prática e a consciência coletiva foi amplamente debatido por autores como Klaus Günther e Jürgen Habermas, embora de maneira bastante distinta no que diz respeito às formas de mediação. Enquanto Günther considera ser imprescindível estabelecer uma distinção entre justificação e aplicação, Habermas defende que a prática comunicativa do cotidiano não pode ser preservada se houver uma cisão do mundo da vida.

A tensão entre facticidade e validade levada a efeito por Habermas se evidencia igualmente no conflito entre a política e o direito onde a moral vai sendo lentamente solapada dos discursos de fundamentação e de aplicação e o construtivismo moral Kantiano parece cada vez mais intangível ante a necessária universalização das consciências plurais dissonantes. Em vez de disputarem espaço pela realização do direito, legislador e intérprete deveriam assumir uma postura de cooperação, na qual os papéis por eles exercidos passariam a ser complementares e não antagônicos.

A argumentação assume um papel central na teoria habermasiana na medida em que é justamente através desse “agir comunicativo” que a validade do direito vai sendo construída, ao passo que a teoria contratualista, reforçada pelo paradigma positivista, impõe a necessária substituição dos juízos morais e valorativos do homem pela aceitação pura e simples da Lei. Nas teorias que compreendem a justiça como subproduto da política, hipótese defendida principalmente por John Rawls e Otfried Höffe, a moral é concebida como fonte de legitimidade do direito, perspectiva diferente daquela abordada pelos autores das teorias da argumentação como Klaus Günther, segundo o qual os critérios de natureza axiológica ou valorativa, mostram-se necessárias para a validade das normas coercitivas.

O objetivo desta breve perquirição é, portanto, propor um ensaio para uma nova epistemologia da relação havida entre política e direito ou entre legislação e aplicação, na qual a moral possa dispor de um espaço adequado para a sua realização. Trata-se de uma tentativa de conciliação entre as teorias de Klaus Günther e Jürgen Habermas, substituindo os tradicionais discursos de fundamentação e aplicação, aparentemente irreconciliáveis, pelo discurso político-jurídico, forjado no interior do procedimentalismo democrático, onde a justiça encontra seu horizonte de possibilidades não apenas na política como propunha John Rawls e Höffe, tampouco, apenas no direito, como postula as teorias do constitucionalismo contemporâneo materializadas na perspectiva positivista, mas a partir de uma razão prática em que as consciências morais coletivas possam vir à tona e ser evidenciada na intersubjetividade como legitimação das normas e de validade do direito enquanto processo de produção e reprodução da justiça.

Dessa forma, o que se pretende é proporcionar uma realização justa do direito decorrente da unificação dos discursos de fundamentação e aplicação. Com efeito, não é possível obter uma adequada concepção de justiça sem antes compreender a intrincada e complexa relação entre política e direito na qual a moral possa permear a racionalidade concebida no interior do processo democrático, na forma de um discurso político-jurídico.

## 2. **LEGITIMAÇÃO E VALIDADE: O DIREITO COMO PROCESSO DE UM DISCURSO POLÍTICO-JURÍDICO**

O direito enfrenta hoje uma crise de validade, em parte decorrente de uma frágil representatividade política cujo processo se consubstancia na própria legitimação do direito. Enquanto a legitimidade corresponde à elaboração política das normas, estruturadas pelo discurso de fundamentação (justificação), a validade representa o grau de observância da norma produzida. De acordo com Habermas (2003, p.50),

A validade social de normas do direito é determinada pelo grau em que consegue se impor, ou seja, pela sua possível aceitação fática no círculo dos membros do direito. Ao contrário da validade convencional dos usos e costumes, o direito normatizado não se apoia sobre a facticidade de

formas de vida consuetudinárias e tradicionais, e sim sobre a facticidade artificial da ameaça de sanções definidas conforme o direito e que podem ser impostas pelo tribunal. Ao passo que a legitimidade de regras se mede pela resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa; e o que conta, em última instância, é o fato de que elas poderiam ter sido justificadas sob pontos de vista pragmáticos, éticos e morais. A legitimidade de uma regra independe do fato de ela conseguir impor-se.

A passagem, embora nem de longe represente a magnitude da teoria desenvolvida pelo autor na obra “Direito e Democracia”, é bastante elucidativa e reveladora. Nela, Habermas faz uma clara distinção entre a validade que, segundo ele, é determinada pelo grau de imposição da norma produzida independentemente de qualquer substrato moral e a legitimidade, adjudicada pela realidade fática e desvinculada do seu caráter deontológico. A legitimidade seria, portanto, mensurada pela sua natureza axiológica.

Em outra obra, Habermas (2013, p.32) questiona a cisão entre justificação e aplicação, dizendo o seguinte:

Essas grandiosas unilateralizações, que constituem a rubrica da modernidade, não carecem de fundamentação e justificação; mas geral problemas da mediação. Como é que a razão dividida em seus elementos pode conservar sua unidade no domínio cultural e como é que as culturas de especialistas, retraídas para altaneiras formas esotéricas, podem preservar o contato com a prática comunicativa do cotidiano?

Defendendo o ponto de vista da justiça política, Höffe atribui o papel de legitimação do direito ao discurso de justificação. À tarefa de legitimação, Höffe atribui o nome de “mandato para o exercício da coerção”, dando a entender que esse papel competiria, portanto, à política e não ao intérprete aplicador da norma.

Ao contrário, bem diferente é quando a cooperação se articula com a coerção aberta ou oculta. Pois a coerção limita a liberdade de ação, o que para os envolvidos é prejudicial e, portanto, carente de legitimação; é por isso que a tarefa da legitimação se denomina mandato para exercício da coerção. (2006, p.52)

Bem se vê que o autor vincula a prática da liberdade à legitimação, chamando a atenção para o fato de que onde houver coerção, não pode haver cooperação e, logo, a legitimação do direito não poderia ser espontânea ou autônoma. Mais a frente, Höffe aborda a questão da justificação, defendendo que a justiça poderia ser realizada pela simples aplicação da norma, eis que o seu processo de elaboração já contemplaria juízos pré-morais, não se fazendo necessária a verificação pelo intérprete aplicador.

A justificação correspondente pode ser entendida em duas direções. Segundo uma compreensão mais fraca, o ponto de vista moral é possível em face do mandato para o exercício da coerção; segundo uma compreensão mais forte ele é necessário. Se a justiça é apenas uma perspectiva possível e se a questão da legitimação em face do mandato para o exercício da coerção pode ser respondida com razões pré-morais, se poderia renunciar então, à busca de razões morais. (2006, p. 54).

A conclusão a que se chega é que o espaço reservado à moral na teoria de Höffe está na política e no discurso de justificação. Com esse pressuposto, aparentemente, evita-se cair na abstração da universalização moral da norma, na qual Günther acaba incorrendo, ao atribuir o papel de verificação moral ao discurso de aplicação. Interessante observar, ainda, que, na teoria de Günther, a justificação serviria para integrar a validade do direito e não sua legitimidade.

Contrariamente, a teoria defendida por Klaus Günther, revelada já na Introdução à Edição Brasileira da sua obra, escrita por Luiz Moreira (MOREIRA apud GÜNTHER. 2011, p.1), pode ser assim resumida:

Progressivamente, parte o trabalho da demonstração de que não é possível, mas válida, a distinção, para as normas morais, entre fundamentação e aplicação. (...) No entanto, ressalte-se que tal recurso é formulado tendo em vista a universalidade das normas morais. Cabe às normas morais a tarefa de justificação das ordenações de condutas. (...) No caso específico das normas morais, a normatividade é deduzida de sua universalidade. Eis a pergunta primeira elaborada por Klaus Günther: como gerar a prescrição de condutas no seio de uma normatividade moral? A resposta seria: por meio da distinção entre justificação (moralidade) e aplicação (juridicidade).

Vê-se, portanto, que Habermas e Günther adotam posturas diferentes quanto à forma pela qual o direito se legitima. Para Günther, a moral se realiza por meio da generalização e da aceitabilidade, cabendo à política a tarefa de fundamentar, havendo, portanto, uma dependência normativa do direito em relação à moral. Já para Habermas, a consciência moral vai sendo erigida no interior do procedimentalismo democrático, a partir de um agir comunicativo em que os dissensos vão sendo assimilados no interior do processo.

Fato comum entre Günther e Habermas, entretanto, é que ambos abordam a questão da consciência moral, divergindo apenas quanto às formas de mediação. Aparentemente, ambos estão interessados em procurar responder ao problema da moral na argumentação, seja ela discursiva ou comunicativa. O que se pretende aqui é justamente buscar um ponto de contato entre eles que permita construir uma teoria na qual os discursos possam ser unificados e o direito passe a ser visto não como produto pronto e acabado na lei, mas como um processo.

Para Habermas (2012, p.138, Vol. 1), “todo ato de entendimento pode ser concebido como parte de um procedimento cooperativo de interpretação, voltado a alcançar definições situacionais intersubjetivamente reconhecidas”. De acordo com ele, todo o trabalho interpretativo é concebido na esfera do mundo da vida, através de um processo de reprodução das tradições culturais. A leitura que Habermas faz da teoria Gadameriana (2012, p.251, Vol. 1), é a de que “o interprete pode fazer uso da estrutura interna racional do agir orientado pelo entendimento”, somente podendo “esclarecer o significado de uma exteriorização simbólica enquanto participante virtual no processo de entendimento entre os imediatamente envolvidos”.

A efetividade do direito como pacificador de conflitos sociais e como pretensão promotor de cooperação entre consciências dissonantes encontra limites não apenas no pluralismo decorrente das diferentes historicidades, tradições e formas de vida como também nas individualidades criadas pela razão econômica. Como seria possível então conceber a equidade sem antes promover a internalização consciente no interior do procedimentalismo democrático? Não há como ignorar o fato de que o ideal burguês forjou não apenas o curso da própria história (Hegel) como as formas de promoção da equidade, racionalizando a justiça para uma perspectiva eminentemente liberal o que, por certo, contribuiu para o afastamento da moral enquanto mediadora na intrincada relação entre política e direito.

Naturalmente, a moral, como promotora de uma realização justa do direito, tem a sua sede primariamente na formação da vontade do legislador e na comunicação política da esfera pública. “Na prática comunicativa do cotidiano, as interpretações cognitivas, as expectativas morais, as expressões e valorações têm de qualquer modo que se interpenetrar” (Habermas, 2013, p.33). Daí resulta que a moral pode ser apreendida objetivamente, mas deve ser concebida como processo na intersubjetividade discursiva entre fundamentação e aplicação em uma relação de reciprocidade. A validade da lei depende da sua justa aplicação. Essa perspectiva, portanto, exige a inversão da relação de universalidade imperativo-categorial proposta por Kant. Em vez de buscar uma moral universalmente válida para interpretar e aplicar a lei parte-se de uma norma que passa a ser aceita natural e espontaneamente pelos indivíduos superando-se a heteronomia através da liberdade conquistada pela emancipação da razão prática.

As possibilidades de estabelecer-se um diálogo entre aquele que produz a norma (processo político) e aquele que a interpreta e aplica<sup>2</sup> (processo de adequação) já pressupõem a existência de uma estrutura comunicativa. Contrariando essa perspectiva, Rawls (2008, p.4) defende o papel das instituições ao dizer o seguinte:

A justiça é a virtude primeira das instituições sociais, assim como a verdade o é dos sistemas de pensamento. Por mais elegante e econômica que seja, deve-se rejeitar ou retificar a teoria que não seja verdadeira; da mesma maneira que as leis e as instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformuladas ou abolidas, se forem injustas.

O autor concebe a justiça, não como um processo, mas como um conceito concreto, consubstanciado nas instituições, apartada, portanto, da razão pública. No mesmo erro incorre Montesquieu, ao perquirir acerca de qual seria o espírito das leis quando a questão a ser posta deveria ser sob que substrato social está assentado o espírito do povo, já que é a partir dessa ontologia que as normas, afinal, são erigidas. Para Rawls (2011, p.523)

A ideia de razão pública explicita no nível mais profundo os valores morais e políticos que devem determinar a relação de um governo

2 De acordo com a teoria concebida pela Hermenêutica Filosófica levada a efeito principalmente por Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer interpretação e aplicação resultam de um único processo.

democrático constitucional com seus cidadãos e a relação destes entre si. Aqueles que rejeitam a democracia constitucional com seu critério de reciprocidade rejeitarão naturalmente a própria ideia de razão pública.

Nessa mesma esteira é o pressuposto da escola positivista, segundo a qual as regras simplesmente são, não competindo um critério axiológico de validade. Kant afirma que a razão é constituída ao mesmo tempo por uma dimensão teórica e cognitiva voltada ao raciocínio lógico cuja busca da compreensão prática, determinaria o seu objeto mediante a ação e a vontade livres. É possível incorporar a ideia de uma moral Kantiana através de uma razão prática, como aliás procedeu Klaus Günther na tentativa de conciliar a moral à aplicação do direito, de forma apartada da política e do constructo democrático.

Nesse sentido, Günther diferencia-se de outros filósofos do direito no que diz respeito ao papel da moral na teoria da argumentação, mas acaba incorrendo no mesmo equívoco ao apartá-la do direito, apesar de admitir a importância da razão prática nesse processo. Logo no prefácio da obra que é resultado de sua tese de doutoramento, ele (2011, p.VII) afirma o seguinte:

Os argumentos seguintes deverão confirmar a suspeita de que, em casos de conflito moral e jurídico, teremos maiores problemas em avaliar adequadamente a situação, à qual se poderiam aplicar diferentes regras e princípios. (...) Nesse sentido, a tese deste livro é a de que não é possível abdicar da razão prática.

Günther, embora não negligencie o chamado mundo da vida, acaba relegando a moral apenas aos aspectos fáticos e situacionais, cuja evidência repousa no fato de que para ele, assim como para Dworkin e tantos outros ainda caudatários do paradigma positivista, uma regra legitimamente imposta pode eventualmente entrar em conflito com preceitos morais. Com efeito, a concepção defendida nesse artigo é a de que a moral não pode ser separada das regras impostas, já que se encontra inserida no discurso político-jurídico resultante do próprio processo democrático em curso.

### **3. O LEGISLADOR E O INTÉRPRETE: IMPLICAÇÕES DO CONFLITO ENTRE A POLÍTICA E O DIREITO**

O tema referente ao conflito entre Política e Direito envolve, invariavelmente, a discussão das diferentes concepções em torno da Constituição, mormente a do processo de constitucionalização do direito e de uma releitura da teoria das fontes. A chamada posição original admitida por John Rawls e que, por assim dizer, se confunde com o próprio mundo da vida, admite que os indivíduos desconheceriam o seu lugar na sociedade, de modo que as instituições democráticas seriam construídas sobre essa base legítima da qual resultaria a validade do direito.

A dificuldade da questão reside na concepção amoral do direito, imposta pela prática positivista para a qual toda a validade do direito seria extraída de uma norma

fundamental, ou seja, da Constituição. Esse ponto de vista permitiu aos positivistas, apartarem as regras do dever-ser de uma moral coletiva, de modo que o sistema de regras não mais padeceria de questionamentos, já que a nenhum indivíduo seria dado o direito de subvertê-la sob a alegação de que a mesma seria injusta. Aparentemente, Kelsen ao propor a purificação da ciência jurídica, procura afastar-se do problema do suporte moral que inevitavelmente estaria vinculado às regras erigidas pelo processo político.

A análise dessas duas diferentes percepções em torno da Constituição impõe a questão de saber sob qual ponto de vista ela deve ser encarada para que dela se extraia a máxima efetividade, pois, afinal de contas, o problema se resume em descobrir como proporcionar uma realização justa do direito. Para Luhmann (2002, p.481),

La comprensión que se logró para vincular política y derecho se resumió y se superó finalmente em el esquema "Estado de Derecho. (...) Como Estado de Derecho, el Estado era simultáneamente una institución jurídica y una instancia de responsabilidad política que miraba por el derecho: por La imposición y el subsiguiente desarrollo jurídico; por La adaptación a las cambiantes circunstancias sociales y a los fines políticos realizables.

Luhmann aparentemente procura unificar pacificamente política e direito através de um novo paradigma de Estado, por meio da imposição decorrente da força coercitiva da lei e as circunstâncias sociais para as quais a política dever ser realizada. Importante destacar que o autor parece negligenciar a existência de uma ruptura funcionalista entre as esferas que compõem o processo democrático, de forma a não deixar espaço para a moral ou para as possibilidades de uma realização justa do direito.

A crise de efetividade, que de certo modo também é do Estado, é resultado da submissão da lei à política. Para Bucci (2006, p.37), "o risco dessa interpenetração entre direito e política é a descaracterização da lei, em sua peculiaridade, pela lógica das políticas, com valores de programas para a realização de direitos". Bucci, assim como outros autores, concebe o direito não como resultante de um processo, mas como algo pronto e acabado. A realização justa do direito somente pode ser levada a efeito através de um procedimentalismo democrático onde a moral encontre espaço tanto no discurso de justificação (política) quanto no de aplicação (adequação feita pelo intérprete). De acordo com Habermas (2014, p.284),

Na filosofia política de Kant há duas versões claramente distinguíveis. A versão oficial serve-se da construção de uma ordem cosmopolita produzida unicamente pela coerção da natureza, sob cujo pressuposto a doutrina do direito pode então deduzir as ações políticas na forma de ações morais: em um estado jurídico de todo modo existente (ou seja, aquelas condições externas nas quais realmente pode ser atribuído um direito ao ser humano), a política moral não significa nada mais do que ação jurídica por dever sob leis positivas. (...)

Nesse primeiro ponto, Habermas, valendo-se da teoria kantiana, deduz que a moral é realizável através da política coercitivamente imposta por meio de uma ação jurídica. Essa versão, por si só, já pressupõem que a justiça não pode ser concretizada apenas através da política como defendem Rawls e Höffe e, tampouco, através de normas deontológicas, mas por meio de uma fusão discursiva ocorrida no interior do processo democrático. Com efeito, o direito não pode ser objetificado, materializado ou consubstanciado apenas na lei. Nesse sentido, Klaus Günther (2011, p.XI):

Com a autonomia da política, o conceito de prudência, no contexto aristotélico, desprende-se do campo semântico que ainda abrangia. Com a autonomia da política, o conceito de prudência tornou-se uma categoria do campo de atuação da política, desprovida, inicialmente, de juridicidade e, posteriormente, de moralidade. Justamente por não ser mais possível solucionar conflitos morais de atuação por meio da integração em um modo de vida comum e por nos depararmos crescentemente com conflitos entre membros de modos distintos de viver, foi inevitável abstrair a qualidade moral de uma norma do respectivo modo de vida, no qual ou para o qual pudesse ser aplicada.

A dificuldade de obter um grau universalista de abstração, por certo herdado de Kant, levou o autor a abstrair qualquer tentativa de verificação moral de uma norma. Em que pese o reconhecimento dessa dificuldade, não é menos verdade que Günther procura empreender formas de contemplar as ações morais por meio da aplicação, ainda que seja através da racionalização de um dado problema, adaptando as complexas e pluralistas estruturas sociais a contingências pré-concebidas pela razão do julgador.

O direito não pode ser descrito e tampouco caracterizado como algo estático, mas como produto de um processo em constante transformação em que a justiça ocorra como seu substrato. Continuando, Habermas (2014, p.284/85) trazendo a lume a segunda versão abordada pela filosofia da história, conclui exatamente isso:

A outra versão da Filosofia da história, a não oficial, parte de que a política deve primeiramente insistir no estabelecimento de um estado jurídico. (...) A política não pode ser compreendida exclusivamente como uma ação moral, como uma ação conforme ao dever segundo as leis positivas existentes: a positivação delas, como o objetivo próprio de seu agir, precisa levar muito mais em consideração uma vontade coletiva unificada na finalidade universal de um público, a saber, seu bem-estar. (...) Mas, agora, a esfera pública deve mediar a política e a moral em um sentido específico. Nela deve realizar-se uma unificação inteligível dos fins empíricos de todos, a legalidade deve resultar da moralidade.

Para o autor, a mediação entre a política e a moral deve se estabelecer no nível de uma estrutura pública onde ocorrerá a unificação entre os juízos axiológicos e o caráter deontológico da norma. A força coercitiva que ele atribui o nome de legalidade, mas que em verdade poder ser traduzida como validade, resulta da moral, erigida no seio da razão prática.

#### 4. EM BUSCA DE UMA TEORIA ADEQUADA A UMA REALIZAÇÃO JUSTA DO DIREITO

As possibilidades de uma realização justa do direito ocorrem substituindo-se os discursos de fundamentação (justificação) o qual, segundo Günther seria responsável pela validade do direito e o de aplicação, responsável pelos juízos de adequação imparcial entre a situação e a norma, pela singularidade discursiva consubstanciada na estrutura político-jurídica.

A justiça pode ser concretizada somente se a heteronomia entre lei e sujeito for superada, vale dizer, se a própria norma passar a ser incorporada no âmago da vontade. Para tal, deve haver uma horizontalização entre a lei e a consciência. Uma lei é válida quando se confunde com a moral coletiva. Não uma moral universal, tal como pretendido pelo imperativo categórico Kantiano, mas a moral no sentido do espírito do próprio povo, seu mundo da vida, sua historicidade.

Sob essa ótica materialista, levada a efeito principalmente por Marx em sua concepção da história, percebe-se que o direito, por ser produto do próprio Estado, de fato legitima diretamente não apenas a desigualdade das consciências tornando a razão prática cada vez mais pluralista, mas indiretamente o processo de produção e reprodução das normas, as quais deveriam servir de fundamentação, conferindo validade ao próprio direito. O conflito cada vez mais evidente travado com a política limita as possibilidades de verificação moral de uma norma, pois se o discurso de aplicação afastou do intérprete essa difícil, mas necessária tarefa, a quem competiria fazer esse confronto?

Na percepção Kelseana, a análise do dever-ser não permite juízos de valor e tampouco questionamentos quanto ao seu cumprimento. Daí presume-se que uma transgressão da norma, embora passível de sanção, não pode ser rotulada como injusta, embora possa abrir espaço para a fragilização das regras que tornam possível manter-se a estrutura e a coesão do corpo social e político. O individualismo engendrado pelo liberalismo econômico e pelo idealismo burguês fez com que a moral coletiva se diluísse em um número infindável de consciências, tornando impossível a existência de um governo representativo que possa contemplar os pluralismos advindos de tamanha diversidade econômica, social, política, cultural e religiosa. A universalização da moral, tal como pretendido por Kant em seu construtivismo pautado em um imperativo categórico, passa cada vez mais a fazer parte do imaginário percuciente da política, em cujo cenário as racionalidades são contingenciadas.

Mas, afinal, como se deu essa mudança de visão onde o intérprete do texto legal passa a ter maior espaço de atuação, pautado nos princípios que passam a despontar como a “condição de possibilidade” para a concretização dos valores sociais e democráticos até então esquecidos? O advento do Estado Democrático de Direito representou, acima de tudo, a vitória de Themis sobre Leviatã. O processo

histórico que se erigiu sobre as ruínas do antigo regime culminou com a consolidação dos valores democráticos e com a fortificação dos ideais republicanos. A Constituição de 1988 representou, assim, um marco ao romper com os princípios positivistas que, ao apartar o direito das demais ciências e ao romper com qualquer análise crítica, acabou barrando a evolução da própria ciência jurídica.

A judicialização da política tem como um dos objetivos principais garantir a plena realização das normas constitucionais e a efetivação dos direitos fundamentais quando os poderes públicos responsáveis pela efetivação das garantias se quedem inertes. Nesse processo de constitucionalização do direito, o intérprete transformou-se em partícipe da sociedade e defensor dos valores democráticos porque a prestação jurisdicional não é uma atividade exclusivamente jurídica, já que provoca transformações políticas, econômicas e sociais.

Esse processo acabou desconstruindo, assim, o modelo de hermenêutica baseada na interpretação meramente formal da norma e transformou o intérprete no mais importante guardião do direito. Da mesma forma, o princípio da separação de poderes ganhou uma nova roupagem, na qual, o Poder Judiciário amplia sua participação no processo de concretização do Estado Democrático, haja vista que a ele compete viabilizar a promoção da legitimidade do próprio Estado através da efetividade normativa da Constituição.

Já a proposta Rawlsiana de justiça pressupõe uma posição original, como se fosse possível negligenciar as diferenças históricas legadas pela tradição. Tais dissonâncias só podem ser corrigidas à luz do discurso político-jurídico, resultante da fusão entre fundamentação e aplicação. Daí porque a superação da crise de legitimidade/validade/efetividade pela qual passa o direito não pode ser superada pela sobreposição de um sobre o outro, mas pela unificação das suas racionalidades.

## 5. CONCLUSÃO

As modernas teorias do direito, mormente aquelas que se utilizam da filosofia como instrumento, tem-se limitado principalmente a questionar as formas de aplicação das normas, procurando encontrar novas formas de adequação por meio de teorias discursivo-argumentativas. Nessa linha são as concepções de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Castanheira Neves e, dentre os autores brasileiros, Lênio Streck. Em linhas gerais, eles propõem ou a modificação da hermenêutica tradicional ou então a utilização de métodos principiológicos para a solução de casos, procurando a melhor resposta para um dado problema.

Para essa corrente, portanto, a superação do obstáculo da efetividade que proporcionaria maior concretude ao direito seria uma readequação interpretativa, sem entretanto levar em consideração alternativas para a inserção da moral entre os papéis desempenhados pelo legislador e o intérprete. É que a superação do método interpretativo e a crítica ao positivismo normativista colocaram em seu bojo

a racionalização das decisões judiciais tal como o paradigma positivista solapou as possibilidades de atuação da moral.

Perdeu-se a imperatividade e a densidade semântica da lei, fato epidêmico que se estende à própria realização do direito. Tem-se, assim, que a hermenêutica filosófica, ao romper com o método positivista, acabou abrindo espaço para o problema dos decisionismos, segundo o qual cada juiz decide conforme a sua consciência. Não menos restritas são as teorias propostas por Rawls e Höffe, nas quais a política ganha um papel de relevo na promoção da justiça e onde a moral acaba ficando adstrita ao discurso de fundamentação. Isso, de certa forma, suprime o problema da universalidade com a qual Günther se depara ao incorporar o imperativo categórico kantiano a sua teoria da argumentação, mas não se mostra suficiente para a solução do problema apresentado.

Como visto, as possibilidades de superação da crise de validade do direito cujo processo se consubstancia na própria legitimação encontram sua solução na conformação das racionalidades político-jurídicas. A manifestação dos juízos axiológicos e valorativos passa a ganhar novos contornos na medida em que o procedimentalismo democrático proporciona uma cooperação reflexiva entre política e direito de tal forma que ambos sejam fonte simultânea de validade e legitimidade num contínuo processo de produção e reprodução da justiça.

O discurso de justificação passou a ser amplamente utilizado, passando o direito a ser construído de baixo para cima, ou seja, do fato para a norma, daí porque dizer que a constituição não mais constitui e que o direito não mais disciplina. Com efeito, a ideia da superação do método pela verdade proposta por Gadamer, possibilitou a abertura e o desvelamento do sentido da constituição, superando a tradição metafísica na qual o sujeito primeiro compreende, depois interpreta, para, finalmente, aplicar o direito. Contudo, é preciso reconhecer que o texto já está carregado de sentido pelo próprio modo prático que acompanha a construção do ser enquanto legislador. Esse fenômeno vai ser descrito por Gadamer como uma fusão de horizontes na qual o intérprete complementaria, com a sua visão de mundo, o sentido do texto.

Com efeito, as perspectivas edificadas pela nova hermenêutica colocam o julgador como sujeito inserido no próprio mundo da vida, daí porque ele, por si só, teria autoridade para dizer o direito, o qual não se confunde com as questões morais adstritas a uma razão prática. A forma encontrada pelos autores adeptos dessa alternativa como forma de superação da crise utilizam-se dos princípios para resolver os casos difíceis e, por vezes, deparam-se com conflitos entre uma aplicação coercitiva da norma e as particularidades dos fatos trazidos a lume.

A realização justa do direito depende, portanto do resgate de um espaço adequado da moral, a qual não se manifesta apenas na forma de justiça como subproduto da política, nem como resultado de um ato consciente de interpretação

e aplicação. Aparentemente, a teoria mais adequada para proporcionar a superação da crise de efetividade do direito é aquela que reconcilia as concepções de Günther e Habermas, já que o primeiro falha no excessivo rigor formal ao não admitir a fusão entre os discursos de fundamentação e aplicação, mas concebe adequadamente o papel da política no processo de justificação. A dificuldade de obter um grau universalista de abstração, por certo herdado de Kant, levou o autor a abstrair qualquer tentativa de verificação moral de uma norma. Em que pese o reconhecimento dessa dificuldade, não é menos verdade que Günther procura empreender formas de contemplar as ações morais por meio da aplicação.

Entretanto, Habermas não incorre no mesmo equívoco, uma vez que compreende corretamente que o mundo da vida não pode ser cindido, mas falha ao fazer a distinção entre a validade que, segundo ele, é determinada pelo grau de imposição da norma produzida independentemente de qualquer substrato moral e a legitimidade, adjudicada pela realidade fática e desvinculada do seu caráter deontológico.

O direito não pode ser compreendido apenas como um conjunto de regras. É antes um processo que se autolegitima e que reproduz a justiça somente através de uma consciência moral coletiva, não universalizável como pressupunha Kant, mas realizável por meio da intersubjetividade entre os discursos de fundamentação e aplicação.

## REFERÊNCIAS

- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico**. Org. São Paulo: Saraiva, 2006.
- GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral – Justificação e Aplicação**. Tradução de Cláudio Molz. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 2ªed.
- HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Rio de Janeiro. **Tempo Brasileiro, 2013**.
- \_\_\_\_\_. **Teoria do Agir Comunicativo: sobre a crítica da razão funcionalista**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012.
- \_\_\_\_\_. **Teoria do Agir Comunicativo: racionalidade da ação e racionalidade social**. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012.
- \_\_\_\_\_. **Mudança Estrutural da Esfera Pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa**. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2014. 1ªed.
- \_\_\_\_\_. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Vol. I. 2ªed.
- HÖFFE, Otfried. **Justiça política**. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005. 3ªed.
- LUHMANN, Niklas. **El Derecho de La Sociedad**. México: Universidade Iberoamericana, 2002.
- RALWS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 3ªed.
- \_\_\_\_\_. **Liberalismo Político**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

## THE EXTERNAL CONTROL OF THE PUBLIC ADMINISTRATION IN BRAZIL O CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

artigos  
científicos

Fernanda Pereira Costa<sup>1</sup>  
fepecosta2009@hotmail.com

Recebido/Received: 14.05.2021/ May 14th, 2021.  
Aprovado/Approved: 28.07.2021/ July 28th, 2021.

### RESUMO

Este artigo tem como objetivo descrever a forma como é realizado o controle externo dos atos administrativos, tendo como base a efetivação de mecanismos que visam garantir a plena eficácia das ações de gestão governamental com base na gestão dos interesses da sociedade. Pretende-se demonstrar como se tem verificado o crescimento dos sistemas de controle a partir do avanço da democracia e do desenvolvimento do Estado de Direito, levando à melhoria nas relações entre os entes públicos e privados, e entre o Estado e os cidadãos.

**Palavras-chave:** Direito administrativo. Controle externo. Tribunais de Contas.

### ABSTRACT

*This article aims to describe the way in which external control of administrative acts is carried out, based on the implementation of mechanisms that aim to ensure the full effectiveness of government management actions based on the management of society's interests. It is intended to demonstrate how the growth of control systems has been verified since the advance of democracy and the development of the rule of law, leading to an improvement in relations between public and private entities, and between the state and citizens.*

**Keywords:** Administrative law. External control. Courts of Accounts.

### SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO; 2. O CONTROLE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA; 2.1. GENERALIDADES; 2.2. CONTROLE INTERNO E EXTERNO; 3. O CONTROLE EXTERNO NO BRASIL; 3.1. ORIGEM; 3.2. ANTECEDENTES; 3.3. O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988; 4. CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo descrever a forma como é realizado o controle externo dos atos administrativos no Brasil, demonstrando seus principais

<sup>1</sup> Mestranda em Proteção e efetivação em Direitos Fundamentais – Linha de Pesquisa na área de concentração do Processo Coletivo, pela Fundação Universidade de Itaúna/MG; Graduada em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva; Pós graduada em Direito Imobiliário pela Estácio de Sá; Oficiala Substituta do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Luz/MG.

aspectos, tais como descrição do órgão responsável, composição, competência e função, dentre outros temas relevantes.

Antes de adentrar no tema específico deste artigo, faz-se necessário discorrer sobre a forma como se dá o controle da administração pública nos dias atuais, demonstrando a importância do tema no controle dos gastos públicos.

Assim, a diferenciação entre o controle interno e externo se faz relevante, pois insere os órgãos controladores que aqui serão tratados dentro do contexto atual da Administração Pública. Outro tema a ser aqui tratado é com relação aos modelos de controle externo existentes, a fim de situar a realidade do Brasil em cada um deles.

Um dos objetivos desse artigo será a análise das mudanças institucionais referentes ao tema em questão e que foram introduzidas nos novos modelos constitucionais.

O Tribunal de Contas da União – TCU adquiriu uma nova conformação e novas competências a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, deferindo a este órgão autonomia administrativa e financeira, e conferindo aos seus membros as prerrogativas e garantias dos membros do Poder Judiciário, tornando-o, assim, um órgão totalmente independente em relação a qualquer dos Poderes do Estado. A partir da promulgação dessa Constituição, o TCU viu o seu papel no contexto nacional ser bastante reforçado, passando a ter competência na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

Partindo de uma nova concepção de controle da Administração Pública na atualidade, tem-se que os órgãos de controle externo podem contribuir de forma decisiva na proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, pois o estreitamento das relações dos órgãos de controle e a sociedade tendem a incrementar a fiscalização dos gastos públicos, aumentando a efetividade das políticas sociais, bem como dos próprios serviços que são prestados pelo Estado, contribuindo para o fortalecimento da cidadania e, porque não dizer, do próprio regime democrático.

Nessa esteira de entendimento, tem-se que os órgãos de controle externo existentes nos países democráticos, vêm alcançando, cada vez mais, uma importância na defesa de direitos fundamentais assentes nas diversas Constituições, na medida em que exercem, por exemplo, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do governo, bem como das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, eficácia e economicidade.

É de fundamental importância ressaltar que o controle da gestão, bem como da aplicação dos recursos financeiros que são auferidos pelo Estado, seja realizado de forma autônoma e independente, a fim de que esses recursos sejam convertidos em

benefício da própria população deste Estado, coibindo, assim, que haja desperdício ou que tais recursos sejam, de alguma forma, desviados.

Importante asseverar que as constantes alterações no comportamento da sociedade, aliada aos grandes avanços na seara da informação, gera atualmente uma maior expectativa por parte desta mesma sociedade no tocante às soluções a serem buscadas quando constatada qualquer irregularidade na utilização dos recursos públicos, por agente do governo ou até mesmo de terceiros, e o clamor da população pede que os Governos atuem de forma célere, objetiva e eficaz.

## 2. O CONTROLE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

### 2.1. GENERALIDADES

Antes que se adentre no tema específico deste artigo, faz-se necessário introduzir um breve estudo acerca do tema “controle externo”, trazendo importantes conceitos que facilitarão a compreensão de como essa função é hoje tratada no Brasil.

Primeiramente, faz-se mister ressaltar que a função “controle” está intrinsecamente interligada com o poder e, por consequência, com a administração pública. O seu objeto pode ser definido como o vetor do processo decisório na busca do redirecionamento das ações programadas (MEDAUAR, 1993, p.14), e na lição de Fernandes, os instrumentos dessa função seriam “a revisão dos atos, a anulação, a admoestação e a punição dos agentes, sempre visando a reorientação do que está em curso, para obter o aperfeiçoamento” (FERNANDES, 2003, pp.32-33). Todo o processo do controle tem uma finalidade precípua, qual seja, a de garantir que os administradores públicos atuem em consonância com princípios basilares da Administração Pública, tais como: legalidade, moralidade, impessoalidade, eficiência, dentre outros.

Assim, pode-se definir controle na administração pública como sendo a faculdade que um determinado ente estatal tem de fiscalizar os seus próprios atos de gestão ou de outro ente, podendo se apresentar com sentido negativo ou positivo. Por sentido negativo entende-se o controle como sendo sinônimo de fiscalização, ou seja, quando a ação incide sobre pessoas. Por sentido positivo entende-se o controle capaz de realizar as atividades de gestão conforme o prévio planejamento, com vistas ao alcance dos objetivos.

O controle dos atos realizados em nome da Administração Pública faz-se imprescindível porque há interesse público na análise da eficiência dos serviços postos à disposição da população. Por isso, a Administração Pública deve atuar sempre com legitimidade, de acordo com a finalidade e o interesse coletivo na sua realização.

Nesse ensejo, referindo-se ao conceito de controle da Administração Pública, vale trazer a lume as lúcidas palavras de Carvalho Filho (2007), *verbis*: “Controle da Administração Pública é o conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de poder”.

## 2.2. CONTROLE INTERNO E EXTERNO

No capítulo anterior descreveu-se, de forma genérica, conceitos acerca da função controle e, em especial, no controle da Administração Pública. De posse dessas informações, faz-se mister apresentar a classificação do controle com relação ao posicionamento do órgão controlador dentro da Administração Pública. Por essa classificação tem-se que o controle pode ser interno e externo.

O controle interno é aquele realizado em cada setor da administração, decorrente da sua própria autonomia administrativa e financeira, ou seja, decorre do seu próprio poder de autotutela, permitindo à Administração Pública rever os seus próprios atos caso ilegais, inoportunos ou inconvenientes, sempre com fulcro nos princípios da legalidade, supremacia do interesse público, eficiência e economicidade.

O controle interno, também, conhecido como autocontrole, controle intra-orgânico ou controle administrativo, é uma modalidade de controle exercido pela própria Administração, tendo como objetivo a verificação da oportunidade e do mérito do ato administrativo.

Uma das funções do controle interno é verificar se as metas anteriormente fixadas na lei orçamentária alcançaram os resultados almejados, estimulando a ação dos órgãos públicos na verificação da eficácia das medidas adotadas na solução dos problemas constatados.

No caso do controle externo tem-se que é aquele exercido por um Poder ou um órgão estranho à Administração Pública, como por exemplo, o controle exercido pelo Poder Legislativo, que faz o controle político, e pelo Tribunal de Contas, responsável pelo controle financeiro. Esse foi o modelo adotado pelos legisladores para o controle externo no Brasil.

O controle externo pode ser definido como um conjunto de ações de controle desenvolvidas por uma estrutura organizacional, contendo procedimentos, atividades e recursos próprios, alheios à estrutura controlada, e que visa à fiscalização, verificação e correção dos atos.

Nas lúcidas palavras de Guerra (2005), pode-se extrair a seguinte definição:

O controle externo é aquele desempenhado por órgão apartado do outro controlado, tendo por finalidade a efetivação de mecanismos, visando garantir a plena eficácia das ações de gestão governamental, porquanto a Administração Pública deve ser fiscalizada, na gestão dos interesses

da sociedade, por órgão de fora de suas partes, impondo atuação em consonância com os princípios determinados pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, legitimidade, economicidade, moralidade, publicidade, motivação, impessoalidade, entre outro.

Insta frisar que não há qualquer hierarquia entre o controle interno e o externo. O que ocorre, na verdade, é a complementação de um sistema pelo outro. E nessa esteira de entendimento, conclui-se que o controle interno tem como principal função apoiar o controle externo, orientando as autoridades públicas no sentido de evitar o erro, efetivando um controle preventivo, colhendo subsídios mediante o controle concomitante a fim de determinar o aperfeiçoamento das ações futuras, revendo os atos já praticados, corrigindo-os antes mesmo da atuação do controle externo (MEDAUAR, 1993, p.14).

Em vista de todo o exposto, tem-se que o sistema de controle da Administração Pública é de fundamental importância para qualquer organização e deve ser entendido de forma ampla, não podendo estar limitado apenas quanto aos aspectos financeiros e administrativos, mas sim, deve ser compreendido como um conjunto de ações e métodos que devem ser implementados dentro de um determinado ente administrativo, gerando nele uma verdadeira cultura de diafaneidade, permitindo, assim, que se faça comparações entre os resultados previstos e os efetivamente realizados, sempre tendo em vista o seu fim precípuo: o interesse público.

### **3. O CONTROLE EXTERNO NO BRASIL**

#### **3.1. ORIGEM**

Durante o período colonial, que durou do século XVI ao XIX o controle das contas públicas no Brasil era exercido por Portugal de forma bastante precária.

Apenas em meados do século XVIII é que foram criadas as Juntas das Fazendas das Capitanias e a Junta do Rio de Janeiro, ambas, como se disse anteriormente, jurisdicionadas a Portugal.

Essa situação começou a ser alterada com a chegada da família real portuguesa em 1808 ao Brasil, que, impelida pelo avanço das tropas francesas liderada por Napoleão Bonaparte, foi forçada a abandonar Lisboa já que as tropas portuguesas não conseguiriam impor resistência às tropas francesas.

Logo após a sua chegada ao Brasil, o príncipe regente D. João VI expediu em 28 de junho de 1808 um alvará real por meio do qual se criava o Erário Régio e o Conselho da Fazenda. O primeiro ficou encarregado da guarda dos tesouros reais e ao outro coube a responsabilidade pelo controle dos gastos públicos.

Importa observar que já havia em Portugal um Erário Régio que tinha sido criado por meio da carta de Lei de 22 de dezembro de 1761, durante o reinado de D. José

I, e que representava o regime de absoluta centralização, pois ali todas as rendas da coroa davam entrada e todas as saídas para o pagamento das despesas dele proviam. Essa entidade, com sede em Lisboa, foi presidida durante 1761 e 1777 pelo Inspetor Geral do Tesouro, Sebastião José de Carvalho Melo, que ficou conhecido posteriormente como Marquês de Pombal.

Após a proclamação da independência do Brasil em relação à Portugal ocorrida em 1822, é que o Erário Régio criado por D. João VI foi transformado no órgão conhecido por Tesouro Nacional. Essa transformação se deu por meio da Constituição Imperial de 1824 (art. 170). A partir desse marco, começou-se a se defender a criação de um mecanismo de controle dos gastos públicos, com o intuito de que fosse verificada a correta execução do orçamento. Essa tese encontrou diversos opositores que viam nela uma barreira ao exercício dos poderes do monarca. Para se ter uma ideia dos argumentos de um desses opositores à época, colaciona-se a seguir trecho das palavras do Visconde de Baependi (LOPES, 1947, p.214), *verbis*:

(...) se o Tribunal da revisão de contas, que se pretende estabelecer, se convertesse em tribunal de fiscalização das despesas públicas antes de serem feitas em todas e quaisquer repartições, poder-se-ia colher dele proveito; mas sendo unicamente destinado ao exame das contas e documentos, exame que se faz no Tesouro, para nada servirá, salvo novidade do sistema e aumento da despesa com os nele empregados.

A presença de diversos opositores à ideia de criação de um Tribunal de Contas no Brasil Imperial, não ofuscou a exposição de ideias dos defensores da sua criação. Alguns desses defensores foram os senadores Felisberto Caldeira Brandt, conhecido como Visconde de Barbacena, e José Inácio Borges, que, em 1826, apresentaram um projeto de lei nesse sentido.

Outras tentativas de criação de um tribunal de contas no Brasil Imperial foram postas em práticas, embora todas elas tivessem sido rejeitadas. Uma dessas tentativas se deu em 1838, por meio de uma proposta do Marquês de Abrantes, que, à época, ocupava o cargo de Ministro da Fazenda. A proposta era baseada na criação de um tribunal de contas com função judicante.

Outra tentativa que resultou frustrada ocorreu em 1845, já no segundo reinado, por meio da proposta do então Ministro do Império, Manoel Alves Branco.

Somente na fase Republicana, por meio de iniciativa incisiva do então Ministro da Fazenda Rui Barbosa, é que foi criado o Tribunal de Contas da União, a partir do Decreto nº 966/A, assinado em 7 de novembro de 1890.

### 3.2. ANTECEDENTES

Com o início do período republicano no Brasil, se deu a promulgação da primeira Constituição Republicana em 1891, tendo sido iniciada a sua elaboração no início de 1890. Essa constituição, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, vigorou durante toda a

fase da Primeira República, tendo sido fortemente inspirada na Constituição dos Estados Unidos da América e apresentava como principal característica a forte centralização dos poderes, embora tivesse sido dada grande autonomia aos Estados-membros.

Apesar dessa primeira constituição republicana ter sido promulgada em 1891, a instalação do Tribunal de Contas se deu apenas no ano de 1893, a partir do empenho de Serzedello Corrêa, então Ministro da Fazenda do Governo de Floriano Peixoto. Uma das características marcantes desse primeiro Tribunal de Contas no Brasil foi que o mesmo era vinculado ao Poder Executivo (RAMOS, 1996), e não ao Poder Legislativo, como é o caso atual.

O sistema adotado para esse Tribunal de Contas foi o sistema belga, que previa que esse órgão seria responsável pela fiscalização de todas as receitas e despesas, mas sem prejuízo de analisar todos os demais atos que pudessem originar despesas ou mesmo que interessassem às finanças da República, incluindo todos os responsáveis, independentemente de qual ministério estivesse vinculado, “com a outorga de quitação, com a possibilidade, ainda, de ordenar o pagamento do que fosse devido, isso acaso verificasse desvios de finalidade” (GOMES JÚNIOR, 2003, pp.4-5). Por esse sistema, uma vez impugnada a despesa, o Ministro que fosse o ordenador de despesa responsável pelo ato impugnado poderia recorrer ao Presidente da República, que daria a última palavra, e, caso seu entendimento fosse contrário ao do Tribunal de Contas, esse seria obrigado a proceder o registro, mesmo que sob protesto.

O Tribunal de Contas foi alçado ao mesmo patamar do Tribunal de Justiça por meio da legislação infraconstitucional, e as decisões dele emanadas que fossem de caráter definitivo teriam força de sentença. Apenas em 1917 os seus membros passaram a ser denominados de Ministros. Na Constituição de 1891, a previsão da existência do Tribunal de Contas restou inserta no art. 89, *verbis*: “É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas de receita e despesa e verificar sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso”.

Importante frisar que as disposições contidas na Constituição de 1891 representou um avanço significativo no que se refere ao controle dos gastos públicos, na medida em que instituiu um órgão auxiliar para atuar com a finalidade precípua de fiscalização desses gastos. De acordo com Oliveira Araújo, “apenas com o advento da República, o Estado Brasileiro veio a incorporar, na sua estrutura, um Tribunal responsável pela verificação e pelo julgamento das contas dos responsáveis pelos bens e dinheiros públicos do país” (ARAÚJO, 2002, p.40).

Apenas com o advento da Constituição de 1934 é que o Tribunal de Contas adquire uma delimitação mais precisa no tocante às suas atribuições. Essa constituição previa a nomeação dos seus membros pelo Presidente da República, sendo aprovados previamente pelo Senado. Era considerado um órgão de cooperação, onde lhe competia acompanhar a execução orçamentária, julgar as contas dos gestores responsáveis por dinheiros e bens públicos, além do registro dos contratos e de atos

de que resultasse obrigações de pagamento para o Tesouro Nacional ou por conta dele. As modalidades de controle previstas nesta constituição eram o prévio e a posteriori. Na Constituição de 1934, a previsão do Tribunal de Contas estava inserida no art. 99, conforme segue: “É mantido o Tribunal de Contas, que, diretamente, ou por delegações organizadas de acordo com a lei, acompanhará a execução orçamentária e julgará as contas dos responsáveis por dinheiros e bens públicos”.

A Carta de 1937, conhecida como Polaca, visto que baseada na Constituição autoritária da Polônia, foi outorgada pelo Presidente Getúlio Vargas, implantando, assim, a ditadura do Estado Novo. A principal característica dessa constituição era a enorme concentração de poderes nas mãos do chefe do Executivo, tendo um conteúdo bastante centralizador. Por esse motivo, pouca importância teve o Tribunal de Contas nessa época, tendo sido reservado a ele apenas um dispositivo na Constituição, dentro da parte destinada ao Poder Judiciário, embora dele não fizesse parte, conforme segue:

Art. 114. Para acompanhar, diretamente, ou por delegações organizadas de acordo com a lei, a execução orçamentária, julgar as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos e da legalidade dos contratos celebrados pela União, é instituído um Tribunal de Contas, cujos membros serão nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Conselho Federal. Aos Ministros do Tribunal de Contas são asseguradas as mesmas garantias que aos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Com o advento da Constituição de 1946 as competências do Tribunal de Contas foram ampliadas, permitindo a análise das contas das autarquias, bem como a verificação da legalidade dos contratos administrativos, das aposentadorias, reformas e pensões e de qualquer ato que resultasse obrigação de pagamento pelo Tesouro Nacional ou por conta deste. Com essa Constituição, o Tribunal de Contas restou inserto dentro do capítulo referente ao Poder Legislativo. A modalidade de controle que predominou nesse período foi a posteriori, porém, com relação à fiscalização dos contratos, esse controle poderia ser concomitante ou até mesmo prévio, caso fosse identificado a existência de algum tipo de encargo para o Tesouro Nacional. Na Constituição de 1946, a previsão do Tribunal de Contas estava inserida no art. 76, conforme segue:

Art. 76. O Tribunal de Contas tem sua sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional.

§1º Os Ministros do Tribunal de Contas serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, e terão os mesmos direitos, garantias, prerrogativas e vencimentos dos juizes do Tribunal Federal de Recursos.

§2º O Tribunal de Contas exercerá, no que lhe diz respeito, as atribuições constantes do art. 97 e terá quadro próprio para o seu pessoal.

A partir da Constituição de 1946, o Tribunal de Contas passou a ter uma conformação muito parecida com a atual, e isso se pode comprovar por meio de algumas opiniões de renomados juristas, como é o caso de Pontes de Miranda, que “defendia o entendimento de que o Tribunal de Contas, frente ao texto constitucional,

teria a função de julgar, sendo no plano material um órgão judiciário, e, no formal, auxiliar do Congresso Nacional” (MIRANDA, 1947, p.93), e de Themístocles Brandão Cavalcanti que afirmava que o Tribunal de Contas, nos termos da Constituição de 1946, seria um órgão de controle, sem dependência direta de nenhum dos poderes, “defendendo a atuação desse órgão como algo benéfico, ainda que naquela época não cumprisse integralmente as finalidades para as quais tinha sido criado” (RAMOS, 1996).

Com o advento da Constituição de 1946, restaurando o regime democrático no país, observa-se que o Poder Legislativo retomou seu papel na elaboração da proposta orçamentária, pois, durante o período do Estado Novo foi criado um Departamento Administrativo, cujos membros eram nomeados pelo Presidente da República, com atribuição de aprovar as propostas orçamentárias do executivo, bem como fiscalizar a sua execução.

Com a Constituição de 1967 foi mantida a disciplina referente ao Tribunal de Contas dentro do capítulo dedicado ao Poder Legislativo, o que reforçava a ideia que o mesmo seria um órgão auxiliar deste poder. Por meio dessa Constituição foi abolida a modalidade de controle prévio, passando a ser apenas a posteriori. Mas, de acordo com Semer (2000), com a instituição das inspeções e auditorias, o controle poderia ser anterior, concomitante ou posterior.

Com a Constituição de 1967 o papel atribuído ao Tribunal de Contas foi bastante reduzido, pois o país, àquela época, adentrava num período de autoritarismo, o que impedia a convivência pacífica com um órgão que fosse detentor de atribuições de fiscalização e controle das contas públicas. Durante esse período, novamente se pode perceber que a prerrogativa de apresentar leis ou emendas referentes ao orçamento que criassem ou aumentassem as despesas foram novamente retiradas da competência do Poder Legislativo. Mesmo com algumas restrições impostas pelo regime militar em vigor, o Tribunal de Contas continuou a exercer as suas funções.

### **3.3. O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Com o advento da Constituição de 1988 o Tribunal de Contas, incluindo aí o Tribunal de Contas da União e o dos Estados e Municípios, continuou a ser inserido, de forma orgânica, no Poder Legislativo, mas detendo autonomia constitucional, não sendo um órgão preposto a este Poder. Esse inclusive foi o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, conforme segue:

Não são, entretanto, as cortes de contas órgãos subordinados ou dependentes do Poder Legislativo, tendo em vista que dispõem de autonomia administrativa e financeira, nos termos do artigo 73, caput, da Constituição Federal, que lhes confere as atribuições previstas no seu artigo 96, relativas ao Poder Judiciário. (Adin nº 1.140-5, Relator Ministro Sidney Sanches )

Embora a Constituição Federal de 1988, em seu art. 71, mencione que o Controle Externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União (a nível federal), é importante asseverar que essa atuação não se traduz em subordinação, pois se assim for entendido, estar-se-á confundindo a função com a natureza do órgão.

Sabe-se que a função deste Tribunal é exercer o controle financeiro e orçamentário da Administração em auxílio ao poder responsável, em última instância, por essa fiscalização. Como já citado no parágrafo anterior, o Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário no Brasil, também se posicionou da seguinte forma: “O Tribunal de Contas não é preposto do Legislativo. A função que exerce recebe diretamente da Constituição Federal, que lhe define as atribuições”.

Na definição de Gualazzi (1992), os Tribunais de Contas, no Brasil, atuam como órgão administrativo parajudicial, funcionalmente autônomo, cuja função consiste em “exercer, de ofício, o controle externo, fático e jurídico, sobre a execução financeiro-orçamentária, em face dos três poderes do Estado, sem a definitividade jurisdicional”. Não se deve confundir a função com a natureza do órgão. A Constituição Federal de 1988 dispõe que o controle externo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União. Dessa forma, deve-se entender que a sua função, portanto, é a de exercer o controle financeiro e orçamentário da Administração Pública Federal, em auxílio ao poder que, em última instância, é responsável por essa fiscalização.

Outro ponto que merece destaque é que a própria Constituição Federal de 1988 assegura ao Tribunal de Contas as mesmas garantias de independência do Poder Judiciário. E, assim sendo, não é possível considerá-lo subordinado ao Poder Legislativo, ou mesmo inserido na sua estrutura. A despeito de ter como função atuar em auxílio ao Poder Legislativo, o Tribunal de Contas é um órgão independente e não me mostra vinculado à estrutura de quaisquer dos três poderes.

Dessa forma, pode-se dizer que os Tribunais de Contas são órgãos públicos constitucionais, detentores de autonomia administrativa e financeira, mantendo relação de colaboração com o Poder Legislativo no que concerne ao controle externo a cargo deste, sem, no entanto, haver qualquer relação de subalternidade (RODRIGUES SOUZA, 2004, p.560). Assim, os Tribunais de Contas no Brasil atuam tanto como colaborador do Poder Legislativo, como no exercício de suas competências próprias.

Por conta disso, os Tribunais de Contas passaram a ocupar uma posição de destaque na sociedade brasileira atual, na medida em que essas casas, tanto a nível federal, como estadual e municipal, passaram a proteger valores constitucionais fundamentais, independentemente da estrutura do Estado. Esse entendimento pode ser corroborado com as lúcidas palavras de Moreira Neto (2003), *verbis*:

Os órgãos de contas alcançaram indubitavelmente sua maturidade e máxima prestância, deixando de ser apenas órgãos do Estado para serem

também órgãos da sociedade no Estado, pois a ela servem não apenas indiretamente, no exercício de suas funções de controle externo, em auxílio da totalidade dos entes e órgãos conformadores do aparelho do Estado, como diretamente à sociedade, por sua acrescida e nobre função de canal do controle social, o que os situa como órgãos de vanguarda dos Estados policráticos e democráticos que adentram o século XXI.

Com o advento da Constituição de 1988, o controle exercido sobre a gestão pública passou a se operar não só sob o aspecto da legalidade, mas também com base nos princípios da legitimidade e economicidade, o que propiciou a instituição de um verdadeiro controle por resultados.

Nesse ponto, faz-se mister trazer à colação um trecho do Relatório do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello (STF, SS nº 1308-RJ, Relator: Ministro Celso de Mello, DJU de 19/10/1998):

A essencialidade dessa Instituição – surgida nos albores da República com o Decreto nº 966-A, de 7/11/1890, editado pelo Governo Provisório sob a inspiração de Rui Barbosa – foi uma vez mais acentuada com a inclusão, no rol dos princípios constitucionais sensíveis, da indeclinabilidade da prestação de contas da Administração Pública, Direta e Indireta (CF, art. 34, VII, 'd'). A atuação do Tribunal de Contas, por isso mesmo, assume importância fundamental no campo do controle externo. Como natural decorrência do fortalecimento de sua ação institucional, os Tribunais de Contas tornaram-se instrumentos de inquestionável relevância na defesa dos postulados essenciais que informam a própria organização da Administração Pública e o comportamento de seus agentes, com especial ênfase para os princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade e da legalidade. Nesse contexto, o regime de controle externo, institucionalizado pelo ordenamento constitucional, propicia, em função da própria competência fiscalizadora outorgada aos Tribunais de Contas, o exercício, por esses órgãos estatais, de todos os poderes – explícitos ou implícitos – que se revelem inerentes e necessários à plena consecução dos fins que lhes foram cometidos.

Outro ponto que merece ser destacado é com relação à natureza jurídica das decisões emanadas pelos Tribunais de Contas. Alguns autores pátrios entendem que a natureza jurídica dessas decisões seria judicante. E embasam essa idéia nos seguintes argumentos: as decisões podem ser de natureza judicante, mesmo que advindas de um órgão administrativo, tal como ocorre nos países que adotaram o sistema do contencioso administrativo. Nesses países, um órgão administrativo possui competência, em última instância, para dispor sobre determinado imbróglio envolvendo a Administração Pública, e, assim, afastando a possibilidade de recurso ao Poder Judiciário. Importante asseverar que essa teoria advém de parte minoritária da doutrina.

Embora seja respeitável a teoria defendida por parte minoritária da doutrina de que a natureza jurídica das decisões emanadas pelos Tribunais de Contas seria judicante, principalmente se levarmos em consideração que a própria Constituição Federal de 1988 estabeleceu, em seu inciso II do art. 71, como competência da Corte de Contas, julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiro,

bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público, é importante ressaltar que a parte majoritária da doutrina e da jurisprudência dos Tribunais Superiores entende que a natureza jurídica dessas decisões é administrativa, e não judicante.

E a força dessa teoria está inserida dentro da própria Constituição Federal de 1988, notadamente no seu artigo 5º, inciso XXXV, quando estabelece um sistema de jurisdição uma, também conhecido como monopólio da tutela jurisdicional pelo Poder Judiciário. Dessa forma, as decisões administrativas provenientes dos Tribunais de Contas estão sujeitas ao controle jurisdicional.

Importante asseverar que, embora as decisões administrativas provenientes dos Tribunais de Contas estejam sujeitas ao controle jurisdicional, como explicitado no parágrafo anterior, essas decisões tem natureza vinculatória em face da Administração Pública.

#### 4. CONCLUSÃO

O controle externo desempenhado pelo Tribunal de Contas da União tem como finalidade a efetivação de mecanismos que visem garantir a plena eficácia das ações de gestão governamental, pois se entende que a própria Administração Pública deve ser fiscalizada por órgãos alheios de suas partes, tendo como objetivo a gestão dos interesses da sociedade. Nesse diapasão, tem-se que os gestores públicos devem atuar sempre em consonância com os princípios que são impostos pelo ordenamento jurídico, tais como o da legalidade, legitimidade, economicidade, moralidade, publicidade, dentre outros.

Assim, tem-se que no Brasil o controle externo é função exercida atualmente por dois órgãos autônomos: o Poder Legislativo e o órgão de controle externo, com competências constitucionalmente definidas e distintas, e que compreende o controle e a fiscalização de toda a Administração Pública. O controle externo exercido pelo Poder Legislativo é o controle político, enquanto que o exercido pelos órgãos de controle é o técnico.

A tendência do controle externo atual é a utilização de modernas técnicas de fiscalização da utilização dos recursos públicos, o que possibilita alcançar melhores patamares de probidade na Administração Pública, reduzindo os abusos cometidos por gestores públicos inescrupulosos, por isso, os órgãos de controle têm optado pela realização de uma fiscalização mais abrangente, não se limitando apenas o controle de procedimentos, mas sim, com foco no desempenho e eficiência da gestão pública.

Sabe-se que o controle externo é indispensável ao pleno funcionamento da máquina administrativa. Por conta disso, deve-se buscar todas as formas de

transformar esse controle, que hoje pode-se dizer parcial, já que em muitos casos restringe-se aos aspectos formais de legalidade dos atos e regularidade da despesa, em um controle pleno e integral de toda a administração pública.

O crescimento que se verificou nos sistemas de controle no mundo atual deu-se a partir do avanço da democracia e do desenvolvimento do Estado de Direito, o que levou à melhoria nas relações entre os entes públicos e privados, e entre o Estado e os cidadãos. É desejável que se imponha ao poder constituído a submissão aos princípios constitucionais que regem toda a Administração Pública, pois esses princípios são a base do Estado Democrático de Direito, e serve como parâmetros à atividade de controle.

Faz-se necessário conhecer o funcionamento dos mecanismos de fiscalização a disposição dos cidadãos, a fim de que se possa, efetivamente, realizar e colocar em prática a fiscalização externa da administração pública e assim possamos construir um alicerce de um país democrático, respeitando a lei e o estado de direito a que todos estamos submetidos.

## REFERÊNCIAS

- BROWN**, Renato Jorge. **Controle Externo da Administração Pública Federal no Brasil: o TCU – uma análise jurídico-administrativa**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- CARVALHO FILHO**, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CASTRO**, Robinson Gonçalves. **Controle Externo**. 3ª ed. Brasília: Editora Vestcon, 1999.
- CHAVES**, Francisco Eduardo Carrilho. **Controle Externo da Gestão Pública**. 2. ed. São Paulo: Impetus, 2005.
- CITADINI**, Antônio Roque. **O Controle Externo da Administração Pública**. São Paulo: Max Limonad, 1995.
- CRETELLA JÚNIOR**, José. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense 2000.
- DI PIETRO**, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- DONADIO**, Anna Hilda de Almeida. **O Tribunal de Contas: Competência, Ação Fiscalizadora e Princípios Norteadores**. Dissertação apresentada para a obtenção do título de Mestre na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1993.
- FERNANDES**, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas no Brasil: jurisdição e competência**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- GOMES JÚNIOR**, Luiz Manoel. **Tribunais de Contas – Aspectos controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- GUALAZZI**, Eduardo Lobo Botelho. **Regime Jurídico dos Tribunais de Contas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- GUERRA**, Evandro Martins. **Os controles externo e interno da Administração Pública**. 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Forum, 2005.
- HOLANDA**, A.B. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986.
- LOPES**, Alfredo Cecílio. **Ensaio sobre o Tribunal de Contas**. São Paulo: s.ed., 1947.
- MEDAUAR**, Odete. **Controle da administração pública**. São Paulo: RT, 1993.
- MEIRELLES**, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

**MELLO**, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

**MIRANDA**, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Livraria Boffoni, 1947, vol. II.

**MOREIRA NETO**, Diogo de Figueiredo et al. **O Novo tribunal de Contas: Órgão Protetor dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

**MOREIRA NETO**, Diogo Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

**PACINI**, Mário. **Aspectos históricos do desenvolvimento e aperfeiçoamento do controle externo das finanças públicas**. Revista do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro, ano 7, n.12, nov. 1981.

**RAMOS**, Saulo. **A inserção dos Tribunais de Contas**. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, ano XIII, n.2, 1996.

**RODRIGUES SOUZA**, Patrícia Cardoso. **Controle da Administração Pública**. In: Carlos Pinto Coelho Motta. Curso Prático de Direito Administrativo. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

**ROSA**, Ruben. **Direito e Administração**. Rio de Janeiro, 1940.

**SEMER**, Maria Barreto Fernandes. **Competências Constitucionais do Tribunal de Contas**. Dissertação apresentada para a obtenção do título de Mestre na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, fev./2000.

**SOUZA**, Alfredo José et al. **O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais**. 3.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

**ZAIDMAN**, Luiz. **As funções das cortes de contas brasileiras à luz da teoria do controle jurídico**. Belém, 1973.

**ZYMLER**, Benjamin. **Direito administrativo e controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

**HUMAN RIGHTS: THE CHALLENGES OF THE FIGHT AGAINST RACISM IN BRAZIL****DIREITOS HUMANOS: OS DESAFIOS DA LUTA CONTRA O RACISMO NO BRASIL**artigos  
científicosClaudemir Fonseca Junior<sup>1</sup>  
claudemirfonsecajunior@gmail.comRecebido/Received: 13.07.2021/ July 13th, 2021.  
Aprovado/Approved: 15.12.2021/ December 15th, 2021.**RESUMO**

O presente artigo tem por objetivo fazer um breve estudo sobre a discriminação racial no Brasil. A discriminação agride de forma direta os direitos humanos e o princípio da dignidade da pessoa humana. A injúria racial é fator que impulsiona um país genuinamente racista, devendo ser veementemente combatida. A educação e o respeito ao próximo são fatores que regem um país civilizado. O método de pesquisa utilizado é o dedutivo e a pesquisa se desenvolve por meio de consultas aprofundadas a doutrinas nacionais e internacionais, leis e jurisprudência.

**Palavras-chave:** Discriminação racial. Direitos humanos. Dignidade da pessoa humana.

**ABSTRACT**

*This article aims to make a brief study on racial discrimination in Brazil. Discrimination directly attacks human rights and the principle of human dignity. Racial insult is a factor that drives a genuinely racist country and must be vehemently fought. Education and respect for others are factors that govern a civilized country. The research method used is deductive and the research is developed by through in-depth consultations with national and international doctrines, laws and jurisprudence.*

**Keywords:** Racial discrimination. Human rights. Dignity of human person.

**SUMÁRIO**

1. INTRODUÇÃO; 2. DIREITOS HUMANOS; 2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA NORMATIZAÇÃO FRENTE AO PRECONCEITO RACIAL; 3. CONCEITUALIZAÇÃO E DIFERENÇAS TÉCNICAS ENTRE RACISMO E INJÚRIA RACIAL; 3.1. INJÚRIA RACIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO; 4. IMPRESCRITIBILIDADE NO CRIME DE INJÚRIA RACIAL; 4.1. ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO; 4.2. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL; 5. EDUCAÇÃO E CONHECIMENTO COMO FERRAMENTAS DE COMBATE CONTRA A DISCRIMINAÇÃO RACIAL; 6. CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Universidade de Mogi das Cruzes/SP (UMC). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Escola Paulista de Direito (EPD/SP). Mestrando em Direito pela Escola Paulista de Direito (EPD/SP). Licenciado no Programa Especial para Docentes com Licenciatura Plena em História pela Iseed Faved Faculdades (MG). Atualmente é professor na Escola Nacional de Seguros (ENS/SP), na disciplina de Direito e Legislação de Seguros. Atua como professor na Escola de Educação Permanente Hospital das Clínicas do Estado de São Paulo – FMUSP (CeFACS - InCor Fundação Zerbini). Advogado militante com ampla vivência em departamentos jurídicos de empresas de grande porte, com atuação nas áreas: Contratuais, Preventiva, Societário, Licitações, Contencioso de Massa (gestão processual), Compliance, Auditoria, Processo de *duediligence* e Controles Internos.

## 1. INTRODUÇÃO

Inicialmente, destaca-se o fundamental papel dos escravos na desestabilização da escravidão no Brasil e a heroica resistência de muitos deles, realizando fugas em massa, organizando revoltas contra seus senhores (algumas das quais levaram à morte os senhores de escravos) e formando os quilombos (sobretudo nos arredores do Rio de Janeiro e de Santos). O trabalho escravo foi um traço marcante do Brasil Colonial, período no qual houve grande e maciça participação dos negros. Desde o começo da efetiva colonização dos portugueses até o fim da escravidão, os negros eram a principal e mais essencial mão-de-obra, e tornavam possíveis as atividades econômicas.

A quantidade de africanos que foram trazidos durante três séculos foi tão grande que a imagem do trabalhador escravo em nosso país associou-se com a cor de pele do africano, o que se manifesta como um sintoma evidente do racismo que estava por trás da instituição da escravidão no Brasil.

A escravidão em terras brasileiras foi cruel e desumana, e suas consequências, mesmo passados mais de 130 anos da abolição, ainda são perceptíveis em nossa sociedade. A pobreza, a violência e a discriminação que afetam os negros no Brasil são reflexo direto de um país que normalizou o preconceito contra esse grupo e o deixou à margem da sociedade.

Neste sentido, por tudo até aqui exposto, não há como não considerar a relevante importância dos negros na formação do Estado brasileiro, para todos os setores da economia, da cultura, da religião, das artes, da política e de tantos outros. O continente africano com sua grande diversidade cultural mostra-se intensamente ligado à cultura brasileira.

Ao longo dos 300 anos de existência do tráfico negreiro, cerca de 4,8 milhões de africanos foram trazidos para o Brasil, o que significa que nosso país foi o que mais recebeu africanos para serem escravizados em todo o continente americano (ALENCASTRO, 2018). Neste contexto, não se pode aceitar que, em pleno século XXI, ações de cunho preponderantemente racista continuem perpetuadas na sociedade atual, demonstrando uma mentalidade retrógrada e lesando de forma irracional os direitos fundamentais da pessoa humana.

As recentes expressões de racismo no Brasil fizeram com que a temática racial ganhasse os holofotes e passasse a fazer parte de vários espaços de discussão, seja nas redes sociais seja nos programas de rádio e televisão. O dado em comum na abordagem da temática é a tentativa de estabelecer comparativos entre o racismo nos Estados Unidos e o racismo no Brasil. Em todas as análises, a violência policial é destacada como expressão máxima do racismo. Afinal, as mortes de George Floyd e João Pedro se apresentaram como fatos inegáveis do racismo praticado.

Em linhas gerais, serão verificados ao longo do presente artigo quais os efeitos do racismo na sociedade brasileira, seus impactos nos direitos humanos e os

desdobramentos negativos que lesam diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana, portanto, atingindo a sociedade em geral.

A grande questão, no momento, é delimitar com clareza o que são realmente os direitos humanos, abordar a questão da intolerância racial como instrumento de propulsão do racismo, bem como avaliar as legislações que buscam diminuir ou erradicar a discriminação racial.

Por fim, serão desenvolvidos ao longo do artigo argumentos capazes de demonstrar que a educação é elemento capaz de atenuar o fenômeno do racismo, gerando uma sociedade mais equilibrada.

## 2. DIREITOS HUMANOS

Um dos primeiros desafios traçados é o de conceituar o que são direitos humanos, pois embora pareça uma tarefa simples, não é, na medida em que é comum ouvir que são aqueles direitos próprios da pessoa humana, dos quais nenhum ser humano pode ser privado, sob a pena de violação de sua honra, qualidade subjetiva por excelência.

A grandiosidade da definição do que são direitos humanos é personificada por intermédio de um dos documentos mais importantes da história da humanidade, documento este que lavra de forma objetiva e direta os direitos ínsitos a todos os seres humanos.

O documento ao qual se refere é a **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Hoje, a Declaração Universal é assinada pelos 192 países que compõem as Nações Unidas e serve como base para constituições e tratados internacionais. Desta forma, pode-se iniciar a definição do que são direitos humanos arrazoando que valores e normas são fatores fundamentais para que se possa viver em sociedade.

Isso porque para estabelecer relações, sejam elas políticas, econômicas ou sociais, é necessário seguir certos princípios e determinar regras que devem ser respeitadas. Os valores são as concepções e crenças ligadas à questão comportamental de uma sociedade, que são transmitidas e desenvolvidas por meio de um longo processo de socialização e interação até se tornarem características daquele grupo. Nesse sentido, podemos mencionar o caso da propriedade privada, que, baseada no valor da liberdade individual, foi instituída como um direito inerente a toda pessoa.

No que diz respeito às normas, estas podem ser definidas como as regras que uma sociedade deve seguir, ditando o que deve ou não deve ser feito em determinada circunstância. Um exemplo disso é a proibição de roubar aquilo que não lhe pertence.

Percebe-se que os valores estão interligados às normas, pois, por exemplo, o ato de roubar, além de ilegal, vai contra os valores instituídos socialmente. Ou seja, se valores e normas como os citados acima não existissem, as relações humanas se tornariam insustentáveis e a “lei do mais forte” voltaria a reger o ordenamento social. Ao longo da história, na medida em que se foi adquirindo consciência de tal realidade, a humanidade foi construindo e evoluindo suas normas de convivência e os valores que as sustentam, sendo que, neste momento, começam a nascer os direitos humanos. Nas palavras do professor Ricardo Castilho:

Há um traço de brutalidade na personalidade humana, herança de um instinto animal que a civilização ainda não foi capaz de eliminar. Consciente ou inconscientemente, homens de todos os povos seguem a cartilha da crueldade, seja para com os semelhantes, pilhando-os e até causando-lhes a morte, seja para com os que lhes parecem inferiores, escravizando-os e destruindo-lhes mais do que a vida, mas a própria cultura e identidade. Para combater isso é que existe a educação: para tirar do homem os resquícios de sua condição primitiva. Um dos fatores mais importantes dos últimos séculos, no sentido de refinar o comportamento do homem, em sociedade, foram os direitos humanos. (CASTILHO, 2019, p. 11)

Continua o professor Ricardo Castilho dizendo que:

A expressão direitos humanos representa o conjunto das atividades realizadas de maneira consciente, com o objetivo de assegurar ao homem a dignidade e evitar que passe por sofrimentos. Esta é a opinião de Carlos Santiago Niño, no livro *Ethics of Human Rights*. Para chegar a esta concepção contemporânea, no entanto, o homem precisou percorrer um longo caminho de lutas, até entre irmãos, quase sempre causadas pelo desejo do lucro ou do poder. Por isso mesmo é que se tornou uma convenção moderna considerar que somente em nações democráticas é possível existirem os direitos humanos, porque um governo autoritário transforma-se muito facilmente em opressor. (CASTILHO, 2019, p. 11)

Neste sentido, em linhas gerais, os direitos humanos podem ser classificados como uma categoria de direitos básicos assegurados a todo e qualquer ser humano, não importando a classe social, raça, nacionalidade, religião, cultura, profissão, gênero, orientação sexual ou qualquer outra variante que possa diferenciá-los (PORFÍRIO, s.d.).

## 2.1. **EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA NORMATIZAÇÃO FRENTE AO PRECONCEITO RACIAL**

Antes de adentrar na discussão da evolução das leis antirracismo, é necessário entender qual a participação e a importância do movimento negro para inserção das demandas sociais na esfera penal visando a criação e efetivação das leis antirracismo no Brasil. O movimento negro, segundo o autor Petrônio Domingues, é:

A luta dos negros na perspectiva de resolver seus problemas na sociedade abrangente, em particular os provenientes dos preconceitos e das discriminações raciais, que os marginalizam no mercado de trabalho, no sistema educacional, político, social e cultural. (DOMINGUES, 2007, n.p.)

O movimento negro perpassa toda a história do Brasil, sendo possível encontrá-los desde antes de 1888, quando a maior parte era considerada clandestina e tinha como principal objetivo a libertação dos negros escravizados. Durante o século XX, o principal objetivo do movimento foi a luta pela cidadania recém-adquirida, porém as manifestações (naquele primeiro momento) aconteceram nas principais cidades do Brasil.

O que se pôde denominar como uma grande manifestação do movimento negro da época foi a criação da imprensa negra, que tinha como objetivo se dirigir a um público específico. Dirigidos por homens de cor, tais jornais tinham como característica o fato de não cobrirem os grandes acontecimentos nacionais. Foi a partir dessa ideologia adotada pelos jornais feitos por homens de cor e para os homens de cor que surgiram outras manifestações de cunho ideológico semelhante, como é o caso da Frente Negra Brasileira (FNB), a qual após um período constituiu-se como um partido político que se posicionava contra a discriminação racial no Brasil.

Os movimentos sociais negros passaram a ter uma grande aceitação da população negra brasileira, pois é perceptível que a distinção racial entre a população negra e a população branca ainda existia, apesar de o Estado impor à sociedade a existência de uma democracia racial. De acordo com Domingues;

Primeiro, porque a discriminação racial, à medida que se ampliavam os mercados e a competição, também se tornava mais problemática; segundo, porque os preconceitos e os estereótipos continuavam a perseguir os negros; terceiro, porque grande parte da população “de cor” continuava marginalizada em favelas, mucambos, alagados e nagricultura de subsistência (DOMINGUES, 2007 p. 108)

Com a ajuda do movimento negro, o tema da discriminação racial e a falácia de uma democracia racial foram expostos para sociedade brasileira. O desmascaramento do mito da democracia racial colocou a ideia de “que todos somos iguais perante a lei” em discussão, fazendo com que as pessoas observassem e problematizassem o racismo no Brasil, como durante tanto tempo o racismo sofrido pela população negra foi silenciado e como o fato de tal silenciamento ainda influenciar o cotidiano de diversos brasileiro. Segundo Silva, Machado e Melo:

[...] O Brasil lida há séculos com problemas que impedem o desenvolvimento de genuína cidadania democrática entre indivíduos livres e iguais, a saber, o racismo, a discriminação e o preconceito que formam conjuntamente uma barreira à democracia, tanto de um ponto de vista institucional (em termos de acesso à justiça e tratamento igual, dificuldades de participação na esfera pública e impossibilidade de gozar dos direitos assegurados formalmente pela lei), quanto de uma perspectiva sócio-econômica. (SILVA; MACHADO; MELO, 2009. p. 97)

Como observado anteriormente, o movimento negro e as manifestações populares por leis que garantissem seus direitos e que, de fato, punissem aqueles que não a obedecessem foram essenciais para a evolução e reformulação das leis

antirracismo. É por meio das manifestações sociais que as demandas da população podem gerar modificações significativas na produção legislativa brasileira.

Com a Convenção Nacional do Negro Brasileiro que ocorreu entre 1945-1946 deliberações que resultaram na elaboração do Manifesto à Nação Brasileira, cujo objetivo era a exigência de se inserir a discriminação racial na Constituição como crime e de uma lei anti-discriminatória. Entretanto, a lei em si só foi colocada em vigor no ano de 1951, conhecida como a Lei Afonso Arinos (Lei nº 1.390/51), que proibia a discriminação racial no país. A mesma só se efetivou após o escândalo no qual a bailarina norte-americana Katherine Dunham foi impedida de se hospedar em um hotel em São Paulo por ser negra.

Após um tempo da criação da lei, muitas pessoas começaram a questionar a sua efetividade, pois a lei não abrangia a maioria das discriminações que a população negra sofria e a punição era muito branda, o que fazia com que o infrator não a levasse a sério o crime que havia cometido e, conseqüentemente, fez com que a lei Afonso Arinos caísse em desuso (MACHADO, 2009).

Em 1986 foi realizada em Brasília a Convenção “O Negro e a Constituinte”, destinada à elaboração e formalização das reivindicações de vários setores do movimento negro a serem direcionadas à nova ordem constitucional nascente. As demandas resultantes desta convenção – dentre elas a de tornar o racismo um “crime inafiançável e imprescritível” – foram entregues, em abril 1987, ao presidente da Comissão da Ordem Social, responsável por encaminhá-las à Comissão de Sistematização que, por sua vez, elaboraria o texto a ser votado pelo Plenário da Assembleia Nacional Constituinte.

A demanda por uma maior gravidade da política punitiva de combate ao racismo, reivindicada no legislativo nacional desde 1980, foi enfim incorporada na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso XLII: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (SILVA; MACHADO; MELO, 2009 - p. 302-311).

Com a Lei nº 7.716/89 (Lei Caó), que regulamentou o referido art. 5º, XLII, da Constituição de 1988, incorporaram-se as condutas que consistiam em discriminatórias pela Lei Afonso Arinos, mas também incorporou outras situações que antes não constavam em tal lei. As penas por discriminação com qualquer cunho passaram a ser inafiançáveis, bem como mais elevadas (pena mínima de 1 a 3 anos, a 2 a 5 anos para previsão mais grave).

A partir dessas primeiras leis foram sendo incorporadas mais leis antirracismo e de reparação às dívidas deixadas pelo período da escravidão no Brasil. Desta forma, é necessário salientar algumas delas:

- a. Lei nº 8.081/90 que criminaliza a incitação ou indução de atos discriminatórios ou de preconceito de raça, cor, religião, etnia, ou procedência nacional pelos meios de comunicação ou por publicação;

- b. Lei nº 8.882/94 que criminaliza a fabricação, comercialização, distribuição ou veiculação de símbolos, emblemas e etc., que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo;
- c. Lei nº 9.459/97 que caracteriza e torna crime a injúria racial; Lei nº 10.741/2003 que alterou o Código Penal inserindo o parágrafo 3º;
- d. Lei nº 10.639/2003 que torna obrigatório o ensino de História e Cultura Africana e Afro-Brasileira nas escolas de ensino fundamental e médio, bem como a regulamentação do ensino de História e Cultura Africana no ensino superior;
- e. Lei nº 12.288/2010 que institui o Estatuto de Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação de igualdade de oportunidades, a defesa de direitos étnicos individuais, coletivos e difusos, e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

Dentre as leis citadas foi escolhida a Lei nº 10.741/2003 que alterou o Código Penal brasileiro para inserir o parágrafo 3º no art. 140, com a seguinte tipificação: “se a injúria consiste na utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência”, com pena de reclusão de 1 a 3 anos, para ser examinada, problematizada e observar os resultados adquiridos desde sua efetivação.

### 3. **CONCEITUALIZAÇÃO E DIFERENÇAS TÉCNICAS ENTRE RACISMO E INJÚRIA RACIAL**

Em princípio, pertinente esclarecer que o racismo é um elemento estrutural e estruturante da sociedade brasileira que há séculos relega à população negra as piores posições nos indicadores socioeconômicos. Segundo o brilhante jurista Sílvio de Almeida “[...] o racismo é sempre estrutural, [...] ele é um elemento que integra a organização econômica e política da sociedade” (ALMEIDA, 2018, p. 15).

Neste sentido, para que haja uma análise apurada do tema, o primeiro ponto que precisa ser destacado é justamente a diferença entre os conceitos jurídicos de injúria racial e racismo, embora ambos impliquem em possibilidade de incidência da responsabilidade penal, possuem preponderantes diferenças.

A primeira diferença que se pode apontar está contida no Código Penal brasileiro e a segunda está previsto na Lei nº 10.741/2003, que alterou o Código Penal para inserir o parágrafo 3º. Enquanto a injúria racial consiste em ofender a honra de alguém se valendo de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou origem, o crime de racismo atinge uma coletividade indeterminada de indivíduos, discriminando toda a integralidade de uma raça. Ao contrário da injúria racial, no ordenamento jurídico brasileiro o crime de racismo é inafiançável e imprescritível.

A injúria racial está prevista no art. 140, parágrafo 3º, do Código Penal, que estabelece a pena de reclusão de 1 a 3 anos e multa, além da pena correspondente à violência, para quem cometê-la. De acordo com o dispositivo, injuriar seria ofender

a dignidade ou o decoro utilizando elementos de raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

Em geral, o crime de injúria está associado ao uso de palavras depreciativas referentes à raça ou cor, com a intenção de ofender a honra da vítima. Um exemplo marcante de injúria racial ocorreu no episódio em que torcedores do time do Grêmio, de Porto Alegre, insultaram um goleiro de raça negra chamando-o de “macaco” durante o jogo. No caso, o Ministério Público entrou com uma ação no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), que aceitou a denúncia por injúria racial, aplicando, na ocasião, medidas cautelares como o impedimento dos acusados de frequentar estádios. Após um acordo no Foro Central de Porto Alegre, a ação por injúria foi suspensa.

Com relação ao crime de racismo, previsto na Lei nº 7.716/1989, este implica em conduta discriminatória dirigida a um determinado grupo ou coletividade e, geralmente, refere-se a crimes mais amplos. Exemplificando, nas últimas duas semanas episódios de racismo, registrados em vídeo e áudio, ganharam os noticiários. Dois clientes foram acusados de levar mercadorias de *shoppings*. Um jovem foi considerado suspeito de furtar uma bicicleta e uma moça foi humilhada depois de vencer um concurso de beleza. Pessoas negras atacadas diretamente em sua dignidade humana.

Ao contrário da injúria racial, cuja prescrição é de oito anos – antes de transitar em julgado a sentença final –, o crime de racismo é inafiançável e imprescritível, conforme determina o art. 5º da Constituição Federal de 1988, inciso XLII, no qual se lê que “A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

Ainda, segundo o CNJ, em matéria publicada em seu portal *online*, as diferenças entre racismo e injúria racial estão situadas nos seguintes moldes:

[...] Enquanto a injúria racial consiste em ofender a honra de alguém valendo-se de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou origem, o crime de racismo atinge uma coletividade indeterminada de indivíduos, discriminando toda a integralidade de *uma raça*. (CNJ, n.p. 2019)

#### QUADRO I - COMPARATIVO RACISMO X INJÚRIA RACIAL

RACISMO	INJÚRIA RACIAL
Previsão legal: <a href="#">Lei nº 7716/89</a>	Previsão legal: <a href="#">Código Penal, art. 140, §3º</a>
Conduta discriminatória dirigida a determinado <b>grupo ou coletividade</b>	Ofensa à honra de <b>determinada pessoa</b> valendo-se de elementos referentes à raça, cor, etnia ou origem
Ação penal pública incondicionada	Ação penal pública condicionada à representação do ofendido
Inafiançável	Cabe fiança
Imprescritível	Prescrição em 8 anos ( <a href="#">art. 109, inciso IV, Código Penal</a> )

Fonte: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/educacao-semanal/injuria-racial-x-racismo>. Acesso 25.01.2022.

Pode-se classificar como sendo de suma importância a criminalização do racismo prevista na Constituição Federal brasileira, determinando como dever do Poder Legislativo dispor de mecanismos que concretizem a criminalização desse tipo de conduta, por meio de leis infraconstitucionais. Nesse contexto, é também importante o entendimento das diferenças entre racismo e injúria racial, e inclusive a inclusão de discriminações em relação a gênero, orientação sexual, religião, raça ou etnia como sendo crimes racistas.

### 3.1. INJÚRIA RACIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO

O Código Penal, em seu art. 140, descreve o delito de injúria, que consiste na conduta de ofender a dignidade de alguém, e prevê como pena a reclusão de 1 a 6 meses ou multa. O crime de injúria racial está previsto no parágrafo 3º do mesmo artigo, e trata-se de uma forma de injúria qualificada, na qual a pena é maior e não se confunde com o crime de racismo, previsto na Lei nº 7716/2012. Para sua caracterização é necessário que haja ofensa à dignidade de alguém com base em elementos referentes à sua raça, cor, etnia, religião, idade ou deficiência. Nesta hipótese, a pena aumenta para 1 a 3 anos de reclusão. Observa-se a redação do Código Penal - Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940:

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

§ 2º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

**§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)**

Pena - reclusão de um a três anos e multa. (Decreto-Lei nº 2.848, 1940, grifos nossos)

Para caracterizar o crime de injúria racial é necessário que o agente tenha a intenção de ofender e diminuir à vítima com xingamentos que estão relacionados à raça, cor, etnia, religião ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência. Trata-se de crime contra honra, no qual o bem jurídico tutelado é a honra do ofendido, seja em sua dimensão subjetiva ou objetiva. Considera-se como honra subjetiva **o sentimento que cada pessoa tem sobre seus próprios atributos morais, físicos e intelectuais.**

Por exemplo, ofender verbalmente uma pessoa devido à cor da pele, chamando a pessoa de “macaco”. Aqui se trata de crime de ação penal pública condicionada à representação do ofendido. A injúria racial é afiançável e prescritível (posição majoritária).

## 4. IMPRESCRITIBILIDADE NO CRIME DE INJÚRIA RACIAL

Outro ponto importante acerca da injúria racial refere-se à prescrição do evento e observam-se abaixo os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais relacionados ao tema:

### 4.1. ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO

A doutrina sempre defendeu a tese de que o crime de injúria racial não se confundia com o crime de racismo, tratando-se de institutos diferentes, com bens jurídicos diferentes. Dessa forma, o crime de injúria racial é prescritível e afiançável. Esse entendimento doutrinário não prevalece, uma vez que o STF e STJ entendem que a injúria racial é crime imprescritível.

### 4.2. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

O Superior Tribunal de Justiça em 2015 entendeu de modo totalmente diverso da doutrina, afirmando que o crime de injúria racial é imprescritível e inafiançável (AgRg no AREsp 686.965/DF, 6ªT.STJ, DJe 31/08/2015). Já o Supremo Tribunal Federal, no mês de junho de 2018, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 983.531, ratificou a decisão do STJ (2015), passando a equiparar o crime de racismo previsto na Lei nº 7.716/89 ao crime de injúria racial, previsto no Código Penal. Desta forma, o crime de injúria racial é imprescritível e inafiançável.

## 5. EDUCAÇÃO E CONHECIMENTO COMO FERRAMENTAS DE COMBATE CONTRA A DISCRIMINAÇÃO RACIAL

A educação e o conhecimento são as principais ferramentas contra a discriminação racial e em favor da inserção pessoal, cultural e social da população afrodescendente. Infelizmente, o preconceito no Brasil segrega um determinado grupo, o que é acarretado por uma ideologia que prega a supremacia de um povo, de uma raça, ou mesmo de uma cultura sobre outras, expressando-se de diversas maneiras: em nível cultural, religioso e biológico, na concepção de valores e em nível institucional, legalizado. Nogueira aponta que no Brasil acontece uma forma velada de preconceito, no intuito de vislumbrar um igualitarismo racial, que acaba por assumir um “caráter de atentado contra um valor social que conta com o consenso de quase toda a sociedade brasileira, sendo por isso evitada” (NOGUEIRA, 1998, p. 298).

O ambiente escolar é um local que agrupa diversos seres humanos com as mais variadas divergências. Emerge, assim, um grave problema: já que somos considerados racionais, atribuímos a nossa personalidade um tom de verdade. Quando vislumbramos o outro como diferente ao nosso comportamento, criamos obstáculos e discriminamos este ser, achando que ele se torna uma ameaça a nossa integridade. Tal situação tem suporte no etnocentrismo ou, ainda poderia se dizer que etnocentrismo é a:

Visão de mundo que considera o grupo a que o indivíduo pertence o centro de tudo. Elegendo como o mais correto e como padrão cultural a ser seguido por todos, Considera os outros, de algumas formas diferentes, como inferiores. (ROCHA 2007, p. 19).

Carvalho explana sobre o etnocentrismo educacional:

A Educação e as organizações educativas são instrumentos culturais desse colonialismo cognitivo: é o etnocentrismo pedagógico e o correlato psico-cultural do “furor pedagógico”, uma gestão escolar autoritária e impositiva para nivelar as diferenças das culturas grupais por meio do planejamento. O etnocentrismo consiste na dimensão ético-política da mesma problemática cuja dimensão psico-antropológica envolve a Sombra ou o Inconsciente. (CARVALHO, 1997, p. 181-182)

Importante frisar que a legislação opera no combate direto às manifestações materiais do racismo, porém como o racismo é um fenômeno de ordem política e também cultural e psíquica, de modo que as subjetividades dos sujeitos brancos e não brancos são educadas a reproduzir a superioridade branca, a legislação não tem poder de se efetivar na materialidade socioeconômica e, sobretudo, nos domínios mais subjetivos em que opera o racismo cotidiano.

A educação é central tanto para a reprodução do racismo quanto para o seu enfrentamento, possuindo um papel transformador e central na sociedade, de modo que, se a construção de um ensino antirracista envolve múltiplas abordagens e perspectivas, isso se deve ao caráter estrutural e sistêmico que o próprio racismo possui no cotidiano. Educar para a diversidade, enfrentando as desigualdades, é um desafio histórico que demanda escuta, atenção e compromisso com a equidade.

Nas palavras do mestre Paulo Freire “se a educação sozinha não transforma a sociedade, sem ela tampouco a sociedade muda” (FREIRE, 2000, p. 67). A frase de Paulo Freire é curta, mas emblemática. Fazendo um prolongamento do que expressa essa declaração, recorre-se a uma passagem da Pedagogia da Autonomia, quando ele adverte:

Quando falo em educação como intervenção me refiro tanto à que aspira a mudanças radicais na sociedade, no campo da economia, das relações humanas, da propriedade, do direito ao trabalho, à terra, à educação, à saúde, quanto à que, pelo contrário, reacionariamente pretende imobilizar a História e manter a ordem injusta. (FREIRE, 2007, p. 109)

Em tempo, o trabalho do educador progressista não pode estar desvinculado do seu perfil social, que deve incorporar para si princípios e valores, tais como a democracia. Ainda, deve permear suas iniciativas, compreensão e apreço a escola cidadã, pois a prática é o critério da verdade e o educador não pode desviar-se de sua função social, tampouco de sua responsabilidade para com os educandos – sempre visando sua formação cidadã e crítica. Para isso, é imprescindível que o educador pense e discuta a escola cidadã, democrática, que faça valer o seu discurso formador e libertador (TORRES, 1997). Conforme nos confere Freire:

A escola cidadã é uma escola coerente com a liberdade. É coerente com o seu discurso formador, libertador. É toda escola que, brigando para ser ela mesma, luta para que os educandos-educadores também sejam eles mesmos. E, como ninguém pode ser só, a Escola Cidadã é uma escola de comunidade, de companheirismo. É uma escola de produção comum do saber e da liberdade. É uma escola que não pode ser jamais licenciosa nem autoritária. É uma escola que vive a experiência tensa da democracia. (FREIRE, 1997, p. 38)

## 6. CONCLUSÃO

Diante de todos os pontos apresentados, é possível obter uma análise bem detalhada dos problemas enfrentados diante das questões raciais no Brasil, especificamente com relação à injúria racial. As informações históricas conseguem nos demonstrar um cenário extremamente crítico que apresenta um cotidiano brasileiro em total dissonância aos princípios da dignidade humana.

Resta esclarecer que, em que pese a fundamental e imprescindível presença dos negros na formação do estado democrático brasileiro, os mesmos ainda são preteridos, sofrendo com situações constrangedoras, atos impensáveis em pleno século XXI.

Vivemos num mundo globalizado, informatizado e farto de informações, porém que muitas das vezes se demonstra totalmente arcaico e primitivo, tudo por conta de ações preconceituosas que ferem os princípios da dignidade da pessoa humana.

A evolução legislativa concernente às questões raciais procura se adaptar à realidade dos fatos. É impensável, porém real que, mesmo com normas protetivas em vigor e enrijecimento na penalização das normas, ainda surjam constantemente casos de extrema violência moral e física, externando completo preconceito e discriminação baseados na raça.

Em tempo, busca-se por meio dos direitos humanos equilibrar as relações humanas, ratificando os princípios básicos de humanidade e cidadania, fazendo com que os indivíduos respeitem o próximo, independente de situações de gênero, raça e etnia.

Ademais, é determinante transmitir conhecimento: a distinção entre racismo e injúria racial é importantíssima, na medida em que embora pareçam a mesma coisa têm diferenças tanto no significado quanto na aplicação da pena. Foi possível, por meio de inúmeros exemplos mencionados ao longo deste artigo, compreender a extensão dos problemas sociais gerados pela discriminação.

Ato contínuo, a educação exerce um papel central no combate ao preconceito. É de salutar a importância de inculcar desde cedo uma percepção de que a humanidade é composta por pessoas diferentes e que essa diversidade faz parte da vida de cada um de nós. As pessoas têm características físicas diferentes, pertencem a arranjos familiares distintos, têm histórias de vida próprias e singulares. Há diferenças que

dizem respeito à cor da pele, à raça/etnia, ao fato de ser homem ou ser mulher, de ser jovem ou mais velho, dentre tantas outras. As diferenças nos enriquecem e dão um colorido especial à vida. O problema é quando elas são transformadas em desigualdades.

Em tempo, a melhoria nas condições de vida, bem como no acesso a serviços e direitos da população negra, tem sido demonstrada em vários estudos, mas ainda há um longo caminho a ser percorrido para garantir o exercício de direitos iguais, independente de gênero, raça/etnia, idade, local de moradia ou quaisquer outras características e/ou diferenças individuais e coletivas.

Uma educação contrária ao racismo, ao sexismo e à homofobia é fundamental à defesa de valores sociais, e a prática de um ensino que reafirme o combate a todo e qualquer tipo de preconceito e discriminação com a relação à cor da pele, ao gênero e à orientação sexual, fortalecendo os direitos constitucionais.

Por fim, destaca-se que uma educação de qualidade ensina a ética e o respeito às diferenças, assim como busca a construção de uma sociedade sem preconceitos e sem violência.

## REFERÊNCIAS

- ALENCASTRO, Felipe. África, números do tráfico atlântico. In: SCHWARCZ, Lília Moritz; GOMES, Flávio (Orgs.). **Dicionário da escravidão e liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- ALMEIDA, Silvio. **O que é racismo estrutural?** São Paulo: Letramento, 2018.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 20 jun. 2020.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm). Acesso em: 20 jun. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 7.716**, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7716.htm). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7716.htm). Acesso em: 20 jun. 2021.
- CARVALHO, José Carlos de Paula. Etnocentrismo: inconsciente, imaginário e preconceito no universo das organizações educativas. **Revista Interface: Comunicação, Saúde, Educação**, v. 1, p. 181-182, ago. 1997.
- CASTILHO, Ricardo. **Sinopses jurídicas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- Conselho Nacional da Justiça (CNJ). Conheça a diferença entre racismo e injúria racial. **Jusbrasil**, [s.d.]. Disponível em: <https://cnj.jusbrasil.com.br/noticias/195819339/conheca-a-diferenca-entre-racismo-e-injuria-racial>. Acesso em: 20 out. 2020.
- DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos (DUDH), 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 05 jul. 2021.
- DOMINGUES, Petrônio. Movimento negro brasileiro: alguns apontamentos históricos. **Tempo**, v. 12, n. 23, 2007.
- FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia: saberes necessários à prática educativa**. São Paulo: Paz e Terra, 1996.
- FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Indignação: cartas pedagógicas e outros escritos**. São Paulo: Editora UNESP, 2000.

GADOTTI, Moacir; ROMÃO, José Eustáquio. **Autonomia da escola:** princípios e propostas. São Paulo: Cortez/ Instituto Paulo Freire, 1997.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos:** uma história. EICHENBERG, Rosaura (Trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LIMA JUNIOR, Jayme B. **Manual de Direitos Humanos Internacionais:** Acesso aos Sistemas globais e Regional de Proteção dos Direitos Humanos. São Paulo: Editora Loyola, 2002.

NOGUEIRA, Maria Alice; CATANI, Afrânio (Orgs.). **Escritos de Educação.** Petrópolis: Vozes, 1998.

PACTO Internacional dos Direitos Civis e Políticos, 1966. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2021.

PACTO Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1966. <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2021.

PEQUENO, Marconi J.P. O fundamento dos Direitos Humanos. *In:* FERREIRA, Lúcia F.G. et al. **Educando em Direitos Humanos:** fundamentos histórico-filosóficos e político-jurídicos. João Pessoa: Editora da UFPB, 2016.

PORFÍRIO, Francisco. Direitos humanos. **Brasil Escola**, [s.d.]. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/direitos-humanos.htm>. Acesso em: 28 jun. 2021.

SILVA, Felipe Gonçalves; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; MELO, Rúrios. A esfera pública e as proteções legais anti-racismo no Brasil. **Cadernos de Filosofia Alemã**, n. 16, p. 302/311, jul.-dez. 2010.

THOME, Helmut. Sociology of Values. *In:* WRIGHT, James D. **International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences.** v. 25, 2nd. ed. Oxford: Elsevier, 2015.

TORRES, Carlos Alberto. **Pedagogia da luta:** da pedagogia do oprimido à escola pública popular. Campinas: Papirus. 1997.

**INEQUALITIES AND PSEUDOCONCERN ABOUT RIGHT TO EDUCATION DURING COVID-19 PANDEMIC IN BRAZIL**  
**DESIGUALDADES E PSEUDOPREOCUPAÇÃO COM O DIREITO À EDUCAÇÃO NA PANDEMIA DE COVID-19 NO BRASIL**

artigos  
científicos

Lucas Porto Foppa<sup>1</sup>  
lucas.p.foppa@gmail.com

Recebido/Received: 30.08.2021/ August 30th, 2021.  
Aprovado/Approved: 15.12.2021/ December 15th, 2021.

## RESUMO

A desigualdade de efetivação do direito à educação sempre foi uma realidade no Brasil. No contexto da pandemia de COVID-19 no Brasil, essas desigualdades tendem a aumentar. Crises afetam mais os menos favorecidos. Assim, esta pesquisa tenta identificar: como o direito à educação foi prejudicado pela pandemia de modo a aumentarem as desigualdades educacionais e quais as causas desse aumento? Para responder à questão, analisaram-se normas publicadas até 31 de março de 2021, notícias e pesquisas sobre o tema. Estudou-se o direito à educação sob a Abordagem das Capacitações, para se compreender os diversos contextos de desigualdade educacional. Os resultados indicam (1) um agravamento das desigualdades educacionais através de desvantagens corrosivas, como falta de alimentação. (2) A omissão estatal no combate à pandemia e na elaboração de normas combativas de desigualdades socioeconômicas agravadas por ela contribuiu para aumentar as desigualdades no direito à educação. (3) Em síntese, há apenas uma pseudopreocupação com a educação, que não considera ela como direito público subjetivo. O retorno às aulas presenciais sem políticas públicas complementares significa tratar a escola como um depósito de crianças, ao invés de proteger esse direito nos termos da Constituição brasileira.

**Palavras-chave:** Direito à educação. Desigualdade. Pandemia de COVID-19. Abordagem das Capacitações. Pseudopreocupação.

## ABSTRACT

*The inequality in effecting the right to education always has been a reality in Brazil. On the context of COVID-19 pandemic in Brazil, this inequalities tend to increase. Crises affect more the worst off. Thereby, this research tries to identify: how right to education has been harmed by the pandemic so that inequalities increase and what are the causes for this increasement? To answer this question, norms published until 31st march 2021, News and papers about the subject were analyzed. Right to education was studied under the Capabilities Approach, in order to understand different contexts of educational inequality. The results shows (1) an escalation of educational inequalities*

<sup>1</sup> Aluno de graduação em Ciências Jurídicas e Sociais – Direito Noturno (UFRGS). Orientando do Prof. Dr. Paulo Baptista Caruso Macdonald (UFRGS). O presente trabalho foi realizado com o apoio da Pró-Reitoria de Pesquisa – UFRGS – Brasil.

*through corrosive disadvantages, such as lack of food. (2) State's omission on fighting the pandemic and on the creation of norms to fight socioeconomic inequalities aggravated by it has contributed to this increase of inequalities in right to education. (3) Summarizing, there is only a pseudoconcern with education, which does not take it as a subjective public right. Return to presential classes without complementar public policies means treating school as a warehouse of children, instead of protect this right in accordance with the brazillian Constitution.*

**Keywords:** *Right to education. Inequality. COVID-19 pandemic. Capabilities Approach. Pseudoconcern.*

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO; 2. PANDEMIA E DESIGUALDADES EDUCACIONAIS; 3. A PSEUDOPREOCUPAÇÃO COM O DIREITO À EDUCAÇÃO NA PANDEMIA; 4. CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

## 1. INTRODUÇÃO

Uma das frases mais citadas na área da educação é aquela atribuída a Darcy Ribeiro: “a crise na educação no Brasil não é uma crise; é um projeto”. Independentemente de Ribeiro deter ou não a autoria dela, a frase contém uma certa verdade. Os índices de analfabetismo ainda superam a marca de 11 (onze) dos mais de 200 (duzentos) milhões de habitantes, enquanto 415 (quatrocentos e quinze) dos 513 (quinhentos e treze) deputados federais eleitos em 2018 possuíam ensino superior completo.

<sup>2</sup> Uma desigualdade educacional tamanha não ocorre por mero acaso, muito embora a Constituição Federal de 1988 (CF/88) tenha garantido o direito universal à educação (art. 6º, *caput*).

Com a pandemia de COVID-19 a partir de 2020, as desigualdades socioeconômicas tendem a aumentar. No âmbito da educação isso não seria diferente. Nesse sentido, um dos objetivos do presente artigo é demonstrar o crescimento da desigualdade educacional durante a pandemia. Ainda, relaciona-se esse agravamento a uma omissão ou negligência estatal. Uma ausência ou raridade de normas no campo do direito à educação propiciou que diversos problemas se alastrassem, como uma dificuldade de os alunos da rede pública de educação assistirem às aulas devidamente. Mesmo quando houve elaborações de normas em uma suposta tentativa de proteção desse direito, ela não passa de mera pseudopreocupação. Sustentar esta tese é o segundo objetivo deste trabalho.

Utiliza-se o neologismo ‘pseudopreocupação’ no sentido de que o prefixo ‘pseudo’ indica não apenas algo inverídico ou falso, mas também algo falso que pretende se vestir de verdadeiro – como em ‘pseudo intelectual’. Em especial, quando se aborda

<sup>2</sup> Respectivamente: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2020-07/taxa-cai-levemente-mas-brasil-ainda-tem-11-milhoes-de-analfabetos>>; e <<https://www.camara.leg.br/noticias/545865-80-dos-deputados-eleitos-tem-ensino-superior-completo>>. Acessado em 04 de abril de 2021.

uma pseudopreocupação com o direito à educação trata-se de uma preocupação que desvia a finalidade deste direito, por pelo menos três modos. Um deles surge ao considerar direito à educação como um privilégio a se fornecer para elites e manter ou aumentar desigualdades. Em suma, ao contrário do que dispõe os art. 3º, III, e 206, I, da CF/88 e o art. 3, I, da Lei n.º 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB): as normas determinam que o Estado trabalhe para reduzir desigualdades sociais relativas ao acesso e à permanência de estudantes na rede educacional. O segundo a partir de uma desvalorização dos profissionais da educação (art. 206, V, da CF/88 e art. 3º, VII, da LDB).

O terceiro constitui-se por tratar a escola como mero depósito dos discentes. Uma instituição de ensino que se preza apenas a cuidar das crianças para liberar os responsáveis para o trabalho e outras atividades ou para aliviar o encargo de criar os infantes – fornecendo tão somente uma educação ínfima, suficiente só para habilidades básicas como leitura, escrita e aritmética simples. Essa visão já está presente quando se enxerga a educação das classes mais pobres voltada ‘para o lucro’. Nesse último sentido, Nussbaum alerta que a educação não se presta meramente a educar ‘para o lucro’ (preparação para o mercado de trabalho): integra o papel da educação desenvolver os indivíduos para exercerem cidadania plena e estarem aptos a refletirem criticamente sobre diversas questões.<sup>3</sup> Entendimento esse que coaduna com o que dispõem os art. 205 da CF/88 e o art. 2º da LDB: “a educação [...] tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

O exame detalhado desse ponto (escola como depósito) surge com o debate sobre a retomada ou não das aulas presenciais na pandemia, especialmente com a discussão judicial do tema no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) – pois ela deu origem a ações constitucionais sobre a questão: Suspensão de Tutela Provisória (STP) n.º 750 e, posteriormente, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 820.

Para alcançar os objetivos propostos, analisaram-se normas publicadas até 31 de março de 2021, notícias e pesquisas a respeito do tema. A escolha por delimitar a pesquisa até esta data se dá pois neste mês completou-se 1 (um) ano desde o primeiro óbito por COVID-19 no Brasil e o início da quarentena em vários estados, logo torna-se possível uma análise ampla da (falta de) políticas públicas e normas no combate às desigualdades educacionais no país no período da pandemia.

Também, tomou-se o direito à educação como uma capacitação [*capability*]. A Abordagem das Capacitações [*Capabilities Approach*] toma o direito à educação como um conjunto de oportunidades (capacitações) para alcançar um funcionamento humanamente valioso [*functioning*], qual seja: o conjunto de aprendizados para a cidadania.<sup>4</sup> Nessa linha, não importa para a análise apenas o resultado (conseguir a

3 NUSSBAUM, 2010. pp. 2-26.

4 SEN, 2009. pp. 230-233 e ss.

educação), mas também os meios para alcançá-la. Alguém que pode comprar cursos de especialização e pagar professores particulares é mais livre para a Abordagem das Capacitações do que aquele que depende totalmente da educação da rede pública de ensino. O segundo indivíduo encontra-se em uma situação de menor capacitação educacional, muito embora os dois tenham formalmente o mesmo direito à educação.

Em suma, a Abordagem permite uma análise do direito à educação considerando o contexto socioeconômico dos indivíduos. Por esse motivo, ela facilita a identificação de situações degradantes e de extrema desigualdade. Quanto a esse aspecto, Nussbaum pontua que nenhuma capacitação pode estar abaixo de um nível a ponto de submeter as pessoas a uma situação humilhante, como com as pessoas com vergonha de ocuparem certos espaços (empregos ou debates políticos), de se manifestarem ou de se expressarem causada por essa desigualdade.<sup>5</sup> Em síntese, a Abordagem estabelece um patamar mínimo do direito à educação que precisa ser garantido, sob pena de ferir a dignidade humana. Com essa abordagem teórica, examinaram-se dados e casos exemplificativos da efetivação do direito à educação no Brasil durante a pandemia de COVID-19. Eles revelam um aumento da disparidade de oportunidades educacionais entre alunos da rede pública e privada de ensino, ocasionada, dentre outros fatores, pela pseudopreocupação com tal direito nesse período.

A partir disso, toma-se uma análise teleológica do direito à educação, considerando sua finalidade. Não basta uma conduta de fazer ou não fazer para efetivar o direito à educação, ao contrário, por exemplo, do direito à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, da CF/88).<sup>6</sup> Para este, suficiente para seu resguardo impedir que pessoas invadam os domicílios umas das outras – mesmo que se discuta a definição de ‘domicílio’ e quais os casos de exceção (não aplicação da inviolabilidade, por exemplo, para apagar um incêndio na moradia). Já em relação à educação, o Estado precisa realizar uma série de políticas e promulgar normas para efetivar esse direito, impedindo até o alastramento de desigualdades nesse campo (art. 206, I, da CF/88). O que, infelizmente, não ocorreu no Brasil na pandemia.

Esta pesquisa analisou a (ausência de) conduta de diversos agentes e notou um aumento sério de desigualdades educacionais durante a pandemia de COVID-19 no Brasil. O Estado não deu conta de atuar na prevenção disso e, quando tentou, desvirtuou o sentido dado ao direito à educação pela Constituição de 1988. A partir dos resultados, permite-se uma compreensão melhor da origem do problema (a desigualdade educacional no contexto da pandemia), bem como de seus efeitos e de suas consequências. Dessa forma, tornam-se mais claras as necessidades e especificidades das reivindicações e exigências que se deve trazer aos responsáveis pela garantia do direito à educação. Por exemplo, a partir da identificação dessas falhas na efetivação desse direito, permitem-se ações do controle externo à Administração Pública com relação a esse aumento de desigualdades, de modo a combater e a prevenir o crescimento delas.

5 NUSSBAUM, 2011. pp. 19-34.

6 FOPPA, 2021. p. 143.

## 2. PANDEMIA E DESIGUALDADES EDUCACIONAIS

A pandemia de COVID-19 começou a assolar o Brasil entre fevereiro e março de 2020. Com isso, União, estados e municípios iniciaram medidas de prevenção e controle do número de casos e de óbitos pela doença. A Lei n.º 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, preparou o terreno para tal situação e autorizou que autoridades implementassem políticas como o uso obrigatório de máscaras e a quarentena [lockdown]. Essas medidas iam de encontro com o atual modelo de ensino presencial e, logo, o direito à educação precisava ser restringido a fim de conter o avanço do vírus. Cada localidade tem adotado medidas diferentes para adaptar a educação a esta realidade pandêmica pelo menos até março de 2021, quando o país noticiava mais de 3.000 (três mil) mortes diárias por COVID-19.<sup>7</sup> Existiam estados que permitiam aulas presenciais (com uso de máscara pela comunidade escolar em conjunto de outros cuidados) da rede pública e privada de ensino ou somente da rede privada ou apenas possibilitavam aulas remotas.<sup>8</sup>

Com a intenção de implementar essas políticas, diversas mudanças tiveram de ser realizadas rapidamente. Muitas instituições de ensino passaram a dar aulas à distância, no que aqui se chamará de ‘ensino remoto emergencial’ (ERE). Não dá para se falar efetivamente em ‘educação à distância’ (EAD), prevista no art. 80 da LDB e regulada pelo Decreto n.º 9.057/2017. O art. 80, §1º, da LDB exige credenciamento prévio das instituições e cursos para fornecerem aulas EAD, o que muitas não têm.<sup>9</sup> Isso porque a modalidade contempla a implementação de uma série de técnicas didáticas específicas, preparação de profissionais, de planejamento e de políticas de acesso às aulas virtuais, as quais não ocorreram na educação pública durante a pandemia. O que ocorreu no Brasil foi de modo reativo e temporário: diante da então iminente pandemia, tem sido feita uma adaptação emergencial do ensino às novas circunstâncias, a qual só perdurará enquanto esses fatores também persistirem. Após a pandemia, espera-se o retorno às aulas presenciais. Não à toa, ao final do ano passado o Governador do Estado do Rio Grande do Sul pretendia o retorno ao ensino presencial, caso diminuísse o número de casos da doença (ver capítulo seguinte).

Logo, mais apropriado enquadrar a situação da educação pandêmica no Brasil no art. 32, § 4º, da LDB: ensino à distância (remoto) emergencial. Os professores da rede pública do Estado do Rio Grande do Sul (doravante, RS), por exemplo, receberam capacitação para lecionarem nesta modalidade (ERE) apenas em junho de 2020 – apenas três meses depois do início da pandemia.<sup>10</sup> Eles não tinham até então preparação para ministrarem aulas *online*, ao contrário de vários professores da

7 Cf. <<https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2021/03/brasil-registra-3950-mortes-em-24-h-e-bate-records-de-obitos-e-de-media-movel.shtml>>. Acessado em 02 de abril de 2021.

8 A título de exemplo: <<https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2021/03/21/publicado-decreto-que-amplia-horarios-de-academias-e-libera-aulas-do-ensino-fundamental-particular-no-am.ghtml>>; <<https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/2021/03/15/ano-letivo-da-rede-estadual-de-ensino-e-iniciado-na-bahia-governador-rui-costa-participa-de-aula-inaugural-online.ghtml>>; <<https://g1.globo.com/pr/parana/educacao/noticia/2021/03/26/volta-as-aulas-no-parana-entenda-por-que-o-ensino-presencial-esta-suspenso-na-rede-publica-mas-foi-liberado-nas-escolas-particulares.ghtml>>; e <<https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2021/03/18/justica-determina-volta-as-aulas-presenciais-em-florianopolis.ghtml>>. Acessados em 29 de março de 2021.

9 A lista completa de instituições credenciadas consta em <<https://siead.mec.gov.br/>>. Acessado em 18 de abril de 2021.

10 Cf. <<https://educacao.rs.gov.br/comeca-implantacao-das-aulas-remotas-na-rede-estadual-de-ensino>>. Acessado em 03 de abril de 2021.

rede particular, que há anos atuavam em cursos EAD preparatórios para vestibular ou de ensino superior.<sup>11</sup> Considerando esse abismo de preparo-despreparo dos docentes de cada uma das redes de ensino, nota-se que a pandemia veio a aumentar desigualdades entre os discentes das instituições públicas e os das privadas.

A desigualdade educacional brasileira não surgiu hoje, mas com certeza se agravou com a pandemia. Trata-se de uma desigualdade histórica. A Constituição de 1824 no art. 179, XXXII, garantia “Instrução primária, e gratuita a todos os Cidadãos”, mas o art. 6º excluía os escravos deste rol de cidadãos. Por consequência, em pelo menos 300 (trezentos) anos de Brasil a população negra detinha um direito à educação praticamente nulo.<sup>12</sup> Para se estimar esse impacto, destaca-se que no início do século XIX pelo menos um terço da população brasileira era escrava e, mesmo entre a população livre, predominava o analfabetismo.<sup>13</sup>

O senso comum indicaria que basta ‘querer’ ou ‘esforçar-se’ para conquistar vagas no ensino superior (uma meritocracia), contudo se esquece que boa parte da população inicia essa corrida pela faculdade vários passos atrás e com muitos obstáculos adicionais no percurso. Em primeiro lugar, a maior parte da população do país atualmente é negra<sup>14</sup> e sofre os prejuízos das centenas de anos de tratamento desigual. Por exemplo, somente em 2012 estabeleceu-se uma lei de cotas raciais para ingresso na universidade (Lei n.º 12.711/2012); enquanto, por outro lado, discentes filhos de agricultores receberam por mais de quinze anos cotas para ingressarem em estabelecimentos de ensino médio agrícola e em faculdades de Agricultura ou Medicina Veterinária (Lei n.º 5.465/1968 – ‘Lei do Boi’).<sup>15</sup> Como consequência, o Censo Demográfico de 2010 apurou que, dentre os cerca de 13 (treze) milhões de brasileiros com ensino superior completo, mais de 9 (nove) milhões eram brancos.<sup>16</sup>

Em segundo lugar, também existe uma desigualdade entre a rede pública e a particular de educação. As notas em matemática de alunos da 3ª série da rede pública são menores do que as das escolas particulares, em todas as regiões do Brasil – desigualdade pior ainda se considerada a diferença entre as escolas de áreas rurais (menores notas) e urbanas (maiores notas).<sup>17</sup> Em outras palavras, a permanência ou o aumento de desigualdades sempre prejudica mais os menos favorecidos [*worst off*].

Por virem de famílias com menor renda, muitos estudantes são forçados a abandonar a escola para complementarem o sustento de casa ou auxiliar com as

11 À título de exemplo, veja os sites de faculdades como: UNIRITTER, UNINTER, FADERGS, Estácio; e de instituições como Descomplica, Universitário, Me Salva, etc.

12 MOTA; NOVO, 2018. p. 113.

13 GOMES, 2007. pp. 112-113.

14 Confira os dados do Censo Demográfico de 2010: <<https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo.html?busca=1&id=1&idnoticia=1933&t=ibge-divulga-resultados-estudo-sobre-cor-raca&view=noticia>>. Acessado em 03 de abril de 2021.

15 Em tese, a referida lei se aplica a qualquer filho(a) de agricultor, não importando a classe socioeconômica ou a cor da pele dos pais e nem do discente. Contudo, favorecia mais filhos(as) de latifundiários, pois exigia que o estudante tivesse um grau de instrução prévio (ensino médio completo) para ingressar na universidade. Os dados oficiais do Censo Demográfico de 1970 revelam que a 57,46% da população rural era analfabeta e, como efeito, aproveitavam-se mais dos benefícios daquela lei estudantes de elites socioeconômicas, como filhos(as) de latifundiários, com mais condições, por exemplo, de tempo e dinheiro para se educarem – em detrimento de pequenos agricultores. Cf. <[https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/69/cd\\_1970\\_v1\\_br.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/69/cd_1970_v1_br.pdf)>. Acessado em 22 de maio de 2021.

16 Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9662-censo-demografico-2010.html?edicao=9753&t=destaques>>. Acessado em 03 de abril de 2021.

17 AKKARI, 2011. p. 170.

tarefas cotidianas. Pessoas com menor nível educacional, por sua vez, conseguem empregos piores: indivíduos que não completaram o ensino superior tendem a receber quase três vezes menos do que aqueles com diploma universitário.<sup>18</sup> Seus filhos, então, possivelmente repetirão a mesma sina. Por outro lado, pessoas mais favorecidas conseguem utilizar seu tempo livre para se educarem e até pagar por educação de maior qualidade, como ingressar em instituições privadas de ensino.

Com isso, a educação deixa de ser um direito e é tomada como um serviço a ser comprada por aqueles com condições para tanto. A educação privada aparece como alternativa e 'solução' para a educação pública, inepta pela falta de investimentos estatais. Dessa forma, cresce o discurso de que a iniciativa privada deve salvar a educação e se desvaloriza ainda mais a educação pública, diminuindo os investimentos nela.<sup>19</sup> Sobra aos menos favorecidos uma educação paulatinamente pior. Em suma, perpetua-se um círculo vicioso que prejudica os menos favorecidos cada vez mais.

Nesse sentido, os menos favorecidos são aqueles que, em comparação com os demais, possuem menos capacitações (qualitativa ou quantitativamente). Na educação por exemplo, menor qualidade porque a única educação que tem acesso detém menor infraestrutura e não ensina os conteúdos para formação de cidadãos: apenas recebem uma escola como depósito e uma educação voltada para o mercado de trabalho. Menor quantidade porque apenas tem oportunidade efetiva de ingressarem e completarem níveis mais baixos de educação (como educação infantil ou fundamental), enquanto entre os mais favorecidos há razoáveis chances de se formarem níveis superiores de educação (universidades e pós-graduações). Os menos favorecidos possuem capacitações em níveis tão baixos ou nulos, que precisam arriscá-las para conseguir efetivar certos funcionamentos.<sup>20</sup>

Por exemplo, imagine-se alguém que vive em uma região com única escola na proximidade. Para acessá-la e efetivar seu direito à educação, essa pessoa precisa atravessar uma zona de conflito entre duas facções criminosas ou entre uma facção e a polícia militar. Nesse caso, estudante arrisca suas capacitações (vida, integridade física e psicológica, etc.) para garantir o direito à educação e a respectiva capacitação educacional. Logo, a tarefa de ranquear quem são os menos favorecidos é de extrema complexidade, porque requer a análise de todo o contexto em que o indivíduo se insere. Mesmo assim, em alguns casos resta claro quem são esses indivíduos.<sup>21</sup>

Em geral, de acordo com os dados já citados, estudantes de escola pública estão em maior desvantagem do que os de escolas privadas. Especialmente se consideradas as chamadas desvantagens corrosivas.<sup>22</sup> A desvantagem corrosiva se

18 Cf. <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multidominio/condicoes-de-vida-desigualdade-e-pobreza/17270-pnad-continua.html?=&t=resultados>>. Acessado em 22 de maio de 2021.

19 AKKARI, 2011. pp. 173-174.

20 DE-SHALIT; WOLFF, 2007. pp. 9-10 e 65.

21 DE-SHALIT; WOLFF, 2007. pp. 98-102 e 150-152.

22 DE-SHALIT; WOLFF, 2007. pp. 121 e 133-136.

caracteriza por uma capacitação ausente, precária ou em nível tão baixo que prejudica as outras capacitações. Se a desigualdade econômica for tão grande que alunos de baixa renda não consigam ingressar em universidades públicas para garantir a capacitação educacional, há desvantagem corrosiva. Igualmente, se pessoas de certa cor de pele ou de certo gênero esbarram em maiores dificuldades para o acesso e a continuidade da formação educacional, o direito à educação também se encontra ferido por uma desvantagem corrosiva. A respeito disso, um estudo da Folha de São Paulo mostrou que 58,3% dos brasileiros cujos pais não concluíram o ensino médio também não terminaram esse nível de educação e a proporção cresce mais ainda se os pais forem negros ou pertencem ao grupo dos 20% mais pobres do país. Quanto mais desvantagens, maiores as desigualdades.<sup>23</sup>

Justamente essas situações de desigualdade que vêm se agravando durante a pandemia de COVID-19 no Brasil. Um dos exemplos é a divergência entre as notas das escolas públicas e as das particulares, que tende a aumentar, inclusive, pela dicotomia entre ERE similar a um EAD (rede particular) e ERE deficitário (rede pública). Quanto ao agravamento, o *Parent in Science*, grupo de pesquisa formado por várias pesquisadoras de universidades federais brasileiras diversas, enviou questionário a mais de 15 mil discentes e docentes para computar essas desigualdades.<sup>24</sup> Concluiu-se que, durante a pandemia, mulheres passaram a produzir menos trabalhos acadêmicos (pesquisas, artigos, teses de pós-graduação, etc.) do que homens; não brancos, menos do que brancos; e acadêmicas(os) com criança(s), menos do que aquelas(es) sem.

Ademais, a pesquisa confirmou que, quanto menos favorecida a pessoa, maior o agravamento da desigualdade durante a pandemia. Nessa linha, pais produziam mais do que mães; mães brancas, mais do que mães não brancas; e homens brancos sem filhos imensamente mais do que mulheres não brancas com filhos. Como a produção científica integra requisitos para formação em nível superior e em pós-graduação (art. 207, *caput*, da CF/88), percebe-se evidente crescimento das desigualdades em relação ao direito à educação durante a pandemia no Brasil.

Essa desigualdade se reforça inclusive entre aqueles que não se dedicam à pesquisa. Em carta aberta à comunidade, professoras da Faculdade de Educação (FACED) da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) alertaram para os riscos da transposição do ensino à modalidade remota durante a pandemia.<sup>25</sup> Aproximadamente 14% do total de discentes da UFRGS depende de auxílios que a universidade fornece para se manterem no curso. Com a quarentena, as bibliotecas e o restaurante universitário fecharam, impedindo alunos, que não tem renda para comprar livros acadêmicos e nem para se alimentar diariamente, sofrerão maiores dificuldades no semestre letivo remoto do que no presencial.<sup>26</sup> Essas não são as

23 Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/03/no-brasil-chance-de-filho-repetir-baixa-escolaridade-do-pai-e-o-dobro-dos-eua.shtml>>. Acessado em 06 de abril de 2021.

24 STANISCUASKI, Fernanda; et al., 2020.

25 Cf. <<https://www.ufrgs.br/faced/wp-content/uploads/2020/04/EAD.pdf>>. Acessado em 03 de abril de 2021.

26 Na UFRGS em si o restaurante manteve suas atividades durante a pandemia, por meio da entrega de marmitas e de auxílio emergencial alimentar a estudantes beneficiários do programa de Assistência Estudantil. Cf. <<https://www.ufrgs.br/prae/alteracao-nos-servicos-prae-durante-periodo-de-contencao-do-covid-19/>>. Acessado em 22 de maio de 2021. No entanto, isso não significa que todos

únicas desvantagens corrosivas trazidas ou agravadas pela pandemia. Com milhares de casos e de óbitos por COVID-19 até o momento, muitos discentes não conseguem estudar adequadamente, pois precisam cuidar de parentes ou amigos doentes, realizar providências pela morte de algum desses (organizar o velório ou cuidar da família) ou trabalhar.<sup>27</sup>

Outro grupo de impossibilitados de estudar são aqueles com a sanidade mental abalada em virtude da pandemia<sup>28</sup> ou de abusos cometidos pelos responsáveis – mesmo que o número de denúncias não acompanhe esse crescimento na taxa de abuso infantil.<sup>29</sup> Além disso, há estudantes portadores de deficiência visual que não tem computadores adaptados para assistirem às aulas virtuais. Todos esses e muitos outros fatores contribuem para uma evasão educacional (em qualquer nível), aumentando desigualdades – pois afetam ainda mais os já menos favorecidos. Não só isso: infringe-se o próprio direito à educação, pois este inclui o direito de discentes ao igual acesso e à permanência na rede de ensino (art. 206, I, da CF/88, e art. 3º, I, da LDB).

Todas essas situações escancaram e aumentam uma diferença de oportunidades (capacitações) entre alunos de diferentes situações socioeconômicas. Por isso, não se pode tomar como honrosas (romantizar) situações como ‘menino sobe em árvore para assistir aula virtual’.<sup>30</sup> Essa não é uma situação louvável, em que se aplaude o esforço do discente de, mesmo diante de dificuldades, conseguir assistir às aulas. Pelo contrário, deve-se tratar isso como uma denúncia do agravamento de desigualdades no âmbito do direito à educação e suas respectivas desvantagens corrosivas ratificadas pela pandemia.

O Centro Regional de Estudos para Desenvolvimento da Sociedade de Informação (CETIC) informou que, em 2019, 28% dos domicílios brasileiros não possuíam acesso à *internet* e que, dentre os domicílios em zonas rurais, 48% não detinham esse acesso.<sup>31</sup> Ademais, na lista de domicílios com *internet*, a maioria utiliza através de celulares – o que já se mostra um problema pois nem todos os celulares têm acesso aos programas das plataformas virtuais de ensino e nem aos editores de texto para elaboração de trabalhos escolares ou acadêmicos. Então, a situação noticiada do discente que precisava subir em uma árvore para assistir às aulas apenas explicita como uma baixa capacitação (tecnológica) afeta negativamente a capacitação educacional: a falta de sinal de *internet* razoável dentro do domicílio prejudica o direito à educação do estudante.

os estudantes necessitados estejam recebendo o auxílio e nem que todas as universidades estejam aplicando alternativas como estas. Também não implica que esse auxílio seja suficiente para suprir as necessidades de nutrição: na UFRGS o valor era de R\$ 300,00 (trezentos reais) mensais, equivalente a R\$ 10,00 por dia para se alimentar. Em São Paulo, mesmo com as marmitas entregues pela universidade, diversos universitários passaram em 2020 por dificuldades para se alimentarem. Cf. <<https://observatorio3setor.org.br/noticias/estudantes-que-moram-na-usp-passam-por-inseguranca-alimentar/>>. Acessado em 22 de maio de 2021.

27 BERG; COSTA-LOBO; VESTENA; ZWIREWICZ, 2020. p. 475. CHAGAS; NEBOT; OLAVO, 2020. p. 237.

28 CASTRO; CICUTO; JUNQUEIRA, 2020.

29 COELHO; GUEDERT; PLATT, 2021. pp. 3-5. Conforme argumentado no Recurso Extraordinário (RE) n.º 888.815/RS (Rel. Min. Luís Roberto Barroso), a escola serve como ambiente de proteção da criança e do adolescente contra abusos sexuais e psicológicos cometidos pelos responsáveis contra os infantes. Essa foi uma das razões para a corte não reconhecer o direito ao ensino domiciliar no ordenamento jurídico pátrio. Na ausência de aulas presenciais, essa proteção diminui e os abusos retornam a acontecer, muito embora o número de denúncias de abusos nem sempre cresça no mesmo ritmo.

30 <<https://g1.globo.com/pa/santarem-regiao/noticia/2021/03/14/estudante-adapta-sala-em-cima-de-arvore-para-acompanhar-aulas-remotas-no-pa-construindo-um-sonho.ghtml>>. Acessado em 03 de abril de 2021.

31 Cf. <<https://cetic.br/pt/pesquisa/domicilios/indicadores/>>. Acessado em 03 de abril de 2021.

O estudante em questão tem menor capacitação educacional que alunos em melhores condições socioeconômicas, pois o único meio (oportunidade) de ele alcançar o funcionamento da educação é subindo em uma árvore para assistir à aula. Há uma desvantagem corrosiva (dificuldade de acesso à *internet*), que coloca o estudante em uma situação humilhante, tanto que o fato foi divulgado por um *site* nacional de imprensa. Exatamente a esse tipo de situação degradante que Nussbaum se refere que o Estado deve impedir quando a autora aborda o mínimo de capacitação a se garantir a todos os indivíduos.<sup>32</sup> O Estado, para a autora, deveria tomar providências para prevenir tal problema de acesso às aulas por falta de *internet*, pois as capacitações neste exemplo colocam-se em um nível tão baixo ao ponto permitir uma humilhação do indivíduo. Ao invés de um discente muito esforçado, visualiza-se uma clara omissão estatal frente à efetivação do direito à educação e no combate das desigualdades aumentadas em razão das circunstâncias da pandemia de COVID-19.

Quanto a essa omissão estatal, o Boletim n.º 02 de Direitos na Pandemia do Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitário (CEPEDISA) da Universidade de São Paulo (USP) efetuou um levantamento das normas publicadas nos meses de janeiro a junho de 2020.<sup>33</sup> Os resultados apontaram que o Ministério da Educação e Cultura (MEC) não elaborou uma política educacional nacional para o enfrentamento das dificuldades que essa pasta teria na pandemia. O Governo Federal também não promoveu uma capacitação dos professores para atuarem no ERE e nem meios de ‘financiamento de para aquisição de equipamentos’ (tais como: computadores, câmeras, fones, microfones, etc.) para os docentes ministrarem as aulas *online*.<sup>34</sup> Quanto ao ponto, é digno de nota que o Presidente da República vetou integralmente projeto de lei (PL) que pretendia garantir acesso para fins educacionais a professores e a estudantes (ver: PL n.º 3.477/2020 e Veto n.º 10/2021).

A Presidência da República argumentou que o PL aumentava a ‘alta rigidez do orçamento’ e dificultava o cumprimento de metas fiscais. Sobre isso, o art. 2º do PL n.º 3.477/2020 previa o gasto de cerca de R\$ 3,5 bilhões (três bilhões e quinhentos milhões de reais) para a garantia do acesso à *internet* para fins educacionais aos necessitados. Contraditoriamente, a Lei Orçamentária Anual de 2021 – cuja iniciativa compete ao Presidente da República<sup>35</sup> – destinou R\$ 8 bilhões (oito bilhões de reais) ao Ministério da Defesa e mais de R\$ 7 bilhões (sete bilhões de reais) ao reajuste das remunerações de militares.<sup>36</sup> Os dois valores totalizam R\$ 15 bilhões (quinze bilhões de reais): mais que o quádruplo do valor do PL n.º 3.477/2020, que combateria desigualdades educacionais em todo o país. Ou seja, não se tratou a educação como prioridade na pandemia, visto que se deixou de investir nela mesmo quando possível e diante de propostas concretas para tanto. Reiteradas omissões normativas lesionaram o direito à educação neste período.

32 NUSSBAUM, 2011. pp. 24-26.

33 Disponível em: <<https://cepedisa.org.br/publicacoes/>>. Acessado em 02 de abril de 2021.

34 Importante frisar que em 2020 o salário inicial de um professor estadual (no RS) com formação em licenciatura em nível superior era de R\$ 3.030,53 (três mil e trinta reais e cinquenta e três centavos), nos termos da Lei Estadual n.º 15.451, de 17 de fevereiro de 2020.

35 Art. 61, §1º, II, 'a', e art. 84, XXIII, CF/88.

36 <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/economia/noticia/2021/03/congresso-aprova-orcamento-com-mais-dinheiro-para-obras-e-reajuste-de-militares-ckmpk1cbi00bz01gcvgun7asa.html>>. Acessado em 22 de maio de 2021.

Essa omissão normativa impactou diretamente na realidade do direito à educação. O exame do Comitê Técnico de Educação do Instituto Rui Barbosa (CTE-IRB), entidade que congrega Tribunais de Contas do Estado (TCEs) de dezenas de estados do Brasil, também confirma um abandono com a educação durante os primeiros meses da pandemia.<sup>37</sup> Dentre as centenas de redes de educação pesquisadas, o CTE-IRB afirmou que 80% da rede pública não recebeu preparo para lidar com estudantes com deficiência durante a pandemia. Nesse sentido, uma escola da rede estadual de Minas Gerais relatou dificuldades em adaptar os materiais durante o ERE para discentes com deficiência em razão do excesso de *fake news* e do descompasso entre grande volume de trabalho e curto espaço de tempo para conclusão dele. 21% de 232 redes municipais de educação sequer tinham estratégias para evitar o abandono escolar, apesar de no estudo todas as Secretarias de Educação declararem que elaboraram métodos de controle de acesso às atividades e às plataformas educacionais.

Por fim, o estudo aborda a questão da alimentação escolar. O direito à educação no Brasil, em parte, considera as desvantagens corrosivas, como a desnutrição. Estudantes não conseguem ou deixam de estudar por não ter o que comer. Este problema, em parte, vem se resolvendo, por força da Lei n.º 11.947/2009 (Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE), que estabeleceu o direito dos estudantes à alimentação fornecida pela e na própria instituição de ensino.

Na quarentena, a questão ressurgiu, por causa do fechamento das escolas: o que criava uma barreira para o acesso às merendas pelos estudantes. Porém, corrigiu-se esse ponto com a atualização da lei do PNAE. A Lei n.º 13.987, de 7 de abril de 2020 alterou aquela norma, de modo a permitir a distribuição da alimentação escolar aos responsáveis dos estudantes, durante a suspensão das aulas presenciais. Contudo, de acordo com o CTE-ITC, 56% de 203 redes municipais de educação adotaram critérios de seleção de discentes para distribuição de alimentos durante a pandemia. Isso contraria o PNAE, que ordena a distribuição universal de alimentos, i.e.: a todos os estudantes matriculados naquela rede de ensino (art. 2º, III, do PNAE). Além disso, essa distribuição não universal fomenta a desigualdade, pois alguns estudantes que dependem dessa alimentação não a receberão.

Mais uma vez, a ausência de uma diretriz nacional de combate à pandemia no âmbito da educação gera mais desigualdades na garantia desse direito. Projetos voluntários tentam suprimir essas lacunas. Por exemplo, em 2020 o projeto social Rango na Embalagem entregou milhares de refeições a necessitados<sup>38</sup> e o projeto de extensão EDUCAAR da Faculdade de Direito da UFRGS organizou campanha de doações de materiais didáticos para alunos em vulnerabilidade socioeconômica da rede pública estadual de Porto Alegre.<sup>39</sup> Outro projeto de extensão, o Reconecta

37 Disponível em: <<https://irbcontas.org.br/estudo-a-educacao-nao-pode-esperar/>>. Acessado em 02 de abril de 2021.

38 Cf. <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/fique-bem/noticia/2020/04/como-um-estudante-de-20-anos-ja-entregou-5-mil-refeicoes-para-quem-tem-fome-na-pandemia-ck9lwww500pf017nnjv96ljr.html>>. Acessado em 03 de abril de 2021.

39 Conforme informações divulgadas pelo projeto no III Simpósio de Educação Popular da Universidade Estadual Paulista em Franca (UNESP-FRANCA). Disponível em: <<https://youtu.be/Q65jLSSzlgU?t=4500>>. Acessado em 03 de abril de 2021.

UFRGS, consertou e doou cerca de 270 (duzentos e setenta) computadores também para estudantes em vulnerabilidade econômica.<sup>40</sup>

Todavia, esses e tantos outros projetos e iniciativas apenas suplementam as desigualdades na medida em que conseguem (isso é, dentro de suas limitações, como de recursos humanos e financeiros). Os projetos, em geral, não têm o dever e muitas vezes nem a capacidade de suprir educação, alimentação e produtos de informática a todo um município, estado ou país. Na verdade, a necessidade de recorrer às iniciativas populares decorre de uma prévia defasagem na garantia de direitos, ou seja: onde o Estado deveria atuar e não o fez adequadamente.

O art. 205 da CF/88 literalmente dispõe a educação como dever da família e do Estado, cabendo à sociedade (como os projetos sociais) apenas auxiliar na promoção e no incentivo dela. Ou seja, o papel da sociedade é quase que subsidiário. A família possui a obrigação de matricular e manter estudantes na escola (art. 55 da Lei n.º 8.069/1990) e o Estado, em colaboração com escolas particulares e de outros entes sociais, deve fornecer esse direito. Assim, até o ensino particular se submete ao controle pelo Poder Público (art. 209 da CF/88).

Lembra-se que é dever dos municípios, dos estados e da União zelar pela educação, seja legislando (art. 22, XXIV, 24, IX, e 30, I e II, CF/88), seja implementando políticas públicas a respeito (art. 23, V, CF/88) – como a garantia de uma educação pública de qualidade e promovendo aos discentes condições iguais de acesso e de permanência na escola. Notou-se que não só a União não elaborou políticas de redução dessas desigualdades, mas também os estados como o do Rio Grande do Sul, a exemplo da demora na preparação dos professores da rede pública para lecionarem aulas virtualmente – ocorrida apenas em junho de 2020, pelo menos três meses depois do início da pandemia.

Em parte, a espera provém da incerteza inicial quanto a duração da pandemia (duraria semanas, meses ou anos). Sem saber a duração, dificulta-se o planejamento, pois não se sabe se as políticas necessárias são de curto, médio ou longo prazo. Entretanto, essa demora não se atribui a uma suposta resistência dos professores em lecionarem remotamente, apesar de muitos deles reconhecerem o prejuízo no desenvolvimento psico-intelectual das aulas remotas em detrimento das presenciais. Pelo contrário, nota-se que vários professores da rede municipal de educação de Porto Alegre, além de zelarem por (1) combate efetivo à pandemia pra acelerar o retorno ao presencial quando esta acabar e (2) condições sanitárias adequadas para o trabalho durante a pandemia (remoto ou não), lutaram por um ERE de qualidade e pela garantia de meios para acesso efetivo de todos os alunos às aulas remotas, como o fornecimento de computadores e de *internet* razoável aos estudantes.<sup>41</sup>

Uma outra causa da demora, portanto, provém do próprio Estado – e não dos docentes. O Estado não agiu rapidamente para orientar os professores e os

40 Cf. <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/educacao-e-emprego/noticia/2021/02/em-seis-meses-projeto-da-ufrgs-consertou-e-doou-270-computadores-a-alunos-sem-recursos-ckkr89v4y004a017ws9jag95t.html>>. Acessado em 03 de abril de 2021.

41 Cf. <<https://simpa.org.br/nao-basta-ter-celular-professoras-questionam-ferramenta-de-ead-lancada-pela-prefeitura-de-porto-alegre/>>. Acessado em 22 de maio de 2021.

estabelecimentos de ensino sobre como atuarem na pandemia. Mesmo o Diretor do Sindicato dos Professores do Ensino Privado do RS (SINPRO/RS) criticou o atraso do MEC em editar políticas educacionais e orientações para enfrentar a pandemia nesta pasta. O Diretor frisou que essa ausência de orientações levaria a um aumento da desigualdade entre a educação pública e a privada.<sup>42</sup>

Considerando os dados a respeito da ausente ou, pelo menos, rarefeita política e conjunto normativo de resguardo do direito à educação durante a pandemia, houve clara omissão estatal em relação à capacitação educacional nesse período. Isso levou ao aumento de desigualdades, ferindo a capacitação educacional nos termos do art. 206, I, da CF/88 e do art. 3º, I, da LDB. Eventos contrários a esse direito já ocorreram, sobrando apenas uma correção póstuma, através, por exemplo, da via judicial. O dano ou a ameaça ao direito diante dessas desigualdades propicia críticas e reivindicações (art. 5º, XXXV, da CF/88).<sup>43</sup> A questão que se coloca, porém, é se essas críticas realmente pretendem proteger o direito à educação ou um outro interesse dos autores delas.

### 3. A PSEUDOPREOCUPAÇÃO COM O DIREITO À EDUCAÇÃO NA PANDEMIA

A partir do dia 19 de março de 2020, suspenderam-se as aulas presenciais no RS (art. 5º do Decreto Estadual n.º 55.118, de 16 de março de 2020), para prevenir a transmissão do novo Coronavírus. O Governador deste estado até propôs o retorno das aulas presenciais para setembro de 2020 (Decreto Estadual n.º 55.465, de 5 de setembro de 2020), no entanto recuou diante do aumento de casos da doença: suspendendo o retorno. Porém, depois permitiu, durante a ‘bandeira preta’ e durante a ‘cogestão’, o retorno presencial das aulas da educação infantil (creches) e do primeiro e do segundo ano da educação infantil (Anexo Único do Decreto Estadual n.º 55.771, de 26 de fevereiro de 2021).<sup>44</sup>

Entretanto, algumas associações e sindicatos entenderam como contraditório permitir aulas presenciais, em qualquer nível de ensino no então ápice da pandemia. Diante disso, insurgiram-se judicialmente contra o decreto, através de ação civil pública. Assim, em 28 de fevereiro de 2021, o 2º Juizado da 1ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central de Porto Alegre concedeu liminar para suspender o retorno das aulas presenciais das escolas da rede pública e privada de todo o Estado do RS, argumentando que o retorno às aulas presenciais naquele momento contrariava

42 CARDON, 2020. pp. 39-42.

43 Porém, o Poder Judiciário só previne ou repara danos ao direito à educação se e quando provocado. Pelo princípio da inércia do juiz (art. 2º do Código de Processo Civil – CPC/15), o magistrado atua somente diante do ajuizamento de um processo e dentro dos limites deste. Em geral, não compete ao Judiciário elaborar normas e políticas públicas sobre direito à educação, apenas realizar o controle legal e constitucional dessas duas, diante de ameaça ou lesão ao direito à educação por parte de algum agente, como até os Poderes Legislativo e Executivo. ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2020. pp. 81-83, 139 e 159.

44 O RS instituiu, como método de enfrentamento da pandemia, um sistema de bandeiras (Decreto Estadual n.º 55.240, de 10 de maio de 2020). Cada zona do estado recebia uma bandeira de acordo com a gravidade da pandemia neste local (em ordem crescente: amarela, laranja, vermelha e preta). Já o sistema de cogestão permitia que municípios atuassem em conjunto na gestão da pandemia e que, mesmo em bandeira preta, operassem sob as regras de bandeira inferior (art. 21, §2º do Decreto Estadual n.º 55.240).

as políticas de reiterado combate à pandemia por parte do Governo estadual.<sup>45</sup> A magistrada observou que, apesar de uma proibição do Poder Judiciário se imiscuir no mérito da Administração Pública, cabe a ele efetuar o controle de constitucionalidade das normas do Poder Executivo.

Mesmo (1) sendo uma liminar – e não uma sentença, (2) com as aulas suspensas há quase um ano pelo Poder Executivo (e não pelo Judiciário), com o Governo emitindo raras medidas de combate às desigualdades educacionais e (3) com uma crise no sistema de saúde naquela data;<sup>46</sup> a decisão gerou comoção alta no estado. Pais de alunos matriculados em colégios particulares, sindicatos de professores e de creches (ambos, em maioria, integrantes da rede particular de ensino), a Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do RS (OAB/RS), o Município de Feliz/RS e tantos outros sujeitos de direito requereram ingresso no processo como *amici curiae* ou litisconsortes. Ainda, muitos desses sujeitos interpuseram agravos de instrumento contra a liminar concedida pela magistrada. Destaca-se também que a concessão da liminar não repercutiu somente no âmbito jurídico: ocorreram passeatas contra a decisão e ameaças contra a magistrada que a proferiu.<sup>47</sup>

Aqueles sujeitos, assim como muitos outros, parecem apresentar uma preocupação com a garantia do direito à educação. Em contrapartida à liminar, editaram-se normas declarando a educação como uma ‘atividade essencial’ – como a Lei Estadual do RS n.º 15.603, de 23 de março de 2021. No entanto, essa preocupação, aqui representada em colocar a educação como ‘prioridade’, realmente existiu durante a pandemia de COVID-19 ou trata-se apenas de um recorte, uma pseudopreocupação em tentativa de defender, de modo subjacente, outros interesses? Em síntese, precisa-se verificar em qual sentido que se fala, ao redor do Brasil durante a pandemia, em prioridade de proteger o direito à educação.

Semelhantemente à desigualdade, a desvalorização da educação no Brasil também se perpetua na sua história, não configurando novidade do período de pandemia – mas mantida ou agravada neste. Kang argumenta que até o século XX, a educação do Brasil apresentava grande atraso e com pouca literatura a respeito. Estranhamente, após 1930 irrompe uma repentina preocupação com a educação das massas.<sup>48</sup> O autor conclui que tratava-se de uma falsa preocupação com a educação das massas: a intenção era meramente de prover educação básica para (1) diminuir a criminalidade, (2) manter uma certa ordem social e (3) formar uma abundância de trabalhadores desqualificados em relação a uma minoria, que receberia educação

45 E-processo n.º 50199649420218210001. Cf. <<https://www.tjrs.jus.br/novo/noticia/suspensas-aulas-presenciais-nas-escolas-publicas-e-privadas-do-rs/>>. Acessado em 02 de abril de 2021.

46 No dia 28/02/2021, os hospitais de Porto Alegre constavam com superlotação de leitos; e o número de óbitos no RS por COVID-19 batia recordes. Respectivamente: <<https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2021/02/28/porto-alegre-tem-mais-um-dia-com-leitos-de-utis-ocupados-acima-de-100percent-da-capacidade-veja-ranking.ghtml>>; <<https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2021/02/28/rs-registra-mais-49-obitos-por-covid-19-media-movel-de-mortes-sobe-73percent-e-atinge-novo-recorde.ghtml>>. Acessado em 02 de abril de 2021.

47 Sobre as manifestações, veja: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/educacao-e-emprego/noticia/2021/03/escolas-particulares-de-educacao-infantil-protestam-contra-decisao-judicial-que-proibiu-aulas-presenciais-no-rs-cklqx2rch007f0166epzm1wt7.html>>. Em relação às ameaças à magistrada, a Associação dos Juizes do RS (AJURIS-RS) publicou nota de repúdio contra os ataques: <<https://ajuris.org.br/2021/03/01/nota-de-apoio-a-magistrada-rada-maria-metzger-kepes-zaman/>>. Acessados em 02 de abril de 2021.

48 KANG, 2019. pp. 35-37.

em alto nível.<sup>49</sup> Essa pseudopreocupação também se expõe na medida em que entre 1956 e 1964 as políticas educacionais destinaram um gasto por estudante muito maior ao nível superior do que ao nível primário de educação: um favorecimento dos mais favorecidos em termos educacionais em detrimento da massas, sequer alfabetizadas.<sup>50</sup>

Pseudopreocupação que persiste na contemporaneidade. O Estado gastava, ao final do século XX, 24 (vinte e quatro) vezes mais com menores internados na Fundação Estadual para o Bem-Estar do Menor (FEBEM) do que com alunos matriculados em escolas estaduais de São Paulo. Além disso, dispndia 60% do orçamento educacional com o ensino superior, enquanto 20% dos professores do ensino fundamental recebiam menos de dois salários-mínimos.<sup>51</sup> Professores estes que por diversos meses obtiveram pagamento dos seus salários apenas parceladamente.<sup>52</sup> Por fim, destaca-se que, por um lado, a Emenda Constitucional Federal n.º 95/2016 congelou os gastos da educação; por outro, a União propiciou o perdão de dívidas bilionárias de bancos e de igrejas.<sup>53</sup> Existe uma certa inconsistência entre os dois fatos, afinal o argumento empregado para a aprovação da Emenda de 2016 foi a falta de dinheiro, o que aponta uma pseudopreocupação com a matéria da educação.

Essa pseudopreocupação se mantém na pandemia. Por quase um ano as escolas foram fechadas e emitiram-se escassas políticas de combate às desigualdades, enquanto em maio de 2020 barbearias e salões de beleza já constavam na lista de serviços essenciais (Decreto n.º 10.344, de 08 de maio de 2020). A proclamação de 'essencialidade' da educação parece inócua, ainda mais considerando que os gastos com a educação básica caíram de cerca de R\$ 4 bilhões (quatro bilhões de reais) em 2019 para R\$ 3 bilhões (três bilhões de reais) em 2020, segundo o Portal da Transparência.<sup>54</sup> Diferença que cresce mais se corrigidos os valores de 2019 pela inflação. Em contrapartida, nenhum dos países membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) diminuiu o investimento na pasta em 2020: na verdade, 65% deles aumentaram os gastos com a educação.<sup>55</sup>

Essa falta de investimentos reflete numa baixa infraestrutura, não segura, das escolas. Segundo o Censo Escolar da Educação Básica de 2020 do MEC, milhares de escolas públicas sequer possuem rede de saneamento básico para retomar as aulas e receberem os alunos em condições adequadas, principalmente levando em conta a pandemia. O número de escolas sem banheiros cresceu de 2019 a 2020.<sup>56</sup> Ou seja, não se trata de

49 KANG, 2019. pp. 40-42.

50 KANG, 2017. pp. 44-45.

51 AKKARI, 2011. pp. 171-172.

52 Cf. <<https://valor.globo.com/brasil/noticia/2020/11/27/governo-do-rs-diz-que-pagara-salarios-em-dia-apos-57-meses-de-parcelamento.ghtml>>. Acessado em 04 de abril de 2021.

53 Respectivamente: <<https://oglobo.globo.com/economia/carf-decide-favor-do-itaun-em-processo-de-25-bi-de-impostos-21186804>>; e <<https://valor.globo.com/politica/noticia/2021/03/17/em-aceno-a-evangelicos-governo-avalia-perdoar-r-14-bi-em-dividas-de-igrejas.ghtml>>. Acessado em 04 de abril de 2021.

54 Cf. <<http://www.portaltransparencia.gov.br/funcoes/12-educacao?ano=2020>>; e <<http://www.portaltransparencia.gov.br/funcoes/12-educacao?ano=2019>>. Acessado 22 de maio de 2021.

55 Cf. <<https://www.redebrasilatual.com.br/educacao/2021/05/abandono-da-educacao-faz-parte-dos-planos-do-governo-bolsonaro/>>. Acessado em 22 de maio de 2021.

56 Cf. <<https://www.gov.br/inep/pt-br/areas-de-atuacao/pesquisas-estatisticas-e-indicadores/censo-escolar/resultados>>. Acessado em 22 de maio de 2021.

querer a todo custo impedir a volta às aulas, mas antes de mostrar que não se planejou volta às aulas segura – o que não é possível em virtude de uma omissão estatal contínua e cada vez mais grave. Essa falta de planejamento e de combate de desigualdades que prejudicou o ensino, e não aqueles que argumentam uma impossibilidade de retorno às aulas presenciais, diante da falta de prevenção e de infraestrutura adequada.

Declarar a educação como essencial, porém sem prover um ambiente seguro, não é realmente torná-la prioridade, mas uma tentativa de retomada do ensino presencial sob qualquer condição – mesmo que para isso a escola torne-se apenas um depósito de crianças em um ambiente insalubre. Se a educação presencial de fato fosse essencial (e não apenas algo dito em lei ‘para inglês ver’), o Brasil envidaria esforços para garantir uma infraestrutura educacional adequada em meio à pandemia, através de legislações, políticas e investimentos nessas áreas – propiciando o quanto antes um retorno seguro ao presencial, inclusive através da erradicação da própria pandemia.

Na realidade, observou-se o contrário. Diversos atos e pronunciamentos do Governo Federal contrariavam as orientações de combate à pandemia, prolongando-a.<sup>57</sup> Há indícios até de o Governo Federal recusar três vezes a compra de milhões de doses de vacina.<sup>58</sup> Essa negligência no combate à pandemia, combinada com as raras normas no âmbito do direito à educação em 2020 (ver capítulo anterior), implica em um prolongamento das desigualdades educacionais agravadas por ela.

Outrossim, até o final de março de 2021, profissionais da área da educação não constavam no grupo prioritário de vacinação.<sup>59</sup> A exceção foi o Estado de São Paulo, que anunciou a inclusão daqueles profissionais na lista de prioridade em 24 de março de 2021. Contudo, este estado marcou o começo dessas vacinações apenas para o mês seguinte (abril de 2021). Na maioria dos estados essa prioridade de vacinação só surgiu meses depois da decisão de volta às aulas presenciais. Há mais um argumento de que se presava pelo retorno às aulas presenciais a qualquer custo, no caso: mesmo sem a garantia da segurança dos profissionais deste meio.

Existem ordens de retorno das aulas presenciais de dezembro à março de 2021, em várias localidades.<sup>60</sup> Parte delas inclusive, autorizaram a volta às aulas presenciais mesmo com uma simultânea crise no sistema de saúde por causa da pandemia, como no Paraná.<sup>61</sup> Poder-se-ia argumentar que naquela época não haviam vacinas

57 CALIL, 2021. pp. 43-45.

58 Cf. <<https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2021/03/governo-negou-3-vezes-ofertas-da-pfizer-e-perdeu-ao-menos-3-milhoes-de-doses-de-vacina.shtml>>. Acessado em 23 de maio de 2021.

59 Por exemplo: <<https://cidadeverde.com/noticias/344435/dr-pessoa-anuncia-decreto-para-vacinar-guardas-professores-e-jornalistas>>; <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/colonistas/rosane-de-oliveira/noticia/2021/04/tribunais-de-contas-defendem-retomada-de-aulas-presenciais-e-prioridade-aos-professores-na-vacinacao-ckn3ualnz005d016ucd15up2k.html>>; <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/03/24/sp-anuncia-vacinacao-contracovid-19-de-professores-e-policiais.ghtml>>. Acessado em 06 de abril de 2021.

60 Exemplificativamente: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2020-12/mec-determina-volta-aulas-presenciais-partir-de-4-de-janeiro>>; <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/02/01/volta-as-aulas-presenciais-em-escolas-particulares-de-sao-paulo-comeca-nesta-segunda-feira.ghtml>>; <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/educacao-e-emprego/noticia/2021/02/volta-as-aulas-presenciais-conheca-iniciativas-no-brasil-e-no-mundo-para-o-retorno-as-escolas-ckkref6sh006r017w2v1uso4e.html>>; <<https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/educalab/governo-vai-permitir-que-escolas-para-criancas-de-0-a-3-anos-continuem-abertas-em-fortaleza-1.3055315>> Acessado em 06 de abril de 2021.

61 Cf. <<https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2021/03/22/curitiba-atinge-103percent-de-ocupacao-de-leitos-adultos-de-uti-do-sus-para-covid-19-e-pacientes-estao-em-vagas-de-outras-especialidades.ghtml>>; <<https://g1.globo.com/pr/parana/educacao/noticia/2021/03/26/volta-as-aulas-no-parana-entenda-por-que-o-ensino-presencial-esta-suspenso-na-rede-publica-mas-foi-liberado-nas-escolas-particulares.ghtml>>. Acessado em 06 de abril de 2021.

autorizadas ou em quantidade suficiente para aplica-las aos profissionais da educação. Todavia, se esse era o caso, as aulas presenciais não deveriam retornar, pois exporia toda a comunidade escolar a um risco de contágio. Frisa-se: abrir escolas sem prover vacinas para estes profissionais, ainda que os riscos de transmissão do vírus entre crianças fossem baixos, revela qual a importância dada à educação.

Importante ressaltar que o direito à educação também contém a valorização destes profissionais. Conforme o art. 206, V, da CF/88, o ensino será ministrado seguindo o princípio de valorização destes. Ora, inexistente uma verdadeira preocupação com eles quando, além de se parcelar os salários dos profissionais da educação, se permite o retorno das aulas presenciais sem uma garantia da proteção adequada, por meio da vacinação prévia ou ao menos da rápida inclusão desses profissionais no rol de prioritário da vacinação. Uma vez que pouco importa a proteção daqueles profissionais, o que vários entes estatais propuseram – e o que parte da sociedade apoiou – foi a abertura das escolas a qualquer custo, sem uma legítima preocupação com o direito à educação no seu sentido constitucional.

Exemplificativamente, em diversas cidades, como Caxias do Sul/RS, Curitiba/PR, Salvador/BA e São Paulo/SP, pais de estudantes moveram protestos a favor da retomada das aulas presenciais no primeiro trimestre de 2021 – o mais grave período da pandemia.<sup>62</sup> Inclusive, nota-se que organizações de ensino privado, como a Federação Nacional das Escolas Privadas (Fenep) propôs a volta às aulas presenciais mesmo sem a aprovação das prefeituras locais. Semelhantemente, o Conselho Nacional de Secretários da Educação (Consed) criticaram a suspensão do retorno ao presencial, mesmo diante da recomendação de vários Secretários Estaduais da Saúde orientando pelo fechamento das escolas.<sup>63</sup>

Uma das críticas recorrentes à liminar abordada anteriormente, que proveu a suspensão das aulas, é de que a magistrada suspendeu as aulas, mas não fechou os bares, restaurantes e tantos outros estabelecimentos. Primeiro, lembra-se que ao juiz veda-se julgar além do pedido: se a petição inicial requereu tão somente o fechamento das escolas (exatamente a situação daquele processo), o juiz não pode ordenar o fechamento de outros estabelecimentos. Caso contrário, a sentença será *extra* ou *ultra petita* (art. 141 do CPC/15) e, em qualquer das hipóteses, nula.<sup>64</sup>

Em segundo lugar, se a falta de aulas presenciais realmente preocupa o Governo, deveria haver uma ação do Poder Executivo e do Legislativo para empregarem os máximos esforços no combate à pandemia além de, conjuntamente, na redução de desigualdades educacionais no ano de 2020 e de um retorno seguro às aulas presenciais, com vacinação dos profissionais de educação e demais trabalhadores da comunidade escolar.

62 Respectivamente: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/pioneiro/geral/noticia/2021/03/escolas-infantis-e-pais-de-alunos-pedem-retorno-de-aulas-presenciais-em-caxias-do-sul-cklr74dsq008q014nr1ysj5e.html>>; <<https://www.bemparana.com.br/noticia/pais-e-familiares-de-alunos-fazem-carreata-em-protesto-a-suspensao-das-aulas-presenciais#YWmXRBrMLIU>>; <<https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/2021/01/16/protesto-organizado-por-pais-de-alunos-de-escolas-de-reivindica-volta-das-aulas-presenciais-em-salvador.ghml>>; e <<https://valor.globo.com/empresas/noticia/2021/01/13/pais-de-alunos-da-rede-privada-protestam-por-retomada-das-aulas-em-sp.ghml>>.

63 <<https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2021/03/secretarios-de-educacao-pelo-pais-resistem-a-novo-fechamento-de-escolas.shtml>>. Acessado em 15 de outubro de 2021.

64 ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2020. pp. 470-472.

Outro possível argumento a favor do retorno das aulas presenciais e da suposta prioridade da educação é a questão da saúde mental dos estudantes, a qual será prejudicada por ficarem em casa. No entanto, se houvesse essa preocupação, novamente, haveria uma política de enfrentamento para o ágil término da pandemia e, logo, da quarentena. Ademais, enviar crianças às escolas em um contexto de ápice da pandemia (março de 2021) também feriria a sanidade mental delas. Aulas presenciais exigem um maior deslocamento e contato entre pessoas do que as remotas, aumentando a transmissão do vírus, ainda que apenas entre os responsáveis por transportar o discente no trajeto escola-domicílio ou vice-versa e dos profissionais da comunidade escolar.<sup>65</sup>

Então, várias crianças sofreriam com parentes, amigos, professores e conhecidos acometidos ou mortos pela doença. Definitivamente, a morte de um avô traumatiza a saúde mental de uma criança. Isso porque assistir aos entes queridos passarem por essa moléstia priva o infante de uma convivência familiar e social saudável, que deveria lhe ser fornecida por força do art. 227, *caput*, da CF/88 e do art. 19 da Lei n.º 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA). Lembra-se que não existe como recuperar uma vida perdida ou substituir um ente querido por outra pessoa. Ao contrário, as aulas podem e estão sendo providas de um modo diverso, ainda que se argumente que o aprendizado virtual não equivalha ao presencial e que gere um atraso no desenvolvimento psico-intelectual. Entretanto, se os discentes não têm acesso a essas aulas, o problema tange a uma desigualdade educacional, causada por desvantagens corrosivas e omissões estatais – como argumentado anteriormente.

Ademais, se a pandemia se estender e na eventualidade de a criança se contaminar com COVID-19 ou vier a óbito, o direito à educação da criança restará prejudicado por outra desvantagem corrosiva: a falta do direito à saúde ou à vida. Afinal, doentes ou mortos não conseguem estudar. Com o óbito (que atingiria principalmente os menos favorecidos), ceifam-se as oportunidades (capacitações) de uma vida inteira, inclusive todas possibilidades de formação educacional e de carreira que o indivíduo poderia ter. Igualmente, se professores e demais profissionais da educação adoecerem, faltarão pessoas para ministrar as aulas, gerenciar e realizar a manutenção da instituição de ensino. Claro, entende-se que a ausência de educação presencial possa acarretar em desenvolvimento intelectual prejudicado,<sup>66</sup> porém o direito à educação (art. 205, CF/88) só pode ser garantido se outros direitos forem também efetivados, como os direitos à saúde (art. 196 da CF/88 e art. 7º do ECA) e à vida (art. 5º, *caput*, da CF/88 e art. 7º do ECA).

Nessa linha, Elizabeth Anderson explica que os direitos fundamentais precisam ser garantidos em conjunto: os direitos sociais (como educação) dependem de outros direitos fundamentais (como à vida) para se realizarem.<sup>67</sup> Por isso, na ADPF n.º 811, o

65 Sobre o tema, uma nota da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) indica a correlação entre a circulação de pessoas por meio de transportes públicos e o aumento de casos de COVID-19. Disponível em: <<https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/43142>>. Acessado em 15 de outubro de 2021.

66 Este artigo não defende o ERE, o EAD e nem o ensino domiciliar em detrimento das aulas presenciais. No entanto, na pandemia e diante da ausência de políticas públicas auxiliares, o ensino presencial não é o mais adequado.

67 ANDERSON, 1999. p. 316.

Ministro Alexandre de Moraes criticou aqueles que defendem que: “Como se restrição a escola fosse contra educação, restrição a comício fosse contra liberdade política.” Para o Ministro, “O que está em jogo é a defesa da vida!”. Ou seja: o fechamento das escolas apresenta-se como solução necessária para proteção do direito à vida, sem o qual não há como existir direito à educação. Novamente, a falta de um efetivo combate a pandemia (especialmente pela União) prejudica o direito à educação. O quanto antes encerrar a pandemia, mais cedo se torna possível a retomada de aulas presenciais, garantindo pleno desenvolvimento intelectual dos infantes.

Nesse sentido, compreende-se que muitos responsáveis que precisam trabalhar e não tenham como pagar creches, cuidadores de crianças e nem com quem deixar os filhos contem com a abertura das escolas como uma solução. Por precisarem trabalhar e não terem com quem deixar os filhos ou trabalham e deixam os menores sozinhos; ou ficam em casa para cuidar deles e passam fome por não receberem; ou levam os menores para o trabalho e os deixam sem assistir às aulas. Em suma, a ausência de outros direitos elementares afeta o direito à educação, como Anderson explicara.

Entretanto, o problema do fechamento das escolas não está na decisão do Poder Judiciário. A gravidade da falta de aulas presenciais para esse grupo social reflete uma ausente política de combate às desigualdades socioeconômicas e, especialmente, às desvantagens corrosivas do direito à educação (incluindo aquelas descritas no capítulo anterior), de modo a permitir que esses responsáveis possam (1) não trabalhar presencialmente; (2) ter recursos financeiros suficientes para pagar alguma pessoa (física ou jurídica) para cuidar da criança enquanto trabalham; ou (3) uma rede de apoio pública, incluindo direitos e serviços de maternidade e de paternidade diversos, que preste auxílio à criança ou ao responsável durante o período de trabalho. O que não ocorreu.

Uma das poucas medidas nesse sentido foi o auxílio-emergencial (Lei n.º 13.982/2020) no valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais). O valor não se equiparava ao de um salário-mínimo na época: R\$ 1.045,00 (mil e quarenta e cinco reais), segundo a Lei n.º 14.013/2020. Portanto, uma das raras políticas assistenciais sobre o tópico sequer garantia a subsistência da família, visto que o salário-mínimo contempla a renda suficiente (em teoria) para a satisfação de necessidades básicas, como alimentação e educação (art. 7º, IV, da CF/88). Calculava-se que quantia necessária para a satisfação de todas essas necessidades em janeiro de 2020 totalizava mais de R\$ 4 mil (quatro mil reais) e em outubro do mesmo ano já superava a marca de R\$ 5 mil (cinco mil reais).<sup>68</sup> Em síntese, pelo menos o quádruplo do valor do salário-mínimo vigente e mais que o sêxtuplo do valor do auxílio-emergencial.

Logo, observa-se que as políticas de combate às desigualdades econômicas não suprimiram o papel de evitar ou combater as respectivas desvantagens corrosivas na educação. Assim, acabou se tolhendo a capacitação educacional dos menos favorecidos. Os responsáveis que não tinham com quem deixar os filhos teriam de

68 Cf. <<https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>>. Acessado em 22 de maio de 2021.

optar entre trabalhar para garantir a subsistência da família ou ficar em casa, com remuneração nula ou insuficiente, tomando conta dos menores – pois o auxílio-emergencial não permitia situação diversa. Se os responsáveis levassem os menores para o trabalho ou se estes tivessem de complementar na renda (responsável em casa recebendo auxílio-emergencial), os infantes acabavam com menos tempo para estudar. Novamente, os menos favorecidos, por força de desvantagens corrosivas, conseguem usufruir menos de oportunidades educacionais.

Quanto ao assunto, a ausência dessas medidas auxiliares suficientes em tese afronta normas internacionais sobre a temática. A Convenção Internacional sobre Direitos da Criança (1990) ordena que o Estado crie políticas assistenciais aos responsáveis que trabalham, com a intenção de evitar que esse fator atrapalhe a efetivação do direito à educação da criança – art. 18, item 3, da Convenção.<sup>69</sup> Ou seja, o Direito Internacional enxerga a problemática de prestar direito à educação sem se atentar às desigualdades e às desvantagens corrosivas.

Portanto, reabrir as instituições de ensino repentinamente em plena pandemia e sem medidas preventivas e combativas desvela uma pseudopreocupação com o direito à educação. Enxerga-se, na verdade, a escola como mero depósito de crianças. Não se está realmente preocupado com abrir as escolas públicas para evitar aumento da desigualdade e nem com o bem-estar da comunidade escolar, tanto que se notou uma escassez de normativas para esses dois fins – sem qualquer insurgência por parte de agentes como sindicatos de creches particulares ou a OAB/RS.<sup>70</sup> Nem mesmo existem diretrizes de adaptação das aulas para garantir, mesmo nas circunstâncias pandêmicas, um ensino que promova o desenvolvimento da cidadania plena.

Apenas se demanda o retorno das aulas presenciais apesar de todas as circunstâncias e das possíveis consequências, para se largar os infantes neste local enquanto os responsáveis trabalham ou efetuam outras atividades. Não se leva em consideração que o direito à educação é um direito público subjetivo da criança, de acordo com o art. 53 do ECA. O Supremo Tribunal Federal (STF) no RE n.º 888.815/RS asseverou que o direito à educação pertence à criança, não aos responsáveis pela criança ou ao Governo. Estes agentes não podem dispor livremente dele: devem buscar a sua proteção em consonância com os interesses do educando (art. 18, item 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança). Nesse sentido, não se pode abrir as escolas e depositar os estudantes lá simplesmente porque não suportam (financeira ou psicologicamente) mais cuidar deles durante a quarentena, nem mesmo ignorar os possíveis prejuízos para a criança com a retomada das aulas presenciais, como a privação de uma convivência familiar adequada.

Ademais, a educação é um direito *público* subjetivo, com um interesse público subjacente. Isso quer dizer que a educação, mesmo numa pandemia, não pode

69 Ratificada pelo Brasil através do Decreto n.º 99.710/90.

70 Vale notar que, antes da liminar citada, os sujeitos que a criticaram não se prontificaram a entrar em juízo diante da desigualdade educacional na pandemia ou da falta de normativas a respeito.

ocorrer de qualquer modo. A educação, nos termos do art. 205 da CF/88, visa à formação do cidadão, não apenas sua preparação para o mercado de trabalho. Ensina-se a pensar e refletir ao ponto de discentes conseguirem escolher, autonomamente, qual o estilo de vida que deseja seguir.<sup>71</sup> Significa desenvolver diversas capacitações (como o pensamento crítico e o respeito a todos os indivíduos) a fim de cultivar a cidadania em cada estudante, em outras palavras: que este se torne um adulto autônomo e capaz de exercer plenamente suas liberdades e seus direitos. Não se trata de apenas formar o indivíduo para o mercado de trabalho e, menos ainda, apenas depositar o educando em um estabelecimento de ensino que nem mesmo detém condições sanitárias adequadas para recebê-lo, durante o horário de trabalho dos responsáveis.

O direito à educação na pandemia requer, em aulas remotas ou presenciais, uma série de políticas que leve a isso. Inclusive, a permitir que qualquer estudante tenha chances razoáveis de alcançar o estilo de vida almejado.<sup>72</sup> Porém, como visto, isso não ocorreu, pois houve uma omissão estatal nesta matéria, propiciando a continuidade e o aumento de desigualdades. Enquanto aqueles com recursos financeiros usufruem de um ERE similar a um EAD em suas casas, sobra aos menos favorecidos um ERE deficitário ou uma educação presencial como um depósito de crianças. Em síntese, a pseudopreocupação com o direito à educação, sob um discurso de suposta proteção dele, apenas o danificou.

#### 4. CONCLUSÃO

Dessa forma, o direito à educação durante a pandemia de COVID-19 no Brasil vem sofrendo com o aumento de desigualdades. Esse campo historicamente já era desvalorizado, conforme indicam os dados e as pesquisas. O investimento na educação há séculos propiciava uma diferença entre a educação para uma elite e outra para os menos favorecidos. Para o primeiro grupo, havia um grande investimento em ensino superior. Para o outro, uma formação meramente para o mercado de trabalho, com um investimento maior em internados na FEBEM do que em alunos da rede pública. Isso se reflete também no fato de que, por pelo menos trezentos anos, boa parte da população foi excluída de receber esse direito.

A pandemia, assim como qualquer crise, escancarou mais ainda essas desigualdades. Desvantagens corrosivas no âmbito do direito à educação, tais como entraves para estudar e pesquisar em razão de os discentes terem filhos, precisarem trabalhar, adoecerem (saúde física ou mental), sofrerem abusos, não terem o que comer ou não terem meios para o acesso adequado e não humilhante às aulas contribuiu para esse agravamento. Em que pese projetos sociais e voluntários tentassem suprir esses problemas, a questão não se resolve pois ocorreu uma omissão estatal no sentido de ausência ou raridade de normas e políticas para

71 RANIERI, 2009, pp. 365-373. FREIRE, 2018, pp. 93-166.

72 NUSSBAUM, 2010, pp. 9-26.

combater e evitar o crescimento dessas desigualdades. A falta de capacitação de professores da rede pública e de fornecimento de *internet* e infraestrutura adequada para as aulas, além da ausência de uma diretriz nacional de educação na pandemia (o que levou a uma violação do princípio da universalização do PNAE em vários Municípios) trouxe prejuízos incalculáveis à educação, em afronta ao arts. 3º, III, e 206, I, da CF/88 e art. 3, I, da LDB.

Essa ausência de medidas contra o aumento da desigualdade levou, em certa medida, a uma pressão do Poder Judiciário. No entanto, o Poder Judiciário atua somente de modo reativo a uma ameaça ou lesão de direito e quando requerido (princípio da inércia do juiz), não sendo seu papel, em geral, a elaboração de políticas públicas. Se responsáveis estão sendo prejudicados pela falta de aulas presenciais em conjunto do prolongamento da pandemia é porque não houve um efetivo combate a ela e nem às desvantagens corrosivas que ela acarretou, de modo a permitir que esses responsáveis trabalhem ou permaneçam em casa remuneradamente e que os discentes possam estudar adequadamente, mesmo que apenas com aulas virtuais. Se as aulas virtuais não permitem um desenvolvimento pleno, a erradicação da pandemia deveria ocorrer rapidamente para o retorno seguro às aulas presenciais, mas não houve medidas nesse sentido.

Ao contrário, o Governo apenas apresentou uma pseudopreocupação com a educação. Algumas normas declaravam literalmente que a educação era essencial. Porém, a tomada da educação como 'prioridade' restringiu-se a essa declaração escrita, pois nem na lei e nem na prática se garantiram condições para uma educação remota ou presencial adequada durante a pandemia. Não considerou a educação como um direito público subjetivo que visa a formação de cidadãos: apenas enxergou a escola como um depósito de crianças. Enquanto os mais favorecidos (elites) recebiam ERE similar a um EAD, sobrava um ERE deficitário ou a escola como mero depósito para os menos favorecidos.

Se realmente houvesse uma preocupação com o direito à educação, União, estados e municípios teriam elaborado diversas normas, políticas e diretrizes de redução das desigualdades educacionais, como um ágil preparo dos professores para lecionarem aulas virtuais e a implementação de auxílios financeiros para os discentes adquirirem infraestrutura, tempo e sanidade mental para acompanharem as aulas. O que, de acordo com todos os dados levantados, não ocorreu.

Espera-se que, com os resultados dessa pesquisa, crie-se uma reflexão e um alerta perante o agravamento dessas desigualdades. Identificado o problema ao menos em parte, em conjunto dos motivos e dos responsáveis pelo agravamento das desigualdades educacionais, torna-se mais claro o que fazer de agora em diante. Requer-se por parte da população e dos órgãos de controle uma postura ativa de cobrança dos agentes estatais responsáveis e, mais ainda, que estes efetivamente elaborem normas e políticas públicas educacionais, especialmente durante pandemias. Em suma, a educação precisa se tornar de fato prioridade.

## REFERÊNCIAS

- AKKARI, Abdeljalil. Desigualdades educativas estruturais no Brasil: entre Estado, privatização e descentralização. **Educação & Sociedade**, ano XXII, n.º 74, 2011. pp. 163-189.
- ANDERSON, Elizabeth Secor. What is the Point of Equality?. **Ethics**, vol. 109, n.º 02, 1999. pp. 287-337.
- ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. Volume 2. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- BERG, Juliana; COSTA-LOBO, Cristina; VESTENA, Carla Luciane Blum; ZWIEREWICZ, Marlene. Pandemia 2020 e educação. **Revista Brasileira de Educação Ambiental**, vol. 15, n.º 4, 2020. pp. 470-487.
- CASTRO, Carine Jardim de; CICUTO, Camila Aparecida Tolentino; JUNQUEIRA, Sonia Maria da Silva. Anxiety, depression and stress in times of pandemic: a study with high school student. **Research, society and development**, vol. 09, n.º 10, 2020.
- CALIL, Gilberto Grassi. A negação da pandemia: reflexões sobre a estratégia bolsonarista. **Serviço Social & Sociedade**, n.º 140, 2021. pp. 30-47.
- CARDON, Sani Belfer. Flexibilizações das normativas na educação no Brasil... para quem?. Porto Alegre: **Revista Textual (SINPRO/RS)**, vol. 1, n.º 28, 2020. pp. 38-42.
- CHAGAS, Francisca Carla Ferreira das; NEBOT, Carmen Pineda; OLAVO, Antônio Vagner Almeida. Ações do Conselho Tutelar na garantia dos direitos da criança e adolescentes na Amazônia durante a pandemia de COVID-19. **Sociedad e infancias**, vol. 04, 2020. pp. 235-238.
- COELHO, Elza Berger Salema; GUEDERT, Jucélia Maria; PLATT, Vanessa Borges. Violência contra crianças e adolescentes: notificações e alerta em tempos de pandemia. **Revista Paulista de Pediatria**, vol. 39, 2021.
- DE-SHALIT, Avner; WOLFF, Jonathan. **Disadvantage**. Nova York: Oxford University Press, 2007.
- FOPPA, Lucas Porto. Parâmetros para o direito à educação cidadã. **Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná**, vol. 8, n.º 14, 2021. pp. 140-155.
- FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. São Paulo: Paz e terra, 2018.
- GOMES, Laurentino. **1808: como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a história de Portugal e do Brasil**. São Paulo: Planeta, 2007.
- KANG, Thomas. Educação para as elites, financiamento e ensino primário no Brasil, 1930-1964. **Latin America Research Review**, vol. 52, n.º 01, 2017. pp. 35-49.
- \_\_\_\_\_. **The political economy of education under military rule in Brazil, 1964-1985**. Tese (doutorado em Economia Aplicada) - Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019.
- MOTA, Antonio Rosembergue Pinheiro; NOVO, Bruno Núñez. O direito à educação. **Revista Jurídica Portucalense**, n.º 24, 2018. p. 111-127.
- NUSSBAUM, Martha Craven. **Not for profit: why democracy needs humanities**. Princeton: Princeton University Press, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Creating capabilities: the human development approach**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.
- RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **O Estado democrático de direito e o sentido da exigência de preparo da pessoa para o exercício da cidadania, pela via da educação**. Tese (doutorado em Teoria Geral do Estado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
- SEN, Amartya. **The idea of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- STANISCUASKI, Fernanda; *et al.* **Gender, race and parenthood impact academic productivity during the COVID-19 pandemic: from survey to action**. BioRxiv, 2020. Disponível em: <<https://www.biorxiv.org/content/10.1101/2020.07.04.187583v1.full.pdf>>. Acessado em 03 de abril de 2021.

## CRONY CAPITALISM AND CAR WASH CASE CAPITALISMO DE COMPADRIO E OPERAÇÃO LAVA JATO

Renato Maia de Faria<sup>1</sup>  
rmaiafaria@hotmail.com

Recebido/Received: 19.09.2021/ September 19th, 2021.  
Aprovado/Approved: 28.01/2022/ January 28th, 2022.

### RESUMO

Este artigo pretende fazer uma análise do capitalismo brasileiro, à luz da teoria de Luigi Zingales, de modo a demonstrar que as relações de compadrio levam a um sistema de corrupção e de incentivos pro empresas e não pro mercado. Contextualizando com base nos fatos revelados pela Operação Lava Jato, busca-se evidenciar que a mudança dessa sistemática é necessária não apenas por uma questão de justiça, mas também de eficiência econômica. Para isso, apresenta-se a teoria institucionalista de Douglas C. North e a teoria econômica do crime de Gary Becker com vistas a demonstrar que a construção de um ambiente institucional eficaz no combate à corrupção é fundamental para o desenvolvimento. Em seguida, aplicando-se o método hipotético-dedutivo parte-se para a análise da legislação brasileira que fundamenta as imputações da Lava Jato, para se concluir que um dos grandes propulsores do sucesso investigativo foi o instituto da colaboração premiada porquanto, ao quebrar os segredos e colusão entre corruptos e corruptores, permitiu uma otimização do poder investigativo e punitivo estatal com resultados empíricos pungentes. Além da atualidade do tema, o artigo justifica-se como forma de instigar o debate sobre a necessidade de fortalecimento institucional para o combate à corrupção no Brasil.

**Palavras-chave:** Capitalismo de compadrio. Corrupção. Operação Lava Jato. Colaboração Premiada.

### ABSTRACT

*This paper intends to make a brief analysis of Brazilian capitalism, according to the theory of Luigi Zingales, in order to demonstrate that the relations of cronyism lead to a system of corruption and incentives for companies and not for the market. Contextualizing based on the facts brought about by Car Wash Case the paper seek to show that the change of this system is fundamental not only for the sake of justice, but also for economic efficiency. Follow this intent are presented Douglas C. North's institutionalist theory and Gary Becker's*

<sup>1</sup> Mestre em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-graduando em Análise Econômica do Direito pela Faculdade de Direito de Lisboa. Pós-graduado em Direito Público pela Faculdade Maurício de Nassau, Recife/PE. Especialista em Prevenção e Combate à Corrupção pela Universidade Estácio de Sá em convênio com o CERS. Promotor de Justiça do estado de Santa Catarina. Coordenador do Grupo Especial Anticorrupção do Ministério Público do Estado de Santa Catarina - Núcleo Joinville. Professor da Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCPR e de Direito Administrativo na Escola do MPSC.

*economic theory of crime in order to demonstrate that create an effective institutional environment in the fight against corruption is fundamental to development. Then, applying the hypothetical-deductive method it's analyzed the Brazilian legislation that underlies the imputations of the Car Wash Case, to conclude that a great booster of investigative success was the institute of plea agreement<sup>2</sup> because, by breaking the secrets and collusion between corrupt and corrupt, it create an optimization of state investigative and punitive power with poignant empirical results. Treating about a current topic, the article is justified as a way of instigating the debate about the need for institutional strengthening to combat corruption in Brazil.*

**Keywords:** *Crony capitalism. Corruption. Car Wash Case. Plea agreement.*

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. 2. O CAPITALISMO DE COMPADRIO BRASILEIRO. 3. O CLUBE DAS EMPREITEIRAS E A CONSTRUÇÃO DE UM AMBIENTE ECONÔMICO PRO EMPRESAS. 4.O AMBIENTE NORMATIVO INSTITUCIONAL. 4.1. MAGNITUDE DAS PUNIÇÕES PRATICAMENTE INALTERADAS. 4.2. A COLABORAÇÃO PREMIADA COMO MECANISMO PROPULSOR DA PROBABILIDADE DA PUNIÇÃO. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 1. INTRODUÇÃO

Na atual realidade, o capitalismo emerge praticamente inabalado como o sistema econômico universal. Quase todos os países desenvolvidos construíram economias orientadas para o mercado e a integração na divisão global do trabalho capitalista. Uma das características mais relevantes para esse sucesso reside justamente na base meritocrática que o propulsiona, garantindo-lhe sustentação e apoio popular.

Ocorre, contudo, que o sistema capitalista, especialmente nos países em desenvolvimento, está longe de ser ideal. Entre as principais mazelas do sistema, pode citar a corrupção que corrompe sua essência, alocando o sucesso como produto de relações governamentais espúrias e não decorrente do trabalho e dedicação dos agentes econômicos.

No Brasil, essa problemática ganha contornos extremamente relevantes e atuais em razão dos graves fatos relevados pela Operação Lava Jato, os quais evidenciaram a existência de uma corrupção sistêmica com gravíssimas consequências políticas e econômicas.

<sup>2</sup> Costumeiramente se faz a tradução do instituto da colaboração premiada como plea bargain. Ocorre, contudo, que o instituto do plea bargain, embora apresente semelhanças com a colaboração, representa um meio de solução consensual do processo mais amplo no qual não necessariamente o réu indica a existência de outras infrações penais ou de uma organização criminosa, mas simplesmente confessa o crime e aceita o acordo oferecido pelo Promotor do caso. Assim, o estado ganha celeridade na tramitação dos feitos e os acusados recebem uma pena menor. Trata-se de mecanismo bastante interessante mas que não foi instituído no país, embora haja projeto de lei nesse sentido. Por essa razão optou-se por usar a expressão plea agreement. Para maiores informações, confira-se: RAVAZZANO, Fernanda. **Plea Bargaining no projeto do novo Código de Processo Penal**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/398522998/plea-bargaining-no-projeto-do-novo-codigo-de-processo-penal>>. Acesso em: 2 ago. 2019.

Fundado em tais premissas, o presente artigo pretende analisar o sistema capitalista brasileiro à luz da concepção de Luigi Zingales de capitalismo de compadrio, no qual o sucesso econômico dos indivíduos, e também das empresas, não depende de trabalho duro e ideias brilhantes, mas conexões com o governo<sup>3</sup>. Propõe-se que o Clube das empreiteiras revelado pela Operação Lava Jato é a representação fática dessa teoria.

Aplicando-se o método hipotético-dedutivo, inicialmente, será apresentada a noção de capitalismo de compadrio, aproximando-a da realidade brasileira a partir da análise das suas origens históricas e consequências econômicas na criação de um sistema econômico pró empresas e não pró mercado.

Em seguida, por meio de análise de caso, será trazida uma abordagem sobre a atuação das empreiteiras revelada pela Operação Lava Jato. Considerando as pretensões unicamente acadêmicas do presente estudo, as informações serão extraídas dos processos judiciais de modo a garantir a fidelidade da exposição.<sup>4</sup> A análise, lado outro, tentará ser o mais impessoal possível, com vistas a compreender a forma de atuação e suas consequências econômicas, sem identificação das pessoas, físicas ou jurídicas, envolvidas.

No terceiro tópico, realizar-se-á uma análise do ambiente jurídico institucional pré e pós Lava Jato, de modo a avaliar se houve alguma(s) mudança(s) normativa(s) que alterou o ambiente institucional e possibilitou o sucesso da investigação, problema central de pesquisa deste artigo.

## 2. O CAPITALISMO DE COMPADRIO BRASILEIRO

O primeiro documento oficial que se tem conhecimento, escrito em língua portuguesa nas terras brasileiras foi redigido por Pero Vaz de Caminha, escrivão da esquadra lusitana que aqui chegou no ano de 1500. Ao final do célebre relato, aproveitando-se do momento favorável, o autor do texto solicita ao Rei de Portugal favores para o seu genro, numa demonstração inequívoca de exploração do prestígio do seu cargo<sup>5</sup>.

Tal interação entre o público e o privado não ficou esquecida no passado e nem é especificidade nacional (apesar de ser localmente deveras problemática).

O economista italiano radicado nos Estados Unidos Luigi Zingales explica que, em boa parte do mundo, a melhor maneira de ganhar bastante dinheiro não é

3 ZINGALES, Luigi. **Um capitalismo para o povo. Reencontrando a chave da prosperidade americana**. São Paulo: BEI Comunicações, 2015, passim.

4 O Ministério Público Federal, concretizando o direito constitucional à publicidade, realiza constantes publicações em seu site oficial com o número dos processos envolvendo a operação lava jato. Cf: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>, acesso em 19 set. 2021. Diante da necessidade de realização de um corte epistemológico, mormente em razão da complexidade da operação e da limitação do presente artigo, registra-se de antemão que grande parte das informações trazidas no curso deste trabalho foram extraídas da da petição inicial dos autos nº 5016060-38.2015.404.7000, disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/acoes>, acesso em 19 set. 2021.

5 Eis o conteúdo final da carta: *"E pois que, Senhor, é certo que tanto neste cargo que levo como em outra qualquer coisa que de Vosso serviço for, Vossa Alteza há de ser de mim muito bem servida, a Ela peço que por me fazer singular mercê, mande vir da Ilha de São Tomé a Jorge de Osório, meu genro - o que d'Ela receberei em muita mercê. Beijo as mãos de Vossa Alteza. Deste Porto Seguro, da Vossa Ilha de Vera Cruz, hoje, sexta-feira, primeiro dia de maio de 1500."* O "jeitinho" veio com cabral. **Diário de Lisboa**, abr.2006. Disponível em: [https://thelibongiraffe.typepad.com/diario\\_de\\_lisboa/2006/04/o\\_jeitinho\\_veio.html](https://thelibongiraffe.typepad.com/diario_de_lisboa/2006/04/o_jeitinho_veio.html). Acesso em: 2 jul. de 2019.

exatamente tendo ideias inovadoras e trabalhando com afinco na sua implementação, mas cultivando um aliado no governo. Os mais ricos, com frequência, acumulam suas fortunas em empreendimentos regulados pelo Estado, nos quais o sucesso depende muito mais das conexões certas com o governo do que do empreendedorismo.<sup>6</sup>

Nesse cenário, há uma evidente perda de incentivo para que os indivíduos iniciem um negócio, invistam em tecnologia, busquem eficiência, assumindo riscos elevados de insucesso, quando se pode, por meio de conexões com agentes do governo, obter mais renda com riscos menores<sup>7</sup>. Em tal realidade, as relações entre público e privado tornam-se críticas para o sucesso do capitalismo.

Ao discorrer sobre o sistema capitalista, Zingales sustenta que a desigualdade de renda lhe é inerente, contudo mostra-se aceitável, desde que: a) não seja excessiva; b) faça parte de um sistema que beneficie a todos; e, principalmente, c) seja justificada por um princípio que boa parte da população considere justo. Reiterando argumentos liberais que já eram sustentados por Friedman,<sup>8</sup> defende que apenas um sistema competitivo livre poderia garantir a manutenção estável e duradoura desses três fatores, tendo em vista que a concorrência seria “o ingrediente que faz o capitalismo funcionar para todos”. A eficiência é, pois, um consectário da concorrência na medida em que, ameaçado por outros agentes, o fornecedor tenderá a se dedicar de maneira mais árdua a sua atividade, sob pena de ser preterido. Nesse sentido, a concorrência garante a meritocracia, “sistema no qual as responsabilidades são designadas às pessoas mais capazes de produzir resultados e no qual as recompensas são vistas como um prêmio justo”.<sup>9</sup>

Todavia, rotineiramente, agentes econômicos empresariais tentam limitar a concorrência de modo a aumentar os seus lucros. Cabe, pois, ao sistema jurídico e político impedir a ocorrência desse domínio predatório do mercado.

Não obstante, há falhas nos mecanismos de controle. Ao observar umas das mais prejudiciais formas de atuação das empresas no processo político, Zingales desenvolve a concepção do capitalismo de compadrio. Em tal realidade, empresas – ou em sua hipótese mais grave, apenas uma delas – obtêm, além de poder de mercado, elevado poder político, de modo a impedir o combate às situações de monopólio ou oligopólio em que se encontra. Com esse agir, o sistema de livre mercado é aniquilado, aproximando-se a situação daquela vivenciada em uma economia socialista<sup>10</sup>.

6 ZINGALES, Luigi. **Um capitalismo para o povo. Reencontrando a chave da prosperidade americana**. São Paulo: BEI Comunicações, 2015, p.4;

7 *Ibid.* p.5;

8 Friedman, Rose Director e Friedman, Milton. **Liberdade de escolher**. Tradução Ruy Jungmann. Rio de Janeiro, Ed. Record, p.25. Sobre a importância do livre mercado assim manifestam-se os autores: “A economia de troca predominantemente voluntária, por outro lado, possui em si o potencial de promover tanto a prosperidade quanto a liberdade humana. Talvez não o realize em ambos os aspectos, mas não se conhece sociedade que jamais tenha alcançado prosperidade e liberdade a menos que a troca voluntária tenha sido seu princípio básico de organização. Apressamo-nos a acrescentar, no entanto, que a troca voluntária não é condição suficiente para a prosperidade e liberdade. Essa, pelo menos, é a lição da história até o presente. Numerosas sociedades, organizadas predominantemente de acordo com esses princípios, nem conseguiram prosperidade nem liberdade, muito embora tenham alcançado maior grau de ambas do que as sociedades autoritárias. A troca voluntária, no entanto, constitui uma condição necessária à prosperidade e à liberdade”.

9 ZINGALES, 2015, p.24.

10 *Ibid.* p.25.

O problema central do capitalismo de compadrio, segundo o autor, não é a vantagem concorrencial temporária decorrente da inovação, mas “o duradouro poder político que conseguem obter com suas dimensões e influência lobista”.<sup>11</sup> Outra grave consequência do capitalismo de compadrio é a perda de confiança dos cidadãos no sistema econômico. No particular, Sen sustenta a necessidade de resgate da relação entre ética e economia, asseverando que a economia pode se tornar mais produtiva caso se volte, de maneira atenta, às considerações éticas que norteiam o comportamento e juízo humano.<sup>12</sup>

Fica evidente que o indivíduo que se encontra inserido em um ambiente no qual a meritocracia é relevante, isto é, o esforço e o trabalho árduo são recompensados financeiramente, está mais estimulado a desenvolver suas potencialidades e, por conseguinte, contribuir para o desenvolvimento econômico do país. De outra banda, caso se veja imerso em um sistema corrupto e de compadrio tornar-se-á um participante econômico frustrado, tendente ao ócio decorrente de uma descrença na ascensão econômica-social. Sobre tal perspectiva, Zingales assevera: “quanto maior a for a parcela de capitalistas que acumulam sua riqueza graças a conexões políticas, maior a percepção de que o capitalismo é injusto e corrupto”.<sup>13</sup>

Na realidade brasileira, são perceptíveis as fortes influências do setor privado na gestão pública, mormente pelas suas consequências econômicas mais visíveis: desigualdade de renda e baixa eficiência produtiva. Não obstante, o capitalismo de compadrio brasileiro nunca ficou tão evidente quanto diante dos fatos evidenciados pela Operação Lava Jato. Revelou-se, de dentro para fora, um poderoso cartel existente entre as grandes empresas do setor de construção civil que, utilizando-se do pagamento de propinas a graduados servidores públicos, lograram êxito em fraudar dezenas de obras e financiar, ilicitamente, inúmeras campanhas políticas.

Há fatores históricos que explicam o capitalismo de compadrio brasileiro e a pouca eficiência econômica das empresas nacionais se comparadas a companhias estrangeiras. A industrialização brasileira aconteceu após a segunda guerra mundial, momento histórico em que a economia americana estava em plena força. Para evitar tal potencial colonização econômica, foram criadas estruturas empresariais que incentivaram o conluio e a corrupção ao invés da produtividade já que, em um ambiente de livre concorrência, muitas empresas estrangeiras sobrepujariam as ineficientes nacionais.

Tais formas de atuação são extremamente resistentes e difíceis de serem alteradas, porquanto as pessoas que estão no poder seriam justamente aquelas que mais perderiam.<sup>14</sup> E mais, enraízam-se na cultura em que se instalam. Buarque de Holanda, na busca de um traço comum da sociedade brasileira, cunha a figura do “homem cordial”. Para o autor, essa característica pátria manifesta-se pela forte propensão do

11 *Ibid.*

12 SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. São Paulo, Companhia das Letras, 5ª reimpressão, 2005, p. 25.

13 ZINGALES, op.cit., p.5.

14 ZINGALES, 2015, p. 6.

brasileiro em estabelecer todas as suas relações com base na afetividade, sem qualquer objetividade avaliativa ou racionalidade meritocrática. É nesse cenário que emerge o conceito de “jeitinho brasileiro” como forma cultural de transgredir normas não como motivo de vergonha ou ilícito, mas, ao contrário, de orgulho<sup>15</sup>.

Fukuyama amplia essa constatação de cordialidade nas relações pessoais para o *homo sapiens* como espécie ao afirmar que, por ser um animal social por excelência, constrói as relações sociais ao redor de dois fenômenos principais: a seleção por parentesco e o altruísmo recíproco.<sup>16</sup> Trata-se de algo antropológico, ou até biológico, tendo em vista que por milhares de anos as relações foram estabelecidas em bandos, nos quais os indivíduos que participavam eram aqueles que tinham muitos genes semelhantes ou que trocavam favores entre si. Diante dessa tendência natural humana, o autor ressalta a premente necessidade de instituições fortes para limitar comportamentos republicanos, concretizando o sistema meritocrático e o desenvolvimento econômico<sup>17</sup>.

Lazzarini denomina de “capitalismo de laços” essa distorção no mercado que influencia os projetos e decisões de investimentos de modo a efetivá-las fundadas em contatos sociais e critérios políticos ao invés de considerações isentas e eficientes decorrentes do seu mérito econômico.<sup>18</sup>

Independentemente da nomenclatura que se adote, fica evidente que tais formas de distorção do sistema econômico são extremamente resistentes e difíceis de serem alteradas, porquanto as pessoas que estão no poder seriam justamente aquelas que mais perderiam<sup>19</sup>.

Como dito, no Brasil, essa problemática ganha contornos ainda mais relevantes porque se relaciona com a corrupção sistêmica do financiamento eleitoral. Destarte, além do poder econômico, as empresas adquiriram um imenso e perene poder político, ditando os rumos econômicos do país de maneira a, sem qualquer surpresa, majorar os seus lucros.

### 3. O CLUBE DAS EMPREITEIRAS E A CONSTRUÇÃO DE UM CAPITALISMO PRO EMPRESAS

A denominada Operação Lava Jato, iniciada em março de 2014, revelou um grande esquema de corrupção de agentes públicos e de lavagem de dinheiro relacionado à pungente sociedade de economia mista federal. Descobriu-se que por longo período, quiçá décadas, as diretorias da estatal estavam repartidas entre partidos políticos da base aliada do governo com representação no Congresso Nacional, responsáveis pela indicação e manutenção dos seus diretores. Paralelamente, as principais obras foram

15 HOLLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Edição Crítica, organização Pedro Meira Monteiro e Lidia Moritz Schwarcz. Companhia das Letras, 2016, [kindle edition], capítulo 5 *passim*.

16 FUKUYAMA, **Ordem e decadência política**: da Revolução Industrial à globalização da democracia. Trad. Nivaldo Montigelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 2018. p. 14-15.

17 FUKUYAMA, 2018. p. 14-15.

18 LAZZARINI, Sérgio. **Capitalismo de laços**: os donos do Brasil e suas conexões. São Paulo: BEI Comunicações, 2ª ed. 2018, p.5.

19 *Ibid*, p. .6.

loteadas entre as maiores empreiteiras do país, que se organizaram num gigantesco cartel, de modo a fraudar procedimentos licitatórios e garantir o aumento dos lucros. Para otimizar o funcionamento dessa máquina espúria, eram constantemente pagas propinas aos graduados funcionários públicos os quais, por sua vez, repassavam parte significativa desses valores aos políticos que garantiram a sua indicação. Esse complexo e resistente ilícito permitiu, por anos a fio, a defesa política de escolhas econômicas prejudiciais ao interesse público.<sup>20</sup>

A obtenção das obras não passava pela eficiência econômica, desenvolvimento técnico ou inovação tecnológica. Não era o trabalho árduo ou a meritocracia que definia as principais contratações da estatal, mas um complexo esquema que confunde política e economia com o nítido escopo de reduzir a concorrência e permitir o aumento arbitrário dos lucros, afinal “time que se acostuma a ganhar comprando o juiz e os adversários não ganha quando o jogo é para valer”.<sup>21</sup> Eis a mais nítida concretização do capitalismo de compadrio nacional.

As práticas desenvolvidas, além de evidentemente prejudicarem o interesse público em razão do superfaturamento configurado na maior parte delas, influenciavam negativamente a concorrência, em colisão com o princípio constitucional regente da ordem econômica (art. 170, IV, da Constituição da República).

Cooter e Schacher explicam como a estrutura de poder político afeta a corrupção, repartindo o pagamento de propinas em centralizado e descentralizado. A estrutura do Estado moderno é relativamente homogênea ao redor do globo, com os políticos no topo e funcionários administrativos abaixo. Para os autores, pode-se definir como centralizado um sistema corrupto no qual os políticos de elite controlam o recebimento da propina e descentralizado quando administradores de nível hierárquico mais baixo são os operadores do sistema. Sobre a eficiência de cada forma concluem:

A propina direta funciona melhor quando alguns políticos trabalham com poucas empresas de grande porte. Em uma indústria centralizada com algumas grandes empresas, os políticos de elite maximizam suas propinas ao impedir que administradores de baixo nível as colem.<sup>22</sup>

Os recebimentos das propinas, no caso Lava Jato, eram realizados diretamente pelos políticos, ou por meio de grandes diretores de empresas estatais, o que demonstra a forma centralizada do esquema.

Os objetivos do cartel eram nítidos: a) a fixação artificial de preços e quantidades vendidas ou produzidas; b) o controle regionalizado do mercado de montagens da estatal a um grupo de empresas; e c) o controle, em detrimento da concorrência, de rede de fornecedores da Sociedade de Economia Mista.

20 Como já ressaltado, tendo em vista os objetivos acadêmicos do presente estudo, evitar-se-á, dentro do possível, denominar os envolvidos, sejam pessoas físicas e jurídicas, ressaltando, contudo, que as informações aqui trazidas foram extraídas das informações extraídas da petição inicial dos autos nº 5016060-38.2015.404.7000.

21 DALLAGNOL, Deltan. **A luta contra a corrupção**. A Lava Jato e o futuro de um país marcado pela impunidade. Rio de Janeiro, Ed. Primeira Pessoa, 2017, p.45

22 COOTER, Robert. D.; SCHAFER, Hans-Bernd. **O Nó de Salomão. Como o direito pode erradicar a pobreza das nações**. Tradução Magnum Eltz. Curitiba, CRV, 2017, p.202-203.

Para a obtenção dos objetivos, as empresas cartelizadas passaram por vários estágios de organização, evoluindo paulatinamente na complexidade das deliberações. Não obstante a mudança da forma de deliberação sobre a escolha das obras ou da participação efetiva nas decisões, durante toda a sua existência, ficaram nítidos certos padrões de comportamento que permitiam o controle do mercado.

Com a divulgação dos planos de investimentos pela Estatal, as companhias integrantes do cartel reuniam-se e indicavam três obras de sua preferência, apresentando a prioridade. Logo em seguida, as obras eram loteadas entre os cartelizados e, havendo duas ou mais empresas interessadas por uma mesma obra, eram formados consórcios ou grupo para discussões específicas. Muitas vezes os integrantes do cartel reuniam-se em consórcio para participar de uma mesma obra, com o objetivo de equilibrar a participação de cada uma no mercado e garantir que todas seriam contempladas com um faturamento mínimo. Definidas pelo grupo qual seria a vencedora do processo licitatório, as empresas escolhidas para serem “perdedoras” apresentavam uma proposta cobertura a fim de assegurar que existissem no mínimo três propostas válidas com a finalidade de simular uma concorrência verdadeira. Os ajustes finais com os agentes públicos eram feitos pelo encaminhamento das listas com as empresas que deveriam ser contempladas, nos respectivos lotes de licitação, para os diretores corrompidos.

O esquema envolvia os agentes públicos e diversos concorrentes e buscava destruir a concorrência, garantindo ganhos injustificáveis que possibilitavam os pagamentos das propinas gerando um ciclo vicioso extremamente árduo de combater.

Como descrito acima, o ambiente de livre concorrência (capitalismo pró mercado) é interessante para os consumidores, contudo prejudicial ao interesse das empresas que buscam o domínio de mercado na construção de um ambiente de capitalismo pró empresas.

O sistema criado também se caracteriza pela redução dos custos das empresas envolvidas. Analisando a corrupção sistêmica desvendada em território italiano por ocasião da operação Mãos Limpas, Vannucci observa que taxas precisas de propina, que ele denominou de “regra do X por cento”, reduzem sobremaneira os custos, uma vez que a regularidade nos pagamentos torna desnecessária a negociação da propina a cada momento, o que gera vultosos riscos e elevados custos de transação.<sup>23</sup>

Na realidade brasileira, a minoração dos custos de transação do processo de contratação está ainda mais nítida pelo fato de as empresas que participavam do cartel estarem livres de despesas significativas relacionadas à confecção de propostas comerciais efetivas nas licitações que já sabiam que não iriam vencer.<sup>24</sup>

23 VANNUCCI, Alberto. *The controversial legacy of ‘Mani Pulite’. A critical analysis of Italian Corruption and Anti-corruption policies*. In: Bulletin of Italian Politics, vol. 1, n.2, 2009, p.246. Disponível em: <[https://www.gla.ac.uk/media/media\\_140182\\_en.pdf](https://www.gla.ac.uk/media/media_140182_en.pdf)>. Acesso em: 4 de agosto de 2019.

24 Apurou-se que, para vencer uma licitação, em geral, uma empresa necessitava investir na formulação de uma proposta regular de R\$ 2 milhões a R\$ 5 milhões, conforme a complexidade da obra. Informações extraídas da petição inicial dos autos nº 5016060-38.2015.404.7000. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/denuncias-do-mpf>>. Acesso em: 28 de julho de 2019.

Dallagnol afirma que existe no Brasil uma espécie de “tabelamento da corrupção: todo contrato com o governo implica um custo político, que é o percentual pago a título de propina”.<sup>25</sup> O autor traz inclusive percentuais estimados para cada esfera política: na área federal a taxa seria de 3%, no âmbito estadual varia entre 5% a 10%, atingindo, na esfera municipal, o montante de 10% a 30% do valor de cada contrato.<sup>26</sup>

Não obstante tais facilidades, a mais evidente vantagem do “clube” e da relação que mantinham com os agentes públicos era justamente a eliminação da concorrência, por meio de restrições e obstáculos à participação de empresas externas de modo a impedir que o esquema fosse revelado.

Em dezembro de 2014, o faturamento das seis maiores construtoras do país estava na ordem de 77 bilhões de reais, contudo, após ter a sua forma de operação revelada e obliterada pela Justiça, em dezembro de 2017, despencou para 22 bilhões de reais. No mesmo período o número de pessoas empregadas no setor caiu de 3,39 milhões para 2,37 milhões.<sup>27</sup>

Estimar o prejuízo para o poder público é um procedimento bem mais complexo porquanto é impossível definir o valor que cada contrato firmado teria em um ambiente concorrencial adequado, contudo o Tribunal de Contas da União apontou um prejuízo de 29 bilhões de reais em razão do cartel das empreiteiras.<sup>28</sup>

Os números corroboram a percepção de que parte do empresariado pátrio desenvolve suas funções econômicas relacionando-se com o governo.

Por outro lado, para que se mantenha um esquema complexo como o narrado, por longo período, um ambiente favorável à corrupção deve estar presente. No Brasil, muito embora se atribua, com frequência à formação moral ou cultural do povo a origem da corrupção, olvida-se que as verdadeiras causas para a manutenção da corrupção nos elevados patamares atuais são o excesso de oportunidades para desviar recursos públicos e a certeza de impunidade. Furtado sustenta que a principal causa para a corrupção pátria reside nas deficiências do nosso sistema jurídico administrativo e, portanto, tão somente dependente da vontade política para a sua superação.<sup>29</sup>

Reis explica a corrupção sistêmica no Brasil de maneira simples e direta:

[...]a coisa funciona assim: o dinheiro que damos ao governo por meio de impostos circula continuamente. Vai da mão dos partidos políticos (que controlam secretarias, ministérios e empresas estatais) para a das empresas contratadas pelo poder público, volta para os partidos, e assim por diante, num ciclo que não tem fim.<sup>30</sup>

25 DALLAGNOL, 2017, p.49

26 *Ibid.*

27 PEREIRA, Renée. Empreiteiras encolhem R\$ 55 bi após Lava Jato. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 16 de julho de 2018, Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,empreiteiras-encolhem-r-55-bi-apos-lava-jato,70002403439>>. Acesso em: 30 de junho de 2019.

28 DALLAGNOL, *op.cit.*, p. 118.

29 FURTADO, Lucas Rocha. **As raízes da corrupção no Brasil**. Estudo de casos e lições para o futuro. Belo Horizonte, fórum, 1ª Edição, 2015, p.19.

30 REIS, Marlon. **A República da Propina**. São Paulo, Planeta, 2016. [Kindle Edition], Pos.489.

A forma dos valores voltar para os detentores do poder político acontece justamente por meio de contratações fraudulentas as quais são o força motriz de um processo perene e quase inquebrantável. Nas palavras do autor: “o governo remunera o setor privado com contratos superfaturados e recebe de volta parte desse dinheiro em doações de campanha, que envolvem também a promessa de favorecimento futuro dos parceiros, para que a máquina nunca pare de girar”.<sup>31</sup>

O problema principal para desarticulação dessa sistemática corrupta reside no fato de que a vontade política para a mudança precisaria ser externada, em grande parte, pelos envolvidos no capitalismo de compadrio, isto é, o sistema político, dominado pelo sistema econômico, protege a si mesmo e aos seus financiadores. Cooter e Shäfer, ao explicitarem as dificuldades na reforma dos sistemas legais em países em desenvolvimento, alertam para o “auto interesse material” das elites, já que “reformas econômicas frequentemente não servem aos interesses daqueles que possuem o poder para promovê-las. Desta forma, uma minoria de pessoas muito poderosas tem o poder de obstruir as reformas para a promoção do crescimento que podem beneficiar à maioria”.<sup>32</sup>

Cumprir perquirir, pois, nesse momento, ainda que sem pretensões de resolutividade, quais as mudanças institucionais, aqui centrada na alteração legislativa, que permitiram à operação Lava Jato descortinar a referida corrupção sistêmica.

#### 4. O AMBIENTE NORMATIVO INSTITUCIONAL

Toda interação humana, por ser permeada por interesses diversos sobre bens escassos, tem o potencial de gerar conflitos. De modo a fornecer ordem e previsibilidade às relações sociais, reduzindo o potencial de conflitos e os desperdícios deles decorrentes, as sociedades criam instituições.<sup>33</sup> Definida por North, precursor da escola institucionalista, como “as regras do jogo em uma sociedade”, as instituições caracterizam as restrições que dão forma à interação humana, estruturando e coordenando os incentivos no intercâmbio entre os homens e, portanto, são determinantes fundamentais para o desenvolvimento econômico.<sup>34</sup> Entre as instituições formais de maior importância inserem-se as normas legais (regras e princípios jurídicos), porquanto impõem, por meio da força monopolizada pelo Estado, padrões de comportamento a serem seguidos em todo o seu território.

As nefastas consequências da corrupção, contextualizadas neste artigo com o caso Lava Jato mencionado no item 3, deixam evidente que um ambiente jurídico institucional eficiente no combate à corrupção mostra-se fundamental ao desenvolvimento econômico. Em interessante analogia às práticas esportivas, North esclarece que as instituições moldam inteiramente o caráter do jogo e, como algumas

31 *Ibid.*

32 COOTER, SCHAFER, 2017, p.260.

33 FIANI Ronaldo. **Cooperação e conflito: instituições e desenvolvimento econômico**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2011 [kindle edition], post. 243 -245.

34 NORTH, Douglas C. **Desempenho econômico em el transcurso de los anos**. Disponível em: <<https://hecomex1.files.wordpress.com/2013/01/north-1994.pdf>>. Acesso em: 2 de agosto de 2019.

equipes tem a tendência de tentar vencer a partida por meio de transgressão de regras e intimidação do adversário, a eficácia da vigilância e a severidade da punição são elementos essenciais para tornar essas práticas ilícitas não desejáveis.<sup>35</sup>

A teoria econômica do crime, inaugurada em 1968 com o artigo de Gary S. Becker *Crime and Punishment. An Economic Approach*, aproxima o cometimento de delitos à teoria econômica das escolhas racionais. Sob tal perspectiva, o indivíduo apenas escolhe cometer o delito se os benefícios (ou utilidades) dele decorrentes forem superiores aos obtidos caso dedique o seu tempo e recursos em outras atividades lícitas<sup>36</sup>.

Isso apresenta um especial destaque no que se refere aos delitos econômicos, tradicionalmente chamados de crimes de colarinho branco,<sup>37</sup> na medida em que, frequentemente, os sujeitos ativos desse tipo de criminalidade possuem tanto elevada consciência e informações acerca da gravidade das punições que lhes poderão ser aplicadas (elevada racionalidade) quanto alternativas efetivas para empregar o sua força de trabalho em outras atividades lucrativas. A criminalidade econômica é, portanto, muito mais uma atividade de oportunidade de lucro *versus* probabilidade de punição do que uma patologia social ou pessoal dos criminosos.

Dessa forma, a probabilidade de punição e a gravidade das sanções impostas são elementos fundamentais na escolha do potencial criminoso econômico na medida em que, quanto maior for a probabilidade de sua punição e mais severa for a sanção, menos estimulado para a prática delitiva ele estará.

Nesse sentido, Alencar e Gico Jr., ao aplicarem essa teoria ao delito de corrupção, elaboram a seguinte representação:

$$E[U] = (1 - p) \times U(R) - p \times U(R - c) \quad [1]$$

Em tal função, “E[U]” representa utilidade (benefícios) esperada com o cometimento do crime; “p” representa a probabilidade de punição, logo, (1 - p) é a probabilidade esperada de não ser punido. “U” é a função utilidade individual do agente; “R” é o ganho ou renda obtida com a atividade ilícita; e “c” é o custo de ser punido. Sob essa leitura econômica, quando a expectativa “E[U]” é positiva, o agente tem incentivos para cometer o ilícito. Em contraposição, caso a chance de ser punido pelo crime seja alta e a sanção dela decorrente elevada, a tendência é a minimização da utilidade individual e, como conseqüência, redução do número de ofensas. Concluem os autores: “a probabilidade e magnitude da punição são os elementos-chave para a análise juseconômica do comportamento criminoso”.<sup>38</sup>

35 NORTH, Douglas C. **Instituições, mudança institucional e desempenho econômico**. Tradução Alexandre Morales. São Paulo, Três Estrelas, 2018, p. 15.

36 BECKER, Gary S. **Crime and Punishment: An Economic Approach**. Disponível em: <<https://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2019.

37 Cf. RODRIGUES, Sérgio. De onde veio a expressão ‘crime do colarinho branco?’. **Veja Abril**. São Paulo, 5 ago 2013. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/blog/sobre-palavras/de-onde-veio-a-expressao-8216-crime-do-colarinho-branco-8217/>>. Acesso em: 2 de agosto de 2019. “Tradução do inglês *white-collar crime*, expressão cunhada em 1949 pelo criminologista Edwin Shuterland para designar fraudes e outras tramóias de funcionários graduados – especialmente em instituições financeiras – que se aproveitam de sua posição para desviar dinheiro. [...] No inglês, a expressão *white-collar workers* – registrada pela primeira vez em 1919, num livro do romancista Upton Sinclair – se opõe a *blue-collar workers*, designação do pessoal de uniforme, mais mal remunerado, encarregado de trabalhos braçais”.

38 ALENCAR, Carlos H. R. de e GICO JR. Ivo. **Corrupção e judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção**. Rev. direito GV vol.7 no.1 São Paulo Jan./June 2011, p. 077. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v7n1/a05v7n1.pdf>. Acesso em 28 de julho de 2019.

Como já exposto, os fatos revelados pela operação Lava Jato demonstraram uma corrupção sistêmica, global e antiga na realidade brasileira, contudo não há ainda estudos acadêmicos que analisem o ambiente institucional que possibilitou a concretização, no naquele momento histórico, da investigação.

Pretende-se, demonstrar no artigo que houve alterações nas instituições, tanto pela melhoria na eficiência das organizações de combate à corrupção, quanto pelo aprimoramento das técnicas e meios de obtenção de provas possibilitadas pela Lei nº 12.850/2013, especialmente a colaboração premiada, que subsidiaram a eficácia das investigações.

#### 4.1. MAGNITUDE DAS PUNIÇÕES PRATICAMENTE INALTERADAS

Ao se analisar as denúncias oferecidas pelo Ministério Público Federal no caso Lava Jato<sup>39</sup> percebe-se que a esmagadora maioria são fundadas nos tipos penais previstos no Código Penal, especialmente no Título XI que normatiza os crimes contra a Administração Pública, e nas Leis Penais Extravagantes nº 8.137/1990, nº 8.666/1993, nº 9.613/1998 e 12.850/2013.

No que se refere aos artigos constantes no Digesto Substantivo Penal, as peças acusatórias imputam à grande parte dos investigados os crimes de corrupção ativa e passiva (art. 333 e 317 do Código Penal, respectivamente). Tais tipos constam do ordenamento pátrio desde a edição da Lei, em 7 de dezembro de 1940. A última norma modificadora dos dispositivos citados foi a Lei nº 10.763, de 12 de novembro de 2003, que alterou a pena cominada aos crimes de corrupção ativa e passiva. Apesar de inicialmente parecer que houve um enrijecimento das sanções aplicadas aos crimes, tal alteração foi apenas simbólica porquanto o aumento aconteceu nas penas máximas - que subiram de 8 (oito) para 12 (doze) anos- contudo, considerando que a jurisprudência amplamente dominante nos Tribunais brasileiros consolidou-se no sentido de que as penas iniciam-se no mínimo legal, a majoração exclusiva da pena máxima torna a alteração letra morta.<sup>40</sup>

Muitas das acusações que envolvem diretores e funcionários de empresas que contrataram com o setor público imputam-lhes o crime previsto no art. 4º, I, da Lei nº 8.137, de 7 de dezembro de 1990, que, dentre outros, tipifica os crimes contra a ordem econômica. As denúncias sustentam que as empresas, comandadas por seus diretores, sócios proprietários e funcionários de alto escalão, abusaram do seu poder econômico, dominando o mercado e eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante ajustes e acordos de empresa. As penas previstas para o

39 Mais uma vez, cumpre lembrar que, concretizando o princípio constitucional da publicidade, as denúncias são disponibilizadas no sítio eletrônico criado pelo Órgão Ministerial de modo a permitir uma *accountability* social do trabalho realizado disponíveis em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/denuncias-do-mpf>>. Acesso em: 29 de julho de 2019.

40 Merece registros a existência de críticas à chamada teoria da pena mínima. Importante trazer o que leciona Nucci: “Logicamente, a maior extensão dos danos deve repercutir na dimensão das penas, forçando a elevação do castigo. A despeito disso, há anos generalizou-se no foro o hábito de impor os castigos nos limites mínimos, com abstração das circunstâncias peculiares à cada delito. Entretanto, pena-base não é sinônimo de pena mínima. Não se sabe bem o que leva magistrados tão diferentes, das mais diversas comarcas do Estado, a assimilar aos mais distintos casos, para puni-los, quase invariavelmente, no mesmo patamar como se não apresentassem uma gravidade específica, própria e inconfundível”. NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 416

crime de cartel foram alteradas pela Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, passando de 2 a 5 anos de reclusão ou multa para 2 a 5 anos e multa. A alteração evitou a possibilidade de aplicação da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95) ao tipo penal<sup>41</sup>, contudo, mais uma vez, o legislador optou por não aumentar a magnitude das sanções de um delito que causa graves consequências econômicas e sociais.

Outros dispositivos penais utilizados com frequência nas exordiais acusatórias da Operação Lava Jato são os previstos na Lei nº 8.666/93 Lei de Licitações, mormente o crime de fraude à licitação insculpido no art. 90. A frustração do caráter competitivo das licitações era uma das principais estratégias dos envolvidos. Eram justamente dessas fraudes, e do sobrepreço delas decorrente, que se obtinha os recursos para o pagamento das propinas e dos financiamentos das campanhas no ciclo vicioso do capitalismo de compadrio. A incidência dos crimes licitatórios é constante não apenas na Lava Jato, mas em diversas investigações exatamente por ser das contratações públicas que advém os recursos para manter o sistema espúrio. Não obstante essa realidade notória, os preceitos secundários das normas penais mantiveram-se os mesmos desde a edição da Lei de Licitações em 21 de junho de 1993: 2 a 4 anos de detenção e multa no caso do já mencionado art. 90, tendo sido alterados apenas em 2021 com a Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021, que não se aplica aos fatos pretéritos.

A Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/1998), por sua vez, foi completamente reformulada pela Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012, a qual alterou a norma para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes nela previstos. Ao exigir tão somente indícios suficientes da infração penal antecedente para a punição da lavagem, a lei aumentou significativamente a eficácia punitiva pois, ainda que não se consiga provar efetivamente a corrupção antecedente, os investigados podem ser responsabilizados pela lavagem dela decorrentes.<sup>42</sup> Os avanços na nova legislação de combate ao crime de lavagem de capitais foram evidentes, contudo as penas imputadas ao crime permaneceram as mesmas: 3 a 10 anos de reclusão e multa.

Apartando-se completamente das últimas alterações legislativas, a Lei nº 12.850/2013, de 2 de agosto de 2013, representou uma mudança fundamental no ambiente institucional brasileiro no que se refere ao combate à corrupção. O diploma legal definiu o crime de organização criminosa, inserindo no ordenamento jurídico o tipo previsto no seu artigo 2º, atribuindo como pena 3 (três) a 8 (oito) anos de reclusão e multa.

A promulgação da referida majorou as possíveis sanções aplicadas àqueles que integram organização criminosa, porquanto anteriormente à sua edição, ao sujeito ativo poderia tão somente ser imputado o antigo crime de quadrilha ou bando

41 O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento reiterado de que quanto o crime é apenado alternativamente com a pena de multa, mostra-se possível a aplicação do benefício despenalizador da suspensão condicional do processo ainda que a pena mínima seja superior a um ano. Nesse sentido PExt no RHC 83.320/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2018, DJe 14/12/2018). Com a alteração da conjunção alternativa “ou” pela aditiva “e”, a aplicação do benefício legal ficou inviável para o crime de cartel.

42 Art. 2º, §1º, da Lei 9.131/98: “§ 1º A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente.

previsto no art. 288 (já alterado) do Código Penal, o qual previa a pena de 1 a 3 anos de reclusão.<sup>43</sup> Não obstante, os patamares das penas imputadas para o crime de organização criminosa, mormente caso se tenha em consideração a pena mínima, não se mostram aptos a desencorajar atos de corrupção justamente porque, pelas características dos crimes praticados, em sigilo e colusão, a maior preocupação dos agentes está na probabilidade da punição.

Com efeito, do arcabouço normativo penal usado para a concretização da investigação, das acusações e das punições até agora aplicadas aos investigados, vê-se como alteração institucional que implicou majoração das punições somente aquela que instituiu o crime de organização criminosa. Assim, ao aplicar à realidade nacional os elementos trazidos pela teoria econômica do crime e tendo em conta que a magnitude das punições permaneceu praticamente como variável estável nessa equação, a eficácia investigativa perpassaria necessariamente pelos mecanismos desenvolvidos para aumentar a probabilidade de punição. Cumpre, neste momento, perquirir tal hipótese.

#### 4.2. A COLABORAÇÃO PREMIADA COMO MECANISMO PROPULSOR DA PROBABILIDADE DA PUNIÇÃO

O sucesso da operação Lava Jato (ou de qualquer investigação de grande porte) não pode ser atribuído exclusivamente a um fator. Como reconhecido pelos próprios agentes que atuaram no caso, a operação decorreu de uma série de condições, desde a dedicação e comprometimento dos agentes públicos envolvidos no caso (Polícia, Ministério Público, Poder Judiciário, Receita Federal, Tribunais de Constas dos estados e da União *etc*) até fatores fortuitos.<sup>44</sup> Conquanto inegável a presença de influências aleatórias, há nítidas construções institucionais que possibilitaram o desenvolvimento eficiente das investigações, aumentando justamente a variável da equação da teoria econômica do crime no que se refere à probabilidade de punição.

No âmbito jurisprudencial, resta nítido que o entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal em 2016, que passou a permitir a prisão após condenação em segunda instância, contribuiu sobremaneira para o bom desenvolvimento dos trabalhos investigativos da Operação Lava Jato.<sup>45</sup> Antes da mudança da jurisprudência, os sujeitos ativos dos crimes de colarinho branco valiam-se de instrumentos processuais diversos para protelar o trânsito em julgado da condenação, mormente nos Tribunais Superiores. Como consectário, as penas – quando raramente aplicadas – rotineiramente prescreviam e deixavam de ser

43 Art. 288 – Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena – reclusão, de um a três anos. Parágrafo único – A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.

44 DALLAGNOL, 2017, p. 157-158.

45 Naquele ano, por três vezes, o Supremo Tribunal Federal firmou posição no sentido de que a execução provisória da pena coaduna-se com o Texto Constitucional: no HC 126.292, rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17.02.2016; ao negar a cautelar nas ADCs 43 e 44, julgadas em 5.10.2016; e, por fim, em repercussão geral, no ARE 964.246 mediante reafirmação de jurisprudência em Plenário Virtual, em 11.11.2016.

executadas. A probabilidade da punição mostrava-se, pois, remota<sup>46</sup> de modo a trazer fortes incentivos ao cometimento desse tipo de delito como se nota ao aplicar tal panorama à equação econômica do crime acima referida.

Em outubro de 2019, a Corte Suprema voltou a inviabilizar a execução provisória da pena no julgamento do mérito das ADCs 43 e 44, representando, sob o ponto de vista da repressão à criminalidade de colarinho branco, um evidente retrocesso institucional.

A par dessa temporária mudança jurisprudencial, ao se analisar o ambiente das instituições formais legislativa, a mais importante e fundamental ocorridas nos anos imediatamente anteriores à operação Lava Jato foi o instituto da colaboração premiada previstos nos artigos 4º a 7º da Lei nº 12.850/2013.

As investigações que ficariam conhecidas posteriormente como Operação Lava Jato, iniciaram-se em Londrina/PR, envolvendo uma série de doleiros suspeitos de praticarem diversos delitos, entre os quais organização criminosa, lavagem de capitais, falsidade ideológica e crimes contra a administração pública. No curso da investigação, desvendou-se que um dos doleiros investigados mantinha relações espúrias com funcionário público de alto escalão de empresa estatal, tendo, inclusive, por meio de terceira pessoa o presenteado com automóvel de luxo.

Até esse momento, a Operação Lava Jato não passava de uma investigação, tais como diversas outras que ocorreram no país ao longo dos anos. Apesar de relevantes, os crimes de lavagem de dinheiro e corrupção estavam restritos aos poucos alvos iniciais e os investigadores teriam um árduo, senão impossível, trabalho pela frente de analisar, às cegas, os milhares de documentos apreendidos.

Foi aí que o catalizador institucional da colaboração premiada se fez importante. O instituto não era estranho ao ordenamento pátrio e sequer se pode afirmar que foi uma inovação da Lei de Organizações Criminosas. Existia desde 1999, implementado pela Lei de proteção a testemunhas (Lei nº 9.807/99), contudo a norma era bastante restritiva para a celebração do acordo, exigindo-se do potencial colaborador a primariedade, bem como resultados: a) a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa; b) a localização da vítima com a sua integridade física preservada; c) a recuperação total ou parcial do produto do crime. Havia grande insegurança na aplicação do instituto antes da regulamentação pela Lei nº 12.850/2013, diante da omissão legislativa sobre a alternatividade e cumulatividade dos requisitos para sua celebração. A cumulatividade, embora parecesse ser a

46 Para maiores informações sobre a importância institucional e jurídica da possibilidade da prisão em segundo grau recomenda-se a leitura do voto (minuta de voto para leitura em plenário, o voto escrito ainda se encontra em elaboração) do Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do mérito das ADCs 43 e 44, proferido em plenário no dia 24 de outubro de 2019. Conquanto vencido, o Ministro deixa claro, com dados extraídos do DEPEN bem como estatísticas dos tribunais superiores, a relevância da execução provisória da pena. Dos muitos fundamentos, de modo a relacionar com a probabilidade da punição e eficiência do *enforcement* criminal extrai-se o seguinte trecho: “[...] É disso que estamos cuidando aqui: identificar os fins sociais visados pela lei e as exigências do bem comum. Basicamente, determinar se deve prevalecer o interesse do indivíduo condenado em 2º grau em prolongar o processo – sabendo-se que o percentual de absolvição é de menos de 1% – ou o interesse da sociedade de que o crime não compense e que o direito penal possa desempenhar o seu grande papel: o de funcionar como prevenção geral, que consiste em dar o incentivo adequado para que as pessoas não cometam crimes pelo temor fundado de que serão efetivamente punidas se o fizerem[...]”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-barroso-execucao.pdf>. Acesso em 18 dez. 2019.

intenção legislativa, tornava excessivamente difícil a celebração do acordo<sup>47</sup>. Em verdade, da previsão que exige a localização da vítima com integridade preservada, extrai-se que o intento seria de aplicar o instituto para os crimes de extorsão mediante sequestro, comuns quando da aprovação da lei.

A Lei de Organizações Criminosas, lado outro, ampliou a aplicação da colaboração premiada, estabelecendo como requisito para a celebração do acordo tão somente o preenchimento de um dos seguintes resultados:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

- I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
- II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
- III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
- IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
- V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Ao contrário da anterior, a nova lei elenca como finalidade e resultado primordial da colaboração premiada a identificação dos demais integrantes da organização criminosa e a revelação da estrutura hierárquica e divisão de tarefas do grupo. Nas investigações dos chamados crimes de colarinho branco essas informações ganham extrema relevância pelas peculiaridades dos crimes investigados que dificultam a sua descoberta.

A primeira característica fundamental dos crimes de corrupção, atributo comum aos cartéis, ambos investigados na operação Lava Jato, é que os agentes envolvidos estão efetivamente cientes de sua ocorrência, e, a partir dessas informações assimétricas, acordam entre si para alcançar o resultado ilegal sem revelar essa colusão para o mundo exterior.<sup>48</sup>

O segundo elemento próprio da criminalidade de alto escalão investigada, que traz sérios entraves para sua revelação, reside justamente na complexidade de sua execução. Detentores de grande poder econômico e político, os agentes investigados nos crimes de colarinho branco, empreendem inúmeras estratégias de ocultação dos contatos espúrios e, principalmente, operam por meio de transferências de valores que apagam rastros das transações financeiras e o real pagador dos valores ilícitos.<sup>49</sup>

47 Cf. MIGUEL, Alexandre e PEQUENO, Sandra Maria Nascimento de Souza. **Comentários à Lei de proteção às vítimas, testemunhas e réus colaboradores**. p. 440. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/protecao-a-testemunha/comentarios-a-lei-de-protecao-as-vitimas-testemunhas-e-reus-colaboradores-alexandre-miguel-sandra-maria-pequeno>> Acesso: em 4 de agosto de 2019.

48 ALENCAR, e GICO JR. 2011, p. 81.

49 Cf. "Alguém diria, então, que a solução seria seguir o dinheiro – 'Follow the money!', mas essa regra, nos dias de hoje, é uma falácia. Modernas técnicas de lavagem simplesmente apagam as pegadas das transações financeiras. Rastreamentos internacionais são complexos e podem não levar ao pagador da propina, mas simplesmente a um doloiro ou intermediário. Dinheiro não tem nome e se mistura, de modo que é muito difícil seguir fluxos com sucesso". DALLAGNOL., 2017, p101.

No curso da Lava Jato, chegou-se a apurar que uma das empreiteiras possuía um setor formalmente instituído com a finalidade de operacionalizar os pagamentos das propinas da maneira mais velada possível, o denominado “Setor de Operações Estruturadas”.<sup>50</sup>

Dessa forma, sem a indicação de um membro interno do conluio corrupto, a tarefa dos investigadores de compreensão dos meandros do esquema criminoso torna-se quase impossível. Em um dos milhares de documentos apreendidos pela força tarefa da operação Lava Jato, constava a seguinte anotação “Pgto to Gr@ + Gr! Dedznd partGr@ KA \* 127,00”. A única maneira de decifrar tal prova dependeria da explicação do criador da anotação. Diante do ambiente institucional favorável criado pela aprovação da Lei nº 12.850/2013, o investigado firmou a colaboração e explicou não só que significavam o pagamento de propina e sua repartição, mas também indicou os caminhos para as provas que demonstravam materialmente o pagamento dos subornos<sup>51</sup>.

Como estabelecido pela Lei<sup>52</sup> e reconhecido pelo STF<sup>53</sup>, a colaboração é um meio de obtenção de provas. As indicações trazidas pelos agentes que optam por celebrar esse negócio jurídico processual possibilitam ou facilitam o trabalho dos investigadores na análise do acervo probatório apreendido, funcionando como uma verdadeira bússola investigativa em troca de benefícios nas sanções dos crimes perpetrados pelo delator. O instituto da colaboração foi essencial à operação, já que um dos Procuradores integrantes da força tarefa da Lava Jato, antes de ser firmado o primeiro acordo de colaboração premiada, definia o trabalho do grupo como análogo ao dos “catadores de papel” uma vez que, imersos em milhares de documentos – extratos de contas, depoimentos, transações financeiras, diálogos interceptados *etc* – buscavam concatenar as peças de um complexo quebra-cabeças<sup>54</sup>.

O efeito catalizador da investigação e, como conseqüência, propulsor da probabilidade da punição provocado pelo instituto da colaboração premiada ficou totalmente assentado quando, em 27 de agosto de 2014, firmou-se o primeiro acordo de colaboração da Lava Jato com um ex-diretor da empresa estatal. Na oportunidade do seu depoimento inicial, afirmou aos Procuradores:

Sobre aquele contrato que vocês suspeitam que houve corrupção, vocês estão certos. Teve mesmo. Mais que isso: houve corrupção em todos os contratos daquela empresa com a minha diretoria[...]. E mais ainda: houve corrupção em todos os grandes contratos de todas as grandes empresas com a Diretoria de Abastecimento. Além disso, a corrupção

50 BULLA, Beatriz; SERAPIÃO, Fabio e BRANDT, Ricardo. A maior delação da Lava Jato. **O Estado de S. Paulo**. Disponível em: <<https://infograficos.estadao.com.br/politica/a-maior-delacao-da-lava-jato/>>. Acesso em: 1º de agosto de 2019.

51 DALLAGNOL, *op.cit.*, p.81.

52 O capítulo II da Lei 12.850 /2013 no qual está inserida a colaboração premiada consta “DA INVESTIGAÇÃO E DOS MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA”.

53 [...] Considerando-se que o acordo de colaboração premiada constitui meio de obtenção de prova (art. 3º da Lei nº 12.850/13), é indubitável que o relator tem poderes para, monocraticamente, homologá-lo (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13). 4. A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.[...] HC nº 127.483, PR Relator MIN. DIAS TOFFOLI, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em: 4 de agosto de 2019.

54 DALLAGNOL, 2017, p.71.

está alastrada nos contratos de outras diretorias também. E suspeito que isso aconteça em todos os órgãos públicos.<sup>55</sup>

Os fatos eram graves, complexos e envolviam inúmeras pessoas com foros por prerrogativa de função diversos, que os Procuradores criaram a chama técnica dos anexos. Cada anexo contém o resumo de um fato ou a participação de determinada pessoa nos delitos investigados. Dessa forma, constituem partes independentes que podem ser analisadas em separado com pedidos diversos em cada instância judicial, possibilitando, ainda, a manutenção do sigilo dos fatos revelados em cada anexo até que as medidas cautelares de obtenção de provas fossem exauridas em relação a cada um deles<sup>56</sup>. A partir desta colaboração inicial, foram elaborados 80 oitenta anexos, envolvendo entre outros, três governadores, dez senadores e quatorze deputados estaduais.<sup>57</sup>

O segundo acordo firmado, desta vez com um doleiro preso nas primeiras fases, revelou em seus depoimentos material para mais cinquenta anexos, o que levou ao crescimento exponencial da investigação. Em janeiro de 2017, haviam sido firmados cento e quarenta e oito<sup>58</sup> acordos de colaboração premiada decorrentes dos fatos originalmente investigados.

As irregularidades perpassaram a estatal inicialmente apontada, espalhando-se por diversas outras entidades da administração direta e indireta federais. Os braços da investigação ultrapassaram o Paraná e o Distrito Federal e novas forças tarefas investigativas foram instaladas em São Paulo e no Rio de Janeiro. O efeito multiplicador dos fatos revelados demonstra-se igualmente de maneira objetiva, porquanto, após os contratos firmados, o valor das propinas comprovadas foi multiplicado 238 vezes ao longo da investigação, subindo de 26 milhões de reais para 6,2 bilhões<sup>59</sup>.

Nesse cenário fica evidente que a colaboração premiada quebra esse ciclo de colusão. O colaborador, interessado em receber o benefício legal, abre mão dos segredos que mantinha com o seu parceiro criminoso revelando detalhes da negociação que apenas poderiam ser de conhecimento dos envolvidos.

Tal fato não passou despercebido dos possíveis atingidos pelo instituto, tendo sido incluído, durante a tramitação legislativa, no Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/19), uma série de medidas que, a par de regulamentar o instituto, acabou também por restringir a liberdade dos investigadores e juízes na celebração dos acordos, minimizando suas potencialidades.<sup>60</sup>

55 *Ibid.* p. 79.

56 *Ibid.* p. 80.

57 CHEMIN, Rodrigo. **Mãos Limpas e Lava Jato. A corrupção se olha no espelho.** Um guia comparativo das duas maiores investigações de crimes de corrupção sistêmica na Itália e no Brasil. Porto Alegre, Cidadel Editora, 2017, p. 100.

58 CHEMIN, Rodrigo. 2017, p.103.

59 DALLAGNO, 2017., p.82.

60 As alterações legislativas promovidas na seção da Colaboração Premiada são significativas e este artigo não permitiria a sua análise completa, contudo, entre as mudanças que se consideram prejudiciais à aplicação e eficácia dos instituto estão: o art. 7º, B, que impossibilita a decretação de medidas cautelares fundadas unicamente da colaboração premiada, bem como o art. 4º-B, II, que veda que sejam utilizados regimes iniciais de cumprimento de pena diferentes daqueles previstos no art. 33 do Código Penal. No primeiro caso, sabe-se que as medidas cautelares muitas vezes são utilizadas para obtenção de provas de corroboração das declarações do colaborador. Dessa forma, impedir e limitar a autonomia jurisdicional na questão parece inadequada. No que tange ao regime inicial de cumprimento da pena, considerando que se trata de um negócio jurídico processual que será submetido a homologação judicial, a limitação legislativa de alteração de regime mostra-se indevida porquanto em muitas situações as particularidades do colaborador demandam avenças diversas (ameaças, condições de saúde etc).

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No mundo, a predominância do sistema capitalista é uma realidade global. Especialmente os países em desenvolvimento, entre os quais se insere o Brasil, são assolados por distorções do sistema, que deturpam seus fundamentos meritocráticos e, como consectário, o apoio popular à sua manutenção. O capitalismo de compadrio, regido pelo sistema corrupto que o sustenta, representa um obstáculo ao desenvolvimento nacional, com graves consequências na economia.

O clube das empreiteiras, revelado pela operação Lava Jato, concretiza tal modelo teórico, distorcendo o pressuposto capitalista da concorrência para um jogo de cartas marcadas, no qual as boas relações com os governantes, e não a eficiência econômica, são determinantes para o sucesso empresarial.

De modo a combater essas práticas nocivas, mostra-se de fundamental importância construir um ambiente institucional estável e eficaz. Nesse viés, sobreleva ressaltar a essencialidade de normas jurídicas efetivas como instrumento para o controle dos comportamentos sociais.

A Lei 12.850/2013, conhecida como a Lei das Organizações Criminosas, fortaleceu e simplificou a possibilidade de celebração dos acordos de colaboração premiada, consistindo em inovação relevante no ordenamento jurídico que contribuiu de maneira significativa para o aumento da eficiência investigativa dos órgãos estatais, revelando-se um fundamental instrumento no combate à corrupção.

Nesse contexto, refletir sobre o fortalecimento do instituto da colaboração premiada, evitando novos retrocessos legislativos, bem como debater sobre novas mudanças institucionais (entre as quais o fim do foro por prerrogativa de função, início da execução provisória da pena em segunda instância, aumento da pena dos crimes de corrupção, bem como sua equiparação a crime hediondo<sup>61</sup>), mostra-se de inexorável relevância para o combate ao capitalismo de compadrio brasileiro.

## REFERÊNCIAS

ALENCAR, Carlos H. R. de e GICO JR. Ivo. **Corrupção e judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção**. Rev. direito GV vol.7 no.1 São Paulo Jan./June 2011, p. 077. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v7n1/a05v7n1.pdf>. Acesso em 28 de julho de 2019.

BECKER, Gary S. **Crime and Punishment: An Economic Approach**. Disponível em: <https://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>. Acesso em: 28 de julho de 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. Grandes casos, denúncias. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/denuncias-do-mpf>>. Acesso em: 28 de julho de 2019.

\_\_\_\_\_. Ministério Público Federal. Atuação Temática. *Car Wash Case*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/car-wash-case>> Acesso em: 3 de agosto de 2019.

61 Nesse sentido, confira-se as novas medidas contra a corrupção desenvolvidas por centenas de especialistas em parceria com a Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <https://web.unidoscontraacorrupcao.org.br>. Acesso em: 22 jan. 2022.

\_\_\_\_\_. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 4 de agosto de 2019.

\_\_\_\_\_. DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 4 de agosto de 2019.

\_\_\_\_\_. LEI Nº 8.137, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm)>. Acesso em: 4 de agosto de 2019.

\_\_\_\_\_. LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)>. Acesso em: 4 de agosto de 2019.

\_\_\_\_\_. LEI Nº 9.613, DE 3 DE MARÇO DE 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm)>. Acesso em: 4 de agosto de 2019.

\_\_\_\_\_. LEI Nº 9.807, DE 13 DE JULHO DE 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9807.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9807.htm)>. Acesso em: 4 de agosto de 2019.

\_\_\_\_\_. LEI No 10.763, DE 12 DE NOVEMBRO DE 2003. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2003/L10.763.htm#art2art317](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.763.htm#art2art317)>. Acesso em: 4 de agosto de 2019.

\_\_\_\_\_. LEI Nº 12.683, DE 9 DE JULHO DE 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art2](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art2)>. Acesso em: 4 de agosto de 2019.

\_\_\_\_\_. LEI Nº 12.850, DE 2 DE AGOSTO DE 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm)>. Acesso em: 4 de agosto de 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. PExt no RHC 83.320/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2018, DJe 14/12/2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal HC nº 127.483, PR Relator MIN. DIAS TOFFOLI. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em: 4 de agosto de 2019.

BULLA, Beatriz; SERAPIÃO, Fabio e BRANDT, Ricardo. A maior delação da Lava Jato. **O Estado de S. Paulo**. Disponível em: <<https://infograficos.estadao.com.br/politica/a-maior-delação-da-lava-jato/>>. Acesso em: 1º de agosto de 2019.

CHEMIN, Rodrigo. **Mãos Limpas e Lava Jato. A corrupção se olha no espelho**. Um guia comparativo das duas maiores investigações de crimes de corrupção sistêmica na Itália e no Brasil. Porto Alegre, Cidadel Editora, 2017.

COOTER, Robert. D.; SCHAFER, Hans-Bernd. **O Nó de Salomão. Como o direito pode erradicar a pobreza das nações**. Tradução Magnum Eltz. Curitiba, CRV, 2017.

DALLAGNOL, Deltan. **A luta contra a corrupção**. A Lava Jato e o futuro de um país marcado pela impunidade. Rio de Janeiro, Ed. Primeira Pessoa, 2017;

DI TELLA, Rafael; MACCULLOCH, Robert. **Why doesn't capitalism flow to poor countries?** Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w13164.pdf>. Acesso em 30 de junho de 2019.

FIANI Ronaldo. **Cooperação e conflito: instituições e desenvolvimento econômico** Rio de Janeiro, Elsevier, 2011 [kindle edition].

Friedman, Rose Director e Friedman, Milton. **Liberdade de escolher**. Tradução Ruy Jungmann. Rio de Janeiro, Ed. Record.

FUKUYAMA, Francis. **Confiança. As virtudes sociais e a criação da prosperidade**. Rio de Janeiro, Rocco, 1996, p. 17.

\_\_\_\_\_. **Ordem e decadência política**: da Revolução Industrial à globalização da democracia. Trad. Nivaldo Montigelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 2018.

FURTADO. Lucas Rocha. **As raízes da corrupção no Brasil**. Estudo de casos e lições para o futuro. Belo Horizonte, fórum, 1ª Edição, 2015.

LAZZARINI, Sérgio. **Capitalismo de laços: os donos do Brasil e suas conexões**. São Paulo: BEI Comunicações, 2ª ed. 2018.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Edição Crítica, organização Pedro Meira Monteiro e Lidia Moritz Schwarcz. Companhia das Letras, 2016, [kindle edition].

MIGUEL, Alexandre e PEQUENO, Sandra Maria Nascimento de Souza. **Comentários à Lei de proteção às vítimas, testemunhas e réus colaboradores**. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/protexao-a-testemunha/comentarios-a-lei-de-protexao-as-vitimas-testemunhas-e-reus-colaboradores-alexandre-miguel-sandra-maria-pequeno>> Acesso: em 4 de agosto de 2019.

NORTH, Douglas C. **Desempenho econômico em el transcurso de los anos**. Disponível em <<https://hecomex1.files.wordpress.com/2013/01/north-1994.pdf>> Acesso em: 2 de agosto de 2019.

\_\_\_\_\_. **Instituições, mudança institucional e desempenho econômico**. Tradução Alexandre Morales. São Paulo, Três Estrelas, 2018, p. 15.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

O “jeitinho” veio com Cabral. **Diário de Lisboa**, abr.2006. Disponível em: <[https://thelibongiraffe.typepad.com/diario\\_de\\_lisboa/2006/04/o\\_jeitinho\\_veio.html](https://thelibongiraffe.typepad.com/diario_de_lisboa/2006/04/o_jeitinho_veio.html)>. Acesso em: 2 de julho de 2019.

PEREIRA, Renée. Empreiteiras encolhem R\$ 55 bi após Lava Jato. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 16 de julho de 2018, Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,empreiteiras-encolhem-r-55-bi-apos-lava-jato,70002403439>>. Acesso em: 30 de junho de 2019

RAVAZZANO, Fernanda. **Plea Bargaining no projeto do novo Código de Processo Penal**. Disponível em <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/398522998/plea-bargaining-no-projeto-do-novo-codigo-de-processo-penal>> Acesso em: 2 de agosto de 2019.

REIS, Marlon. **A República da Propina**. São Paulo, Planeta, 2016. [Kindle Edition], Pos.489.

RODRIGUES, Sérgio. De onde veio a expressão ‘crime do colarinho branco’?. **Veja Abril**. São Paulo, 5 ago 2013. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/blog/sobre-palavras/de-onde-veio-a-expressao-8216-crime-do-colarinho-branco-8217/>>. Acesso em: 2 de agosto de 2019.

SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. São Paulo, Companhia das Letras, 5ª reimpressão, 2005.

VANNUCCI, Alberto. **The controversial legacy of ‘Mani Pulite’. A critical analysis of Italian Corruption and Anti-corruption policies**. In: Bulletin of Italian Politics, vol. 1, n.2, 2009. Disponível em: <[https://www.gla.ac.uk/media/media\\_140182\\_en.pdf](https://www.gla.ac.uk/media/media_140182_en.pdf)>. Acesso em:4 de agosto de 2019.

ZINGALES, Luigi. **Um capitalismo para o povo. Reencontrando a chave da prosperidade americana**. São Paulo: BEI Comunicações, 2015.

## TAX PUBLIC POLICIES AS AN EFFICIENT INSTRUMENT OF SOCIAL JUSTICE AS POLÍTICAS PÚBLICAS TRIBUTÁRIAS COMO EFICIENTE INSTRUMENTO DE JUSTIÇA SOCIAL

artigos  
científicos

Joana D'Arc Dias Martins<sup>1</sup>  
joanamartins.ac@gmail.com

Recebido/Received: 19.10.2021/ October 19th, 2021.  
Aprovado/Approved: 19.01.2022/ January 19th, 2022.

### RESUMO

O Brasil é um dos países mais desiguais do mundo, e o modo como o sistema tributário se encontra estruturado contribui para a concentração de riquezas nas mãos de poucos e a ampliação do quadro de iniquidades. Nesse contexto, o objetivo central do presente artigo é analisar as políticas tributárias como eficiente instrumento de combate à pobreza e promoção do Desenvolvimento Sustentável, objetivos preconizados na Agenda 2030 e na Constituição Federal de 1988. Para esse propósito, a pesquisa investigará o reflexo do princípio da dignidade humana na tributação, apontada como limite constitucional a essa atividade. Nessa perspectiva, conclui-se que o princípio da capacidade contributiva e a progressividade - em complemento com uma adequada e ética gestão dos valores arrecadados - são os mais importantes mecanismos tributários de redistribuição de rendas e combate às desigualdades sociais. Por fim, diante da violação dos direitos fundamentais, componentes do mínimo existencial, caberá ao Poder Judiciário intervir de modo a assegurar a eficácia do primado da dignidade da pessoa humana, retirando o cidadão da ingerência estatal de riqueza não tributável. A metodologia utilizada nesta pesquisa, quanto aos meios, foi desenvolvida mediante o método dedutivo, descritivo e qualitativo, através da revisão bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial.

Palavras-chave: Tributo; desigualdades sociais; capacidade contributiva; mínimo existencial; controle judicial.

### ABSTRACT

*Brazil is one of the most unequal countries in the world, and the way in which the tax system is structured contributes to the concentration of wealth in the hands of a few and the expansion of inequities. In this context, the main objective of this article is to analyze tax policies as an efficient instrument to fight poverty and promote Sustainable Development, objectives advocated in Agenda 2030 and in the Federal Constitution of 1988. For this purpose, the research will investigate the reflection of the principle human dignity in taxation, pointed out as a constitutional limit to this activity. From this perspective, it is concluded that the principle*

<sup>1</sup> Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR, São Paulo, Brasil. Especialista em Direito Público pela Ulbra, campus de Ji-Paraná/RO e em Direito Processual Civil pelo Instituto de Ensino Superior da Amazônia e Centro de Atualização e Estudos Jurídicos de São Paulo. Promotora de Justiça do Estado do Acre. Vencedora 2021 do X Prêmio José Bonifácio de Andrada e Silva na categoria Estudante de Doutorado com o ensaio “Opinião Consultiva 23/2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos: do Greening ao Reconhecimento dos Direitos Autônomos da Natureza”.

*of contributory capacity and progressiveness - in addition to an adequate and ethical management of collected amounts - are the most important tax mechanisms for redistributing income and combating social inequalities. Finally, given the violation of fundamental rights, components of the existential minimum, it will be up to the Judiciary Branch to intervene in order to ensure the effectiveness of the primacy of human dignity, removing the citizen from state interference with non-taxable wealth. The methodology used in this research, regarding the means, was developed through the deductive, descriptive and qualitative method, through bibliographical, doctrinal and jurisprudential review.*

**Keywords:** *Tribute; social differences; contributory capacity; existential minimum; judicial control.*

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO; 2. CRESCIMENTO ECONÔMICO X DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: MUITO ALÉM DA RENDA; 3. BRASIL: SUBDESENVOLVIDO APESAR DE RICO; 4. ESTRUTURA DO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO E O IDEAL DE JUSTIÇA SOCIAL; 5. CAPACIDADE CONTRIBUTIVA: LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DE TRIBUTAR; 5.1. CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E MÍNIMO EXISTENCIAL; 5.2. MÍNIMO EXISTENCIAL COMO COROLÁRIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA; 6. MÍNIMO EXISTENCIAL A PARTIR DA PERSPECTIVA JURÍDICA DA SUA JUSTICIABILIDADE; 7. CONCLUSÕES; REFERÊNCIAS.

## 1. INTRODUÇÃO

A atividade tributária do Estado Fiscal, por envolver interesses em permanente tensão, é limitada por vários dispositivos que estão inseridos na Constituição Federal de 1988, notadamente os direitos fundamentais dos contribuintes e os princípios tributários aplicáveis. Trata-se da constitucionalização do Direito Tributário.

Nesse contexto, resta compreendido que o papel do tributo em uma sociedade contemporânea não é somente financiar o Estado, mas, sobretudo, servir de instrumento de transformação social e concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, além de promover um modelo de desenvolvimento econômico incluyente, onde todos, independentemente do ponto de partida, tenham reais possibilidades de serem felizes a partir de suas próprias escolhas.

Sob essa perspectiva, a política pública tributária<sup>2</sup>, além de proporcionar a igualdade de oportunidades entre os indivíduos, como uma “política de Estado” - cuja estrutura e funcionamento se encontra mergulhada na legalidade constitucional -, também deve se voltar ao combate à pobreza e redução das desigualdades entre posições sociais, objetivos preconizados na Agenda 2030 e na CF/88, dado que a pobreza é justamente à negação dos direitos humanos fundamentais e do desenvolvimento equitativo e sustentável.

<sup>2</sup> Entende-se por política pública tributária a definição de como e onde o Governo irá buscar os recursos necessários para fazer frente às despesas públicas e política fiscal, ao seu turno, onde irão ser aplicados os recursos arrecadados. As opções políticas do Governo é que definem de quem será retirado os valores e para quem será posteriormente destinado.

Portanto, se de um lado a tributação é o meio que se vale o Estado para obter receitas indispensáveis ao atingimento de suas finalidades, por outro, há um espaço garantido pela dignidade humana em que a tributação não pode adentrar, sob pena de ofensa ao elemento nuclear do conteúdo essencial da dignidade: o mínimo existencial.

Outrossim, considerando que o Brasil, apesar de rico, é extremamente desigual, decorrente de uma má distribuição de renda e riquezas, o que se deve em grande parte ao modo como o sistema tributário se encontra estruturado, é objetivo deste artigo investigar qual o papel que a tributação vem desempenhando e se esse instrumento está contribuindo com a missão constitucional assumida pelo Estado brasileiro de promover a justiça social ou, ao contrário, ampliando esse quadro de iniquidades.

Em complemento, também é objetivo da pesquisa apontar que o princípio da capacidade contributiva e a progressividade, além de uma adequada e ética gestão dos valores arrecadados, são instrumentos tributários que, corretamente empregados, têm potencial para influenciar na redução das desigualdades de renda e a promoção do desenvolvimento sustentável.

Vale ressaltar que os direitos fundamentais, componentes do mínimo existencial - tanto em sua faceta positiva quanto na negativa -, não se encontram na margem de discricionariedade dos Poderes Executivo e Legislativo, de modo que, diante da omissão, ou atuação insuficiente dos referidos poderes no exercício de seus deveres, esses direitos podem ser reivindicados em Juízo, por serem indispensáveis para a garantia de uma vida digna.

Enfim, tendo como premissa o princípio da intributabilidade do mínimo existencial, busca-se demonstrar que se o legislador, ao instituir determinada exação, o fizer de forma desarrazoada, fazendo incidir o gravame sob a parcela que o cidadão dispõe para o exercício de uma vida digna, caberá ao Poder Judiciário, como guardião das leis e da Constituição Federal, intervir de modo a assegurar a eficácia do primado da dignidade da pessoa humana, retirando o cidadão da ingerência estatal de riqueza não tributável.

A pesquisa se justifica principalmente pela atualidade e a relevância do tema. O método de abordagem é dedutivo e a técnica de pesquisa será bibliográfica e documental.

## **2. CRESCIMENTO ECONÔMICO X DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: MUITO ALÉM DA RENDA**

Antes de adentrar propriamente dito no tema das políticas tributárias, importante delinear, ainda que sucintamente, a diferenciação entre crescimento econômico e desenvolvimento, de modo a conferir-lhes contornos mais precisos.

Até meados do século XX, o desenvolvimento era tratado simplesmente como sinônimo de crescimento econômico, medido por índices de incremento da

produção de bens e serviços, como o aumento da renda *per capita* ou do Produto Interno Bruto (PIB). Havia uma nítida associação do desenvolvimento com o processo de industrialização que, nas nações desenvolvidas, grosso modo, representou uma melhoria das condições de vida da população.

Entretanto, esse processo não se refletiu do mesmo modo nas nações de industrialização tardia, tais como o Brasil. Nesses países o crescimento econômico não se fez acompanhar da esperada eliminação da pobreza extrema ou da situação de desigualdade significativa entre as classes sociais. Ou seja, o progresso econômico não foi capaz de romper o desequilíbrio estrutural, ocasionando apenas um efeito modernizante.<sup>3</sup>

O emprego do PIB *per capita* como único indicador para avaliar o desenvolvimento de um país é inadequado por ignorar questões de mais alta relevância para averiguar a qualidade de vida da população - elemento-chave de um conceito amplo de desenvolvimento - tais como condições adequadas de alimentação, acesso à água potável, ao saneamento básico e aos serviços de educação e saúde<sup>4</sup>. Daí se considerar que a expressão “desenvolvimento econômico” não é a mais adequada, haja vista a inexistência de desenvolvimento apenas de natureza econômica.<sup>5</sup>

Ao esclarecer essa contradição, Herman Daly<sup>6</sup> pontua que existe uma diferença marcante entre crescimento e desenvolvimento. O primeiro significa “aumentar naturalmente em tamanho pela adição de material através de assimilação ou acréscimo”. Por sua vez, o desenvolvimento, diferentemente, deve ser entendido como “expandir ou realizar os potenciais de, trazer gradualmente a um estado mais completo, maior ou melhor”. Por assim dizer, quando algo cresce fica maior, mas, quando algo se desenvolve, torna-se melhor.

A constatação de que estava sendo calamitoso tratar o desenvolvimento simplesmente como aumento da *renda per capita* foi feita por vários economistas que entre os anos de 1960-1970 haviam conhecido de perto a realidade do “Terceiro Mundo”, entre eles o paquistanês Mahbud ul Haq (1934-1988), diretor de projetos do Programa para o Desenvolvimento que a Organização das Nações Unidas (ONU) criou em 1965 (PNUD).

À vista disso, principalmente a partir de 1990, com a elaboração do primeiro “Relatório do Desenvolvimento Humano”, idealizado por Mahbud, juntamente com outros colaboradores, entre eles o indiano Amartya Sen, Nobel da Economia em 1998, já não seria mais possível admitir a ideia de crescimento econômico como sinônimo de desenvolvimento, pensamento típico dos séculos anteriores.

Tão larga experiência prática com os países subdesenvolvidos gerou em Mahbud ul Haq uma forte determinação em criar um indicador sintético que pudesse servir

3 FURTADO, Celso. **O mito do desenvolvimento econômico**. São Paulo: Círculo do Livro, 1974.

4 FUKUDA-PARR, Sakiko et al. Assessing State compliance with obligations to fulfill economic and social rights: a methodology and application to the states of Brazil. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coords.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 425-426.

5 GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 245.

6 DALY, Herman E. Crescimento Sustentável? Não, obrigado. **Ambiente & Sociedade**. Campinas, v. 7, n. 2, p. 197-202, jul./dez. 2004, p. 198.

ao mundo como um guia do desenvolvimento, rivalizando, assim, com o PIB *per capita*. Buscava uma medida tão simples como o PIB – com uma única cifra – mas que não fosse tão cega no tocante aos aspectos sociais da vida humana. Assim nasceu o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), que além de medir a renda, capta, também, índices de longevidade e escolaridade.<sup>7</sup>

Uma vez superado o ultrapassado índice para medição de desenvolvimento econômico relacionado ao simples crescimento econômico, surgiu o IDH. Este novo índice, que mede renda, longevidade e educação, representou considerável progresso. Hoje ele é um dos principais indicadores do Relatório para o Desenvolvimento Humano -divulgado anualmente<sup>8</sup> - e considerado pela ONU como um importante instrumento no progresso do desenvolvimento humano no mundo.

No mesmo sentido, após a ratificação do conceito de desenvolvimento sustentável na Conferência Rio-92, em 2015 os 193 países membros da ONU aprovaram os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) a serem concretizados até o ano de 2030. Esse documento é um compromisso dos países em tomar medidas mais dinâmicas para erradicar a pobreza e viabilizar ações de desenvolvimento em escala mundial<sup>9</sup>. Entre os importantes objetivos, os ODS's 1 e 10 - erradicar a pobreza e redução das desigualdades -, mostram-se como primordiais, em se tratando do estudo das políticas tributárias como instrumento de redução das desigualdades sociais e da garantia da proteção dos direitos fundamentais.

Observa-se, assim, que a definição contemporânea de desenvolvimento leva em consideração diversas dimensões, não se restringindo ao aspecto econômico. A interdependência do aspecto econômico com os eixos humano e social é justamente um dos pontos cruciais do conceito que o diferenciam da noção de crescimento puro e simples.

No Brasil, a Magna Carta, em seu art. 3.º, ao tratar dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, além de apontar a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais (inc. III), estabelece, em seu inc. II, a garantia do desenvolvimento nacional como sendo um dos seus propósitos. Depreende-se, de uma simples leitura desse dispositivo, que o constituinte elencou como objetivo fundamental da República brasileira não o simples desenvolvimento econômico, tido como sinônimo de crescimento econômico, mas, sim, o desenvolvimento nacional, bem mais amplo e abrangente que aquele, cujo objetivo fundamental não se restringe a um mero crescimento econômico, mas, acima de tudo, ao desenvolvimento de toda a nação brasileira.

Assim, a noção de desenvolvimento preconizada pela Constituição de 1988 diverge da visão marcadamente liberal difundida por volta dos anos 60. A satisfação ao conceito de desenvolvimento, para além da preocupação exclusiva com a opulência econômica e o desenvolvimento dos mercados, está intimamente ligada

7 VEIGA, José Eli da. **Para entender o desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Editora 34, 2015, p. 14-15.

8 De acordo com último relatório divulgado pelo PNUD, o Brasil caiu cinco posições e agora é o 84º dos 189 países no ranking do IDH. Os dados do relatório atual são de 2019. No documento anterior, que analisou os dados de 2018, o Brasil ocupava a 79ª da lista.

9 PLATAFORMA AGENDA 2030. **Conheça a Agenda 2030**: o plano de ação global para mudar o mundo até 2030.

ao valor da solidariedade. Ou seja, vincula-se à busca da redução das desigualdades entre os cidadãos e, sobretudo, das distâncias entre as posições existentes na sociedade. Ademais, reclama a postura interventiva de uma Administração Pública inclusiva, por meio de ações universalizadas que possibilitem condições condignas a todos os cidadãos<sup>10</sup>. Desenvolver “sem deixar ninguém para trás”. É com este apelo que encerra o texto da Agenda 2030.

Nessa senda, José Afonso da Silva<sup>11</sup> esclarece que, “se o desenvolvimento não elimina a pobreza absoluta, não propicia um nível de vida que satisfaça as necessidades essenciais da população em geral, ele não pode ser qualificado de sustentável”.

Raimundo Falcão<sup>12</sup>, por sua vez, é enfático ao afirmar que desenvolvimento não é apenas crescimento econômico ou simples produção de riqueza. Desenvolvimento pressupõe distribuição ou redistribuição da riqueza em favor do bem-estar social.

No mesmo sentido, Amartya Sen<sup>13</sup> preceitua que o desenvolvimento transcende a acumulação de riqueza e o crescimento do PIB e de outras variáveis, simplesmente relacionadas à renda. O desenvolvimento deve estar diretamente ligado à melhora da vida que se leva e das liberdades desfrutadas.

Segundo Sen<sup>14</sup>, só há desenvolvimento quando os benefícios do crescimento servem à ampliação das capacidades humanas, entendidas como o conjunto das coisas que as pessoas podem ser ou fazer na vida. O seu objetivo básico deve ser ampliar as liberdades humanas, expandindo a capacidade das escolhas que as pessoas possam fazer para ter vidas plenas e criativas. Para a sua concretização requer a remoção das principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência de Estados repressivos.

Nada obstante, como não poderia deixar de ser - notadamente quando se está diante de países em desenvolvimento e, sobretudo, com tamanha desigualdade social como o Brasil -, o apontado autor não considera que o desenvolvimento de uma nação prescindia do crescimento econômico, do aumento das rendas, da industrialização ou da modernização. Ao contrário, para Sen o crescimento econômico não é um fim em si mesmo, contudo, ele é um importante meio para promover a liberdade dos membros da sociedade, propiciando acesso a recursos indisponíveis para exercício de uma autonomia<sup>15</sup> e, porque não dizer, ao exercício pleno da dignidade humana.

10 HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 13, n. 53, jul./set. 2013, p. 150-151.

11 SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 67.

12 FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Direito econômico** (teoria fundamental). São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 91.

13 SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 28-29.

14 SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 28-29.

15 *Ibidem*. p. 25-27.

Por fim, resta compreendido que é preciso pensar alternativas que contemple, a um só tempo, crescimento sustentado compatível com o desenvolvimento sustentável - modelo adotado pela CF/88<sup>16</sup> -, o que perpassa, necessariamente, pela redução das desigualdades sociais – marca registrada do país – e pelo desenvolvimento humano.

No contexto proposto, o problema da desigualdade será analisado sob as lentes da tributação. Para esse desiderato, nos tópicos que se seguem, busca-se evidenciar que o atual modelo adotado no Brasil - com enfoque na tributação indireta -, além de fiscalmente injusto, é causa de injustiça social. Ademais, será demonstrado que o direito fundamental ao mínimo existencial é um direito de eficácia plena, e como tal, passível de ser exigido judicialmente.

### 3. BRASIL: SUBDESENVOLVIDO APESAR DE RICO

A desigualdade social de um país - acima da própria pobreza em si -, é o fator que mais impacta o bem estar da comunidade. A ampliação das desigualdades não gera consequências nefastas apenas para os pobres. Esse sentimento de injustiça acaba por contaminar toda a sociedade, acarretando o agravamento das divisões de classes e o conseqüente abalo da confiança entre desiguais.<sup>17</sup>

Com efeito, “Ninguém pode negar que a injustiça na distribuição de renda é uma das principais causas da violência, do descrédito ao Estado e das crescentes tensões sociais, com reflexos tanto no campo como na cidade”.<sup>18</sup>

Apesar de ser a 12ª maior economia do mundo<sup>19</sup>, paradoxalmente, vem crescendo no Brasil o contingente de pessoas que vivem em situação de pobreza ou extrema pobreza, sendo inequívoco que o modo como o sistema tributário nacional se encontra engendrado no país contribui para esse quadro de iniquidades.

Em vista disso, pode-se dizer que o país, apesar de rico, prossegue subdesenvolvido, eis que paralelamente ao crescimento econômico, não se opera a correlata distribuição da riqueza e oportunidades à promoção do desenvolvimento humano em suas múltiplas dimensões, condição para se atingir um verdadeiro desenvolvimento<sup>20</sup>. “Nenhum Estado pode ser considerado desenvolvido se mantiver uma estrutura social caracterizada por vertentes simultâneas de riqueza e pobreza”<sup>21</sup>. Nesse tocante, o Estado tem diante de si o desafio de implementar políticas capazes de compatibilizar os interesses do ser humano no aspecto individual e coletivo e o desenvolvimento econômico do país.

16 A CF/88 buscou contemplar em um mesmo projeto político os três pilares do desenvolvimento sustentável, quais sejam: erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais (artigo 3º, I e II), estabelecimento de uma ordem econômica sustentável (artigo 170, VI) e o dever de tutela ecológica atribuída ao Estado e a sociedade (artigo 225, caput).

17 WILKINSON, Richard; PICKETT, Kate. **O Espírito da Igualdade** – Porque Razão as Sociedade Mais Iguais Funcionam Quase Sempre Melhor. Trad. Alberto Gomes. Lisboa: Editorial Presença, 2010, p. 283-285.

18 MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito tributário**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 27-28.

19 Até o ano de 2020 o Brasil era a 10ª maior economia do mundo. Contudo, o PIB brasileiro tombou 4,1% em 2020, registrando a maior contração desde o início da série histórica atual do IBGE, iniciada em 1996.

20 O conceito de desenvolvimento sustentável, adotado desde a Conferência Rio-92, é amparado por três pilares, os quais precisam existir de forma concomitante: econômico, social e ambiental.

21 RIBEIRO, Ricardo Lodi. O capital no século XXI e a justiça fiscal: uma contribuição de Thomas Piketty para uma reforma tributária no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, p. 197-228, abr./jun. 2015, p. 234.

De acordo com levantamento de dados feito pelo Banco Mundial, em 2020 o Brasil figurava como o 9º país mais desigual entre os 164 países selecionados, atrás apenas de alguns países africanos, como Moçambique, Suazilândia, República Centro-Africana, São Tomé e Príncipe, Zâmbia, Suriname, Namíbia e África do Sul.<sup>22</sup>

Ratificando esses dados, o recém-lançado relatório do IBGE<sup>23</sup> “Síntese de Indicadores Sociais: Uma análise das condições de vida da população brasileira”, ao analisar o índice Gini<sup>24</sup>, apontou que a partir de 2015, a desigualdade no Brasil passou a aumentar, tendência que se manteve até 2018. Em 2019, o índice Gini do rendimento domiciliar *per capita* do país foi de 0,543, recuando em relação a 2018 (0,545). Concernente à distribuição dos rendimentos, em 2019, os 10% mais ricos concentravam 42,9 da renda total do país e a parcela que compõe o grupo de 5% dos mais ricos, detinham 30,6% da renda – esse grupo aumentou sua participação no rendimento total em 5,3% entre os anos de 2015 e 2019 (29,1% para 30,6%). Nesse mesmo período a renda dos 10% mais pobres caiu 17%, enquanto a do 1% mais rico cresceu 10%.<sup>25</sup>

Em um círculo vicioso, a desigualdade econômica - desencadeada pela má distribuição de renda - é fonte geradora de inúmeras desigualdades (alimentação, moradia, segurança, postos de trabalho, educação, saúde etc.), dado que a carência de recursos leva ao menor acesso ou acesso de pior qualidade a esses serviços.

Segundo Clemente Ganz Lúcio<sup>26</sup>, ex-diretor do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE), para reverter essa situação, a economia devia estar claramente orientada para um crescimento econômico com geração de emprego e aumento dos salários, incremento da produtividade e uma estrutura tributária progressiva onde quem ganha mais paga mais impostos. Todavia, “no Brasil é o contrário, os mais pobres pagam proporcionalmente mais impostos que os mais ricos”.

Por assim dizer, a progressividade tributária e o princípio da capacidade contributiva funcionam exatamente como instrumentos de redistribuição de rendas e redução das desigualdades sociais. Como pressuposto, ao tributar os detentores de patrimônio e renda na razão inversa da manifestação de riqueza e sobrecarregar a incidência dos tributos indiretos sobre o consumo - gravame que pela sua própria natureza não faz discriminação acerca da condição econômica do contribuinte -, o sistema tributário brasileiro distancia-se de uma lógica pautada na ideia de justiça fiscal e social.<sup>27</sup>

22 WORLD BANK. **World development indicators**. Washington, DC (2020). Disponível em: <http://wdi.worldbank.org/table>. Acesso: 15 de jul. 2021.

23 IBGE. **Síntese de Indicadores Sociais**: uma análise das condições de vida da população brasileira. 2020/IBGE, Coordenação de População e Indicadores Sociais. - Rio de Janeiro: IBGE, 2020.

24 No Brasil, a desigualdade econômica é avaliada utilizando-se, mais usualmente, o coeficiente de Gini de análise de renda. Essa forma de analisar a desigualdade é um parâmetro internacional e varia de 0 a 1, e quanto mais perto de 1, maior é a concentração de renda naquele país, demonstrando a desigualdade.

25 IBGE. **Síntese de Indicadores Sociais**: uma análise das condições de vida da população brasileira. 2020/IBGE, Coordenação de População e Indicadores Sociais. - Rio de Janeiro: IBGE, 2020.

26 LÚCIO, Clemente Ganz. Custo de vida, emprego e desemprego, cesta básica, tarifas públicas, salário mínimo: a análise do DIEESE. **Jornal Brasil Atual**. Entrevistadora Nahama Nunes. 10/2/2019.

27 RIBEIRO, Ricardo Lodi. O capital no século XXI e a justiça fiscal: uma contribuição de Thomas Piketty para uma reforma tributária no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, p. 197-228, abr./jun. 2015.

Não há que se olvidar que os objetivos de combate à pobreza e redução das desigualdades somente poderão ser alcançados através de eficientes políticas públicas tributárias, que a par de preservar o patrimônio e a renda mínima da população mais pobre - garantindo condições dignas de existência -, seja focada na progressividade dos impostos considerando a capacidade contributiva.

Outrossim, diante da desigualdade social e econômica que grassa no país, decorrente de uma má distribuição de renda e riquezas, faz-se necessário perquirir qual o papel que a tributação vem desempenhando no Brasil. E mais, se este instrumento está servindo à promoção da justiça social ou, ao contrário, contribuindo para ampliar as mazelas.

Por fim, mostra-se relevante investigar os aspectos que levaram a esta situação - tal como o modo em que se encontra estruturado o sistema tributário brasileiro -, bem como traçar um paralelo entre as políticas públicas com os objetivos fundamentais elencados na Constituição Federal, entre eles a garantia do mínimo existencial.

#### 4. **ESTRUTURA DO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO E O IDEAL DE JUSTIÇA SOCIAL**

O modo como o sistema tributário se encontra delineado em um país influi na distribuição de renda dos cidadãos, dado que a escolha de como os recursos serão captados junto à sociedade e, posteriormente, devolvidos a ela - na forma de serviços públicos -, pode culminar com a redistribuição da riqueza ou provocar uma maior concentração.<sup>28</sup>

Nesse sentido, sustenta Conti<sup>29</sup> que a tributação progressiva é a forma de tributação que melhor atende ao princípio da capacidade contributiva, igualando o sacrifício social dos contribuintes e obtendo a igualdade vertical.

Igualmente, Thomas Piketty<sup>30</sup> assevera que a adoção de um sistema tributário progressivo é o modo mais justo de redistribuir as rendas e combater à desigualdade social, “mas respeitando a propriedade privada e a livre concorrência”. Por isso, “o imposto progressivo exprime de certa forma um compromisso entre justiça social e liberdade individual”.

Nessa esteira, mesmo pensadores mais liberais como John Rawls<sup>31</sup> - que embora defendesse a proporcionalidade como um dos princípios da justiça como equidade, sob o argumento de que essa modalidade de tributação seria a mais adequada ao estímulo da produção -, reconheceu que nos sistemas tributários de países em que havia maior desigualdade social, a progressividade dos impostos sobre a renda era medida exigida pelos princípios da liberdade, da igualdade equitativa de

28 ROSSIGNOLI, Marisa, SANESHIMA, Critiano Floriano. Desenvolvimento, distribuição de renda e sistema tributário brasileiro: algumas inter-relações. **Revista de Direito UFMS**, v. 3, 2017, p. 217-240, p. 231.

29 CONTI, José Maurício. **Princípios Tributários da Capacidade Contributiva e da Progressividade**. São Paulo: Dialética, 1996.

30 PIKETTY, Thomas. **O Capital no Século XXI**. Trad. Mônica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p. 492.

31 RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 307.

oportunidades e da diferença. Da mesma forma, conquanto Klaus Tipke<sup>32</sup> entenda que a progressividade rompe com a igualdade, reconhece que, pelo princípio do estado Social, esse rompimento é justificado, tendo por objetivo a distribuição de riquezas.

Em complemento, não se pode olvidar a teoria econômica da utilidade marginal do capital de Stuart Mill. Segundo ela, a riqueza passa a ser menos útil ao seu titular na medida em que aumenta. Portanto, o sacrifício social representado por uma tributação com base numa mesma alíquota seria mais intenso nos segmentos dotados de menor riqueza. Como corolário, para igualar o sacrifício social da tributação, Stuart Mill<sup>33</sup> preconizou a progressividade, com o aumento das alíquotas em razão do aumento da riqueza.

Forçoso reconhecer que em uma sociedade marcada por profundas desigualdades sociais como o Brasil, maior importância é conferida à progressividade tributária, traduzindo-se no instrumento mais ajustado à aplicação do princípio da capacidade contributiva, consubstanciado na solidariedade e na justiça social.

Perfilhando essa visão, Ricardo Lodi<sup>34</sup> afirma que o combate às desigualdades sociais pela via da tributação pode se dar não apenas pela redistribuição de renda - através de prestações positivas aos mais pobres oriundas de recursos orçamentários obtidos por meio da tributação dos mais ricos -, mas, também, pela distribuição de rendas, baseada nas receitas e na ideia de divisão justa do ônus fiscal pela capacidade contributiva, por meio da progressividade, a fim de evitar a concentração de renda.<sup>35</sup>

Seja em sua faceta redistributiva ou distributiva, o que resta patente é que as políticas públicas tributárias, quando bem planejadas, são importantes instrumentos para efetivar e propiciar condições plenas para resgatar a dignidade da população e a redução das desigualdades entre as posições sociais, e não apenas permitir a sobrevivência.

Para tecer considerações sobre a natureza de um sistema tributário, a partir da ideia de equidade, *a priori*, faz-se necessário identificar o perfil do sujeito que de fato participa da arrecadação, e em que montante realiza essa participação. Nesse sentido, saber o tipo de riqueza que costuma ser tributada - e onde irão ser aplicados os recursos arrecadados - traz elementos fundamentais à análise com vistas à identificação do caráter de justiça do sistema tributário.<sup>36</sup> No mesmo sentido, Ricardo Lodi<sup>37</sup> assevera que:

32 TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. **Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 527.

33 MILL, John Stuart. **Princípios de Economia Política**. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 290.

34 RIBEIRO, Ricardo Lodi. O capital no século XXI e a justiça fiscal: uma contribuição de Thomas Piketty para uma reforma tributária no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, p. 7-8, abr./jun. 2015.

35 Ricardo Lobo Torres (2005, p. 348) distingue entre os princípios da distribuição e da redistribuição de rendas. Este último teria natureza orçamentária: "Leva em conta simultaneamente as vertentes da receita e da despesa, ao fito de transferir renda dos mais ricos para os pobres e miseráveis. Opera sob a consideração da justiça por transferência, particular subprincípio da justiça distributiva". Já o princípio da distribuição de rendas não se ocupa com as transferências, mas com a tributação de acordo com a capacidade do contribuinte e sua justiça.

36 PORTELLA, André Alves; GUIMARÃES, Rebeca Bárbara. Análise-crítica da proposta de reforma tributária brasileira à luz da concepção de tributação equitativa 105 de Thomas Piketty. **RDIET**, Brasília, v. 15, n. 1, p. 115, Jan-Jun, 2020.

37 RIBEIRO, Ricardo Lodi. O capital no século XXI e a justiça fiscal: uma contribuição de Thomas Piketty para uma reforma tributária no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, p. 12, abr./jun. 2015.

A justiça de um sistema tributário está na adequada distribuição da carga tributária entre os detentores de patrimônio e renda de um lado, e aqueles que nada têm, senão despesas, de outro. Os objetivos de cada sociedade vão presidir tais escolhas que desaguarão na formulação do seu sistema tributário.

Analisando o modelo tributário adotado no Brasil, observa-se a existência de tributos diretos (que recaem sobre a renda e patrimônio) e tributos indiretos (sobre consumo de produtos e serviços).

É exatamente através da renda e do patrimônio que é possível mensurar de forma individualizada o grau de opulência econômica de um contribuinte. Em vista disso, a tributação que incide sobre tais riquezas - por melhor capturar a capacidade contributiva - possibilita um maior alinhamento com a ideia de justiça fiscal. Em síntese, aquele que tem mais renda e patrimônio paga mais tributos. “Essa progressividade é benéfica para a diminuição das desigualdades sociais, haja vista que tal percentual do patrimônio retirado do contribuinte com mais capacidade econômica pode ser aplicado na melhoria da qualidade de vida daqueles com menos recursos”.<sup>38</sup>

Diferentemente, o nível de consumo de um determinado indivíduo, conquanto seja um indicativo importante da sua riqueza, somente de forma indireta e imprecisa possibilita o aferimento dessa condição, limitando-se a garantir a igualdade formal dos cidadãos perante a lei, o que no Estado Social revela-se insuficiente. Consequentemente, a tributação sobre o consumo favorece a acumulação de capital, possibilitando um meio inferior de promoção da justiça distributiva.<sup>39</sup>

Fato incontroverso é que as pessoas que estão na base da pirâmide utilizam a maior parte de seus rendimentos na aquisição de bens de consumo, geralmente composto de itens essenciais à sua própria sobrevivência. Na perspectiva da tributação - ao onerar igualmente os mais abastados e as pessoas que pouco têm - significa que a incidência dos tributos sobre o consumo sobrecarrega, proporcionalmente, mais essas últimas, configurando a regressividade tributária. Trata-se de um modelo de política tributária moral e socialmente miserável e que deve ser fortemente combatido, dado implicar em obstáculo intransponível ao desenvolvimento inclusivo para o conjunto da sociedade.

E para piorar, o produto da arrecadação tributária tampouco é suficientemente investido pelo Estado na promoção de políticas públicas que garantam à população mais carente os direitos sociais previstos constitucionalmente. Conforme *ranking* divulgado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT)<sup>40</sup>, o Brasil é o país com o menor índice de retorno de bem-estar à sociedade.

38 ROSSIGNOLI, Marisa, SANESHIMA, Critiano Floriano. Desenvolvimento, distribuição de renda e sistema tributário brasileiro: algumas inter-relações. **Revista de Direito UFMS**, v. 3, 2017, p. 217-240, p. 232.

39 MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **O mito da propriedade** - os impostos e a justiça. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 156.

40 IBPT. **Brasil escala ranking mundial das maiores cargas tributárias**. 2021.

Buffon<sup>41</sup> alerta ainda para a possibilidade de desvios criminosos dos recursos públicos:

O mais lamentável, porém, é que os recursos arrecadados sequer chegam a ser empregados em quaisquer áreas de atuação estatal, porquanto, de uma forma inaceitavelmente significativa, são usurpados mediante ações ilícitas, as quais endemicamente permanecem presentes na cultura nacional.

A carga tributária do Brasil, diferentemente do que é comumente propalado, não é “a mais alta do mundo”, sendo comparável à média da OCDE e dos países desenvolvidos, girando em torno de 35,21%<sup>42</sup>. Porém, o que se deve atentar não é para o tamanho da carga tributária, e sim pela sua composição que cristaliza as desigualdades e pelo retorno à sociedade. No Brasil, diferentemente da maioria dos países desenvolvidos, a tributação sobre o consumo é muito superior à que incide sobre a renda.

Destarte, o sistema tributário brasileiro, distanciando-se do ideal de justiça social, é altamente regressivo, com prevalência da tributação sobre o consumo, em detrimento da tributação sobre renda e patrimônio, contribuindo de modo decisivo para a concentração de renda e a desigualdade social. Segundo dados colhidos junto à Receita Federal, referente à carga tributária no ano de 2018, cerca de 25% da arrecadação no país foi oriunda da incidência sobre renda e patrimônio, enquanto algo em torno de 50% decorreu da incidência sobre consumo de bens e serviços.<sup>43</sup>

Corroborando esse entendimento, Hugo de Brito Machado<sup>44</sup> afirma que “A tributação recai de forma proporcionalmente mais pesada sobre a classe média, enquanto as políticas governamentais somente contemplam programas assistencialistas, ao invés de lançar bases estruturais para um desenvolvimento social sustentável”.

Denota-se, por conseguinte, que a estruturação do sistema tributário no Brasil tem como escopo atender aos interesses de arrecadação do Estado, a partir da perspectiva liberal de neutralidade e de eficiência econômica, e não à ideia de justiça fiscal, de combate à desigualdade ou de fortalecimento do Estado Social.<sup>45</sup>

Como bem salientado por Ricardo Lodi<sup>46</sup>, não há que se olvidar que o sistema tributário brasileiro é “marcado por uma iniquidade regressiva escondida por trás do discurso hegemônico quanto ao caráter asfixiante de uma carga tributária afugentadora dos investimentos”. Imperioso desmontar essas armadilhas construídas pelos beneficiários da concentração de renda, promovendo a maior tributação do patrimônio, heranças e rendas dos mais ricos a fim de aliviar a carga fiscal dos consumidores e dos assalariados.

41 BUFFON, Marciano. A extrafiscalidade e direitos fundamentais: a introdução do interesse humano na tributação. *In: Direito tributário em questão: Revista da FESDT/ Fundação Escola Superior de Direito Tributário*. n. 3. Porto Alegre: FESDT, 2009. p. 160.

42 BRASIL. RECEITA FEDERAL. **Carga Tributária 2018**, p. 14.

43 BRASIL. RECEITA FEDERAL. **Carga Tributária 2018**, p. 14.

44 MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito tributário**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 26.

45 RIBEIRO, Ricardo Lodi. O capital no século XXI e a justiça fiscal: uma contribuição de Thomas Piketty para uma reforma tributária no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, p. 13, abr./jun. 2015.

46 *Ibidem*, p. 35.

Nesse diapasão, a política tributária pode ser eficazmente utilizada como instrumento de redistribuição de rendas e promoção da justiça social, para tanto, faz-se necessária uma reforma tributária igualitária *pro societate*. Só assim haverá efetivamente justiça fiscal, propiciadora de uma redistribuição de renda e de justiça social.

Todavia, conforme alertado por Domingos e Cunha<sup>47</sup>, diante da crise institucional estabelecida no Brasil, mesmo que a arrecadação seja efetivada de forma adequada e se tenha uma distribuição coerente dos tributos auferidos, não haverá justiça social enquanto persistirem os inúmeros desvios de verbas e o sangramento dos cofres públicos.

Em suma, não se trata, portanto, apenas de arrecadação ou distribuição dos tributos, mas também de uma adequada gestão desses valores, dado que, apenas com a convergência de todos estes elementos será possível se pensar em uma efetiva justiça social tributária.

## 5. CAPACIDADE CONTRIBUTIVA: LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DE TRIBUTAR

Nas democracias, a tributação é condição para a própria sobrevivência do Estado. É o meio que ele se utiliza para obter fonte de receita indispensável à implementação das diversas políticas públicas visando à concretização do bem comum. Em última análise, essa é a razão de existir do próprio Estado<sup>48</sup>. Contudo, o poder de tributar tem limites, entre eles a capacidade contributiva.

A tributação, além de não poder retirar a condição de desenvolvimento econômico de uma sociedade pela máxima tributação (tributação confiscatória), tampouco pode ser irrisória a ponto de impossibilitar os recursos necessários para uma redistribuição da renda e equalização das diferenças sociais, sob pena de se transformar em um elemento agravante das distorções econômico-sociais em uma sociedade<sup>49</sup>. Esse equilíbrio é o que Hack<sup>50</sup> denominou de sustentabilidade da tributação.

Não se pode descurar que a busca pela melhoria das condições sociais dos membros de uma sociedade perpassa necessariamente pela ampliação da igualdade de oportunidades. Nesse tocante, o tributo representa um dos mais destacados instrumentos para a correção das distorções sociais e diferenciação social/funcional. Malgrado, para que possa atingir esses objetivos, de vital importância considerar a capacidade contributiva dos contribuintes, de modo a onerar de forma equivalente às distorções da capacidade econômica de seus membros.<sup>51</sup>

47 DOMINGOS, Terezinha de Oliveira; CUNHA, Leandro Reinaldo da. A tributação como instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana em face do desenvolvimento. (coord) TAVARES NETO, José Querino; FEITOSA, Raymundo Juliano Rego. **25 anos da Constituição Cidadã**: Os Atores Sociais e a Concretização Sustentável dos Objetivos da República – Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 20.

48 BUFFON, Marciano. **Tributação e Dignidade Humana**: entre direitos e deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009a, p. 151.

49 COSTA-CORRÊA, André Luiz. Considerações sobre a eficiência tributária para uma tributação no século XXI. **Revista Brasileira de Direito e Justiça**./Brazilian Journal of Law and Justice, Revista Científica do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual de Ponta Grossa. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2017- 2017, 1 (1), p. 125-149, Jul./Dez. 2017, p. 125.

50 HACK, Érico. **Sustentabilidade da tributação e a finalidade do tributo**. II Seminário sobre Sustentabilidade da FAE. Curitiba: FAE, 2007, p. 5.

51 VITA, Jonathan Barros. As novas funções dos tributos no sistema social: distributividade como forma de promoção da democracia e da liberdade. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (org.). **Tributação: democracia e liberdade** – em homenagem à Ministra Denise Martins Arruda. São Paulo: Noeses, 2014. p. 662.

O princípio da capacidade contributiva<sup>52</sup> - inspirado no ideal de justiça distributiva - está previsto no artigo 145, § 1º, da CF/88, representando o vínculo essencial entre a tributação e a solidariedade social - considerado um dos sustentáculos do Estado Democrático de Direito<sup>53</sup>. Ou seja, o contribuinte cumpre com seu dever de solidariedade no meio social quando efetivamente contribui para a manutenção dos gastos estatais - através do recolhimento dos tributos que lhe são exigíveis - na exata medida de suas possibilidades. Portanto, pelos ditames da justiça social, deve haver uma cooperação entre a sociedade visando o bem comum.

Como bem sintetiza Zilveti<sup>54</sup>, a capacidade contributiva tem como principal qualidade possibilitar ao Estado a prática da Justiça Fiscal, compatibilizando o potencial econômico do contribuinte com o imposto que lhe seja atribuído o pagamento.

O ajuste ao princípio da capacidade contributiva passa por limitadores externos, de observância cogente, os quais são o mínimo existencial, em uma das extremidades, e o confisco, na extremidade oposta. Nesse tocante, Ricardo Lobo Torres<sup>55</sup> leciona que “a capacidade contributiva começa além do mínimo necessário à existência humana digna e termina aquém do limite destruidor da propriedade”.

Dito de outra forma, a capacidade contributiva é o limite constitucional ao poder de tributar. Assim como o princípio da reserva de lei estabeleceu um limite formal à tributação, o princípio da capacidade contributiva estabeleceu um limite material: onde não houver capacidade contributiva, não deve haver tributação.

Como corolário, se de um lado a tributação é um instrumento para a concretização dos mandamentos constitucionais voltados à satisfação do bem comum, por outro, há um espaço garantido pela dignidade humana em que a tributação não pode adentrar, sob pena de ofensa a um dos elementos que compõe o conteúdo essencial da dignidade: o mínimo existencial. Pode-se dizer então que “os tributos nascem a partir dos direitos fundamentais do homem, buscam a sua garantia e são por estes limitados”<sup>56</sup>.

Conforme salientado por Cesarino Pessôa<sup>57</sup>, ainda que inicialmente, o princípio da capacidade contributiva tenha sido interpretado no Brasil como norma meramente programática, posteriormente ele evoluiu, passando a ser reconhecido como uma norma de eficácia plena, cujo objetivo seria proteger os interesses do contribuinte contra a natural voracidade do fisco, estabelecendo um limite material à incidência de tributos.

52 É preciso distinguir entre a capacidade econômica - soma total do patrimônio e os rendimentos de uma dada pessoa de direito privado - da capacidade contributiva - correspondente à parcela de riqueza que supera o mínimo necessário para a satisfação das necessidades básicas individuais. Esse último é que deve ser considerado para efeito de tributação.

53 YAMASHITA, Douglas. Princípio da Solidariedade em Direito Tributário. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (coords.). **Solidariedade Social e Tributação**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 59-60.

54 ZILVETI, Fernando Aurélio. Capacidade Contributiva e Mínimo Existencial. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurélio (coord.). **Direito Tributário** - Estudos em Homenagem a Brandão Machado. São Paulo: Dialética, 1998, p. 41.

55 TORRES, Ricardo Lobo. **Os Direitos Humanos e a Tributação**: imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 138.

56 PIRES, Adilson Rodrigues. O processo de inclusão social sob a ótica do direito tributário. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TORRES, Heleno Taveira (orgs.). **Princípios de direito financeiro e tributário** - Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 82-83.

57 PESSÔA, Leonel Cesarino. Redução da desigualdade, política tributária e a Constituição. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. RBDC N. 18 - jul./dez. 2011, p. 181.

Malgrado, a despeito dos impostos diretos, em regra, não incidirem em face das pessoas cuja renda não supera o mínimo vital, o mesmo não pode ser dito em relação aos impostos indiretos, tais como o ICMS e IPI, por exemplo. Nesses tributos, cuja característica principal é a regressividade, pelo fenômeno da repercussão fiscal, quem arca com o sacrifício econômico do imposto são os consumidores finais (contribuinte de fato), independente do seu poderio econômico.

Assim, enquanto a tributação direta - base do sistema tributário progressivo - atende ao princípio da capacidade contributiva, agravando de modo mais contundente as pessoas com maior capacidade econômica. Por outro lado, a tributação indireta possui caráter nitidamente regressivo, onerando igualmente os mais ricos e os mais carentes, violando o princípio da capacidade contributiva e, conseqüentemente, o direito ao mínimo existencial, dado subtrair do indivíduo o fundamental direito de prover a si e a seus familiares dos recursos indispensáveis a uma existência digna e da oportunidade de desenvolvimento e ampliação das capacidades.

Em vista disso, forçoso reconhecer que o sistema tributário brasileiro, focado na tributação indireta, é um modelo, fiscal e, principalmente, socialmente injusto, responsável pela concentração de rendas e pelas iniquidades sociais que de modo tão cruel atingem boa parte da população, em manifesta afronta aos objetivos fundamentais da Constituição de 1988 - e dos ODS da Agenda 2030, ratificados pelo Brasil - em especial os objetivos de reduzir as desigualdades sociais e de erradicação da pobreza e marginalização.

Ao fim e ao cabo, inequívoco que os princípios da capacidade contributiva e progressividade - em complemento com uma adequada e ética gestão dos valores arrecadados - são importantes instrumentos tributários que, corretamente empregados, influenciam decisivamente na redução das desigualdades sociais, contribuindo para a promoção do desenvolvimento sustentável.

### 5.1. CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E MÍNIMO EXISTENCIAL

No que tange ao mínimo existencial como limite externo do princípio da capacidade contributiva - interesse maior deste artigo -, essa interpretação implica no reconhecimento de uma zona de mínimo vital - limitadora material da atuação tributária -, na qual não pode haver, em hipótese alguma, tributação. Embora não esteja previsto expressamente na Constituição, a sua tutela está implícita no ordenamento jurídico, consubstanciado no direito à vida e na dignidade da pessoa humana.

Como pressuposto, não se pode conceber um sistema tributário, cunhado sob a égide do princípio da capacidade contributiva, a cobrança de impostos sobre a renda mínima necessária para uma vida digna. Logo, a mera observância da progressividade da tributação não é bastante em si mesma para determinar que um

sistema seja justo. Para tanto, indispensável que efetivamente respeite a capacidade contributiva, revelando que a incidência de impostos não alcance a renda mínima para a sobrevivência digna do cidadão e de sua família.<sup>58</sup>

Klaus Tipke<sup>59</sup> já definia a capacidade contributiva de forma bastante alinhada à ideia de mínimo existencial: “[...] deve-se assim definir o princípio: Cada qual deve pagar impostos de conformidade com o montante de sua renda, desde que este ultrapasse o mínimo existencial e não deva ser empregado para obrigações privadas inevitáveis”.

Destarte, o princípio da capacidade contributiva e o mínimo existencial estão intrinsecamente relacionados, uma vez que a existência da capacidade para contribuir somente é aferível quando, no caso concreto, há riqueza acima do mínimo vital. Nesse sentido, Buffon<sup>60</sup> preleciona que:

[...] em qualquer modelo estatal – e no Estado Social principalmente – é inadmissível que o cidadão desprovido de capacidade para prover o seu próprio sustento seja compelido a contribuir para o Estado, especialmente quando este lhe sonega aquilo de mais básico que prometeu prover (saúde, educação, segurança, habitação, salário digno, etc.).

Nessas tintas, considerando a obrigação constitucional assumida pelo Estado brasileiro de salvaguardar e promover os direitos humanos fundamentais, caberá ao Estado implementar políticas públicas para a consecução desses objetivos (art. 3.º da CF), ao tempo em que deverá se abster de tributar o patrimônio afetado para a consecução do mínimo existencial.

Todavia, definir os contornos do mínimo existencial mostra-se uma tarefa assaz difícil, pois - ao menos no caso brasileiro - não há uma definição constitucional ou legal. No entanto, há quem o defina como as condições para o exercício da liberdade<sup>61</sup>, sendo entendido como a possibilidade de se fazer escolhas as quais apenas se mostram tangíveis quando presentes determinados pressupostos materiais.

Ademais, consoante Daniel Sarmiento<sup>62</sup>, é preciso atentar para as “variações socioculturais significativas em relação ao que se concebe como necessidades básicas”, dado que uma necessidade que pode em algum momento da história sequer existir - como acesso à energia elétrica -, no transcurso temporal pode se revelar como indispensável. Malgrado, com bem salienta o autor, não obstante as variações referidas, há exigências mínimas que o são pela própria natureza humana, a exemplo do acesso à água, moradia e saúde.

58 GRUPENMACHER, Betina Treiger. Das exonerações tributarias. Incentivos e benefícios fiscais. GRUPENMACHER, Betina Treiger; CAVALCANTE, Denise Lucena; RIBEIRO, Maria de Fatima; QUEIROZ, Mary Elbe. **Novos Horizontes da Tributação: Um diálogo Luso - Brasileiro**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 48.

59 TIPKE, Klaus. **Moral tributária do estado e dos contribuintes**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 21.

60 BUFFON, Marciano. **Tributação e Dignidade Humana: entre direitos e deveres fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009a, p. 181.

61 TORRES, Ricardo Lobo. **Os Direitos Humanos e a Tributação: imunidades e isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 30.

62 SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana na Ordem Constitucional Brasileira: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Tese apresentada no concurso público para Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ/RJ. Rio de Janeiro, 2015, p. 215-216

Grosso modo, pode-se dizer que para a determinação da quantia qualificada como mínimo existencial, e que deve servir de norte ao legislador, faz-se necessário à utilização de dados oficiais fidedignos. Nesse sentido, Fernando Aurélio Zilveti<sup>63</sup> leciona que:

Por meio de quadros fornecidos por um censo demográfico e social, compete ao legislador conhecer os custos necessários para sobrevivência de um cidadão e de sua família. Tais custos representam as despesas próprias da alimentação, vestuário, higiene, saúde, educação e lazer. Esses custos básicos para a sobrevivência digna do cidadão deveriam, por força das diversidades econômicas e sociais, ser apurados regionalmente. Assim, ao final do levantamento realizado pela pesquisa, teríamos vários mínimos existenciais para as diferentes regiões analisadas. O legislador fiscal analisaria, então, esse censo oficial, tomando, principalmente, os indicadores de renda, e orçamento familiar, nos mais diversos segmentos econômicos da sociedade. Dentre aqueles, segundo os resultados do censo, com renda suficiente para fazer frente ao mencionado orçamento, o legislador fiscal graduaria, então, a tributação segundo a capacidade contributiva.

Diante disso, abre-se espaço para uma indagação sobre a quantificação do mínimo existencial, sob a perspectiva da tributação. Utilizando-se do levantamento do Dieese - tomando por pressuposto os direitos apontados no artigo 7º, IV da CF/88 -, a entidade apresentou para março de 2021, um salário mínimo de R\$ 5.315,74 como sendo o necessário para a população arcar adequadamente com os custos mensais, tomando-se como referência uma família constituída por dois adultos e duas crianças. Valor encontrado muito diverso do salário mínimo então vigente - R\$ 1.100,00.<sup>64</sup>

Ou seja, em tese, a família cuja renda estivesse dentro dessa margem apontada pelo Dieese - renda de até R\$ 5.315,74 -, não deveria ser onerada com o pagamento de impostos, dado que tais valores são o indispensável para viver com dignidade.

Enfim, conforme Valle e Aveiro<sup>65</sup>, a proteção do mínimo existencial dos fluxos da tributação tem como primeiro destinatário o legislador que, verificando as especificidades do tributo em questão deve regulá-lo de modo a proteger aquele piso material, sob pena de intervenção judicial visando assegurar a eficácia desse primado Constitucional.

## 5.2. MÍNIMO EXISTENCIAL COMO COROLÁRIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O mínimo existencial corresponde ao núcleo essencial dos direitos humanos fundamentais, destinado a assegurar as condições indispensáveis à subsistência da pessoa e ao exercício pleno de suas liberdades, razão pela qual não pode ser

63 ZILVETI, Fernando Aurélio. Capacidade Contributiva e Mínimo Existencial. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurélio (coord.). **Direito Tributário** - Estudos em Homenagem a Brandão Machado. São Paulo: Dialética, 1998, p. 217.

64 DIEESE. **Pesquisa nacional da Cesta Básica de Alimentos**: Salário mínimo nominal e necessário. 2021.

65 VALLE, Maurício Dalri Timm do; AVEIRO, Júlio da Costa Rostirola. O mínimo existencial e a tributação. **Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário** - RDIET, Brasília, v. 12, nº 2, jul-dez, 2017. p. 114.

relativizado. Está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, consistente no reconhecimento de que todos são importantes e merecedores do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade.

Para Torres<sup>66</sup> o mínimo existencial corresponde a um direito constitucional imediatamente exigível, “[...] condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”. Ainda, segundo o autor: “Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo”.

Contudo, o mínimo existencial - indispensável para viver em condições de dignidade, não pode ser confundido com o mero “mínimo vital” ou “mínimo de sobrevivência”, e sim ao indispensável para viver uma vida plena. Nesse sentido, pontuam Sarlet e Fensterseifer<sup>67</sup>: “Não deixar alguém sucumbir à fome certamente é o primeiro passo no tocante à garantia de um mínimo existencial, mas não é o suficiente para garantir uma existência digna”.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro, já reconheceu a dignidade como um metacritério para garantir o mínimo a uma existência digna<sup>68</sup>. Inclusive, o STF tem entendido acerca do mínimo existencial, não ser cabível o princípio da reserva do possível para o descumprimento de direitos de relevância social, como é o caso da proteção à saúde.

Trilhando o mesmo entendimento, Clèmerson Clève (2003) esclarece que a CF/88 não visa apenas políticas assistenciais para um mínimo da sobrevivência, e sim o máximo possível:

Os direitos sociais não têm a finalidade de dar ao brasileiro, apenas, o mínimo. Ao contrário, eles reclamam um horizonte eficácia progressivamente mais vasto, dependendo isso apenas do comprometimento da sociedade e do governo e da riqueza produzida pelo país. Aponta, a Constituição Federal de 1988, portanto, para a ideia de máximo, mas de máximo possível (o problema da possibilidade).<sup>69</sup>

Assim, sem a possibilidade de acesso a condições existenciais mínimas, não há que se falar no usufruto das liberdades reais ou fática, tampouco em um padrão de vida compatível com a dignidade humana, dado que um piso mínimo de condição existencial é imprescindível para o exercício dos demais direitos fundamentais em variadas vertentes<sup>70</sup>. Consequentemente, a dignidade da pessoa humana também representa um limite à tributação.

Ao tratar sobre a capacidade contributiva como limite da tributação, Casalta

66 TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 70.

67 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense. 2020, p. 286

68 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 139.

69 CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista Crítica Jurídica**, Curitiba, n. 22, jul./dez. 2003, p. 17.

70 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense. 2020, p. 285.

Nabais<sup>71</sup> testifica que o legislador deve atender a um mínimo de igualdade como ponto de partida, permitindo que o cidadão satisfaça as necessidades primárias (alimentação, saúde etc.); e a um mínimo como ponto de chegada, para a obtenção de crescimento pessoal e atributos econômicos. Para o autor, o princípio tem dois significados: é pressuposto da tributação, ao se basear na capacidade econômica, representando um “mínimo lógico exigível”; e, por outro lado, é um parâmetro constitucional.

Logo, a fim de garantir uma vida com dignidade, tal como preconizado na Carta Constitucional, o Estado deve atentar para o princípio da capacidade contributiva, cujo objetivo é justamente proteger a liberdade individual, assim como os meios de subsistência. Por consequência, se a renda não ultrapassar esse patamar o cidadão não estará em condições de arcar com as despesas públicas por intermédio da contribuição. Tipke e Yamashita<sup>72</sup> asseveram que o mínimo existencial pode ser extraído da dignidade da pessoa humana e do Princípio do Estado Social, de modo que “O Estado não pode, como Estado Tributário, subtrair o que, como Estado Social, deve devolver”.

Para a consecução desses objetivos, o Estado possui obrigações de natureza positiva e negativa. Na forma positiva, o mínimo existencial se revela através do dever de promover políticas públicas que garantam esse direito. Por sua vez, na forma negativa, o mínimo existencial se reflete no campo tributário como um direito subjetivo em face da intervenção Estatal no patrimônio mínimo afetado para a consecução do mínimo existencial e a justa oportunidade de obter crescimento pessoal e econômico. Tratando das facetas positiva e negativa, Sarlet<sup>73</sup> aduz que “se o mínimo existencial é aquilo que o Estado, em todo o caso, deve assegurar positivamente, também é aquilo que o Estado deve respeitar por força de um dever de não intervenção”.

Em conclusão, se um lado é vedado ao Estado tributar o mínimo essencial, indispensável a uma existência digna, por outro, é sua obrigação constitucional, no exercício de seus deveres nucleares, assegurar a todos, sem exceção, o direito a esse mínimo. Nada obstante, nem sempre o Estado administra os tributos com a eficiência necessária para cumprir com o compromisso constitucional de efetivação dos direitos fundamentais, mesmo aqueles tidos essenciais pela Constituição Federal, o que pode acarretar a intervenção do Poder Judiciário, tendente a garantir tais direitos, conforme será tratado no tópico a seguir.

## 6. MÍNIMO EXISTENCIAL A PARTIR DA PERSPECTIVA JURÍDICA DA SUA JUSTICIABILIDADE

Conforme já dito alhures, o mínimo existencial - identificado como o núcleo essencial e sindicável da dignidade da pessoa humana, é um direito de eficácia plena, e como tal, passível de ser exigido judicialmente.

71 NABAIS, José Casalta. **O Dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 435.

72 TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. **Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 34.

73 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 101.

No tocante ao aspecto negativo do mínimo existencial, se o legislador, ao instituir determinada exação, o fizer de forma desarrazoada, fazendo incidir o gravame sob a parcela que o cidadão dispõe para o exercício de uma vida digna, ao Poder Judiciário caberá intervir de modo a assegurar a eficácia do primado da dignidade da pessoa humana, retirando o cidadão da ingerência estatal de riqueza não tributável.<sup>74</sup>

Portanto, o princípio da intributabilidade do mínimo existencial também se direciona ao Poder Judiciário, dado que, verificando na situação concreta violação àquele patamar, tem por dever assegurar à pessoa a defesa desse mínimo, sobretudo quando a lesão ou ameaça atenta contra o princípio basilar da dignidade da pessoa humana.

Em vista disso, frente aos direitos consagrados constitucionalmente, não há discricionariedade do administrador. Por trás da ideia de “poder” conferido ao Estado, há um subjacente “dever” ou “poder-dever”, que devem ser compatíveis com os valores fundamentais do sistema constitucional. Essa constatação leva em conta o enfretamento de possíveis arbitrariedades estatais, bem como a redução da margem de liberdade do executivo, permeando sua atuação à realização dos direitos fundamentais dos cidadãos, e não apenas ao interesse estatal.<sup>75</sup>

Expondo raciocínio similar, Regina Helena Costa<sup>76</sup> é enfática em afirmar a viabilidade de o magistrado, “diante de uma situação em que constatar a ausência de capacidade contributiva relativa ou subjetiva ou o excesso de carga fiscal sobre determinado sujeito, negar efeitos à lei impugnada *in casu*”.

Consoante ponderações de Oliveira e Borges<sup>77</sup>, excluir a possibilidade de proteção ao mínimo existencial pela via judicial ao cidadão “que realizou a hipótese de incidência no caso singular é uma ofensa grave e frontal ao direito fundamental do acesso à justiça e uma negativa à efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil”.

Por conseguinte, a partir da perspectiva jurídica da sua justiciabilidade, vale ressaltar que os direitos fundamentais, componentes do mínimo existencial – tanto em sua faceta positiva quanto na negativa -, não se encontram à disposição dos Poderes Executivo e Legislativo. Isso significa que, diante da inércia dos referidos poderes, eles podem ser reivindicados em Juízo, por serem indispensáveis para uma vida digna. Como preleciona Torres<sup>78</sup>:

[...] o Judiciário pode determinar a entrega das prestações positivas, eis que tais direitos fundamentais não se encontram sob a discricionariedade da Administração ou do Legislativo, mas se compreendem nas garantias institucionais da liberdade, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos (hospitais, clínicas, escolas primárias, etc.).

74 VALLE, Maurício Dalri Timm do; AVEIRO, Júlio da Costa Rostirola. O mínimo existencial e a tributação. **Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário** – RDIET, Brasília, v. 12, nº 2, jul-dez, 2017, p. 120.

75 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 380.

76 COSTA, Regina Helena. **Princípio da Capacidade Contributiva**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 114.

77 OLIVEIRA, Alexandre Machado de; BORGES, Antônio de Moura. **Limitações ao Princípio da Capacidade Contributiva: Mínimo Existencial e Confisco**. *Conpedi Law Review*. Uruguai. v. 2. n. 4. Jul/dez 2016, p. 12.

78 TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 82.

Observa-se que nesses casos a judicialização é justificada não somente pela atuação dos poderes representativos, mas, sobretudo, pela sua ineficácia e não efetividade ao assegurar os direitos fundamentais à população.

De mais a mais, inquestionável que a mera contemplação de direitos e garantias fundamentais no ordenamento jurídico não se mostra suficiente. A concretização desses direitos exige a implementação de eficientes políticas públicas, notadamente políticas sociais, cabendo ao Judiciário à materialização da expectativa de direitos, a envolver tanto a defesa dos já estabelecidos, quanto eventuais conquistas a serem concretizadas.

Malgrado, para justificar suas omissões na concretização dos direitos fundamentais, conforme bem salientado por Campos e Ribeiro<sup>79</sup>, tornou-se corriqueiro aos órgãos estatais suscitarem motivos econômicos como impeditivos para a não concretização dos direitos fundamentais. Nessa linha, surgiu, inclusive, a odiosa teoria da “reserva do possível”,<sup>80</sup> importada ao Brasil na década de 1980, que por vezes serviu de alicerce para o Estado justificar sua omissão na satisfação dos direitos fundamentais sociais, conferindo o fundamento teórico para a não efetivação de tais direitos.

Todavia, só se admite subordinar ao princípio orçamentário da “reserva do possível” àquelas medidas prestacionais que não estejam incluídas no núcleo essencial dos direitos fundamentais. No tocante ao mínimo existencial, consoante Clève<sup>81</sup>, não é pertinente argumentar tais fundamentos, pois se trata de padrão mínimo indispensável à garantia do princípio da dignidade da pessoa humana - pilar de toda a sistemática dos direitos humanos e fundamentais - devendo ser garantido em qualquer conjectura, dado que a eficácia normativa de tais direitos é extraída diretamente do comando constitucional, consubstanciado nos artigos 1º, inciso III e 3º e incisos.

Esse mesmo entendimento pode ser extraída da paradigmática decisão monocrática do Supremo Tribunal Federal proferida na ADPF nº 45, da lavra do Ministro Celso de Mello<sup>82</sup>:

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas

79 CAMPOS, Diego Caetano da Silva; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Análise Econômica do Direito e a concretização dos Direitos Fundamentais. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. Curitiba, v. 11, n. 11, p. 307, jan./jun. 2012.

80 De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 3).

81 CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista Crítica Jurídica, Curitiba**, n. 22, jul./dez. 2003, p. 23.

82 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário STF - **Medida Cautelar em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 45 DF**, Relator: Min. CELSO DE MELLO. Data de Julgamento: 29/04/2004. Data de Publicação: DJ 04/05/2004 PP-00012 RJ VOL-00200-01 PP-00191.

obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Andréas Krell<sup>83</sup>, igualmente, destaca, ainda que, a despeito das atividades concretas da administração depender de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecidos pelo governante, o argumento da reserva do possível não é capaz de obstruir a efetivação judicial de normas constitucionais, notadamente quando a norma conforma direito fundamental e conteúdo de dignidade humana, como é o caso da garantia ao mínimo existencial. Logo, diante da omissão da administração pública em implementar uma política pública, “o Judiciário tem não somente o poder, mas o dever de intervir”.

Por derradeiro, resta compreendido que a mesma dignidade, que autorizam ao Estado instituir tributos, serve-lhe também como limite, seja sob o aspecto negativo, vale dizer, de impossibilitar o legislador de criar normas tributárias que adentrem a riqueza de quem não as possui, bem como o aspecto positivo, vale dizer, de atribuir ao cidadão a possibilidade de acionar o judiciário contra o avanço da carga tributária para fora das fronteiras delineadas pelo mínimo existencial.

## 7. CONCLUSÕES

Conforme restou demonstrado, o Brasil, apesar de rico, é um dos países mais desiguais do mundo, com altos índices de concentração de renda em detrimento de uma grande parte da população que vive em condições aquém da dignidade humana. Esse quadro de iniquidades poderia ser reduzido a partir de um sistema tributário mais equânime.

A carga tributária do Brasil, diferentemente do que se costuma dizer, não é “a mais alta do mundo”, sendo comparável à média da OCDE e dos países desenvolvidos. Todavia, diferentemente da maioria dos países desenvolvidos, a tributação sobre o consumo é muito superior à que incide sobre a renda e patrimônio, o que contribui para o aumento das desigualdades de renda, uma vez que a carga tributária atinge significativamente a parcela da população de classe baixa e média. Consequentemente, os efeitos regressivos acarretam problemas na distribuição de renda, bem como no acesso aos direitos básicos do cidadão brasileiro.

Não bastasse isso, o produto da arrecadação tributária também não se reverte suficientemente para a promoção de políticas públicas que garantam à população mais carente os direitos sociais previstos constitucionalmente.

Outrossim, conforme demonstrado ao longo da pesquisa, a despeito da tributação ser um dever fundamental - alicerçado na solidariedade social -, há um espaço garantido pela dignidade humana em que a tributação não pode adentrar, sob pena de ofensa ao mínimo existencial.

83 KRELL, Andréas. **Discrecionalidade Administrativa e proteção ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 83-85.

Desse modo, o mínimo vital não se encontra no âmbito da discricionariedade da Administração Pública ou do Poder Legislativo, mas na liberdade do cidadão, no seu direito ao desenvolvimento e crescimento econômico, além da boa execução de serviços públicos essenciais.

Por fim, restou evidenciado que o limite insculpido pelo mínimo existencial, além de se voltar para o legislador - quando da instituição de determinada exação -, também se direciona ao Poder Judiciário que, verificando na situação concreta violação àquele patamar mínimo, deve assegurar à pessoa a defesa desse mínimo vital em deferência ao princípio da dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário STF - **Medida Cautelar em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 45 DF**, Relator: Min. CELSO DE MELLO. Data de Julgamento: 29/04/2004. Data de Publicação: DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14800508/medida-cautelar-em-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-45-df-stf>. Acesso: 19 de out. 2021.

BRASIL. RECEITA FEDERAL. **Carga Tributária 2018**. Disponível em: <https://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/ctb-2018-publicacao-v5.pdf>. Acesso: 19 de out. 2021.

BUFFON, Marciano. A extrafiscalidade e direitos fundamentais: a introdução do interesse humano na tributação. *In*: Direito tributário em questão: **Revista da FESDT**/ Fundação Escola Superior de Direito Tributário. n. 3. Porto Alegre: FESDT, 2009. p. 151-170.

BUFFON, Marciano. **Tributação e Dignidade Humana**: entre direitos e deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009a.

CAMPOS, Diego Caetano da Silva; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Análise Econômica do Direito e a concretização dos Direitos Fundamentais. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. Curitiba, v. 11, n. 11, p. 304-329, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://revistaeletronica.rdf.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/266>. Acesso em: 19 de out. 2021.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista Crítica Jurídica**, Curitiba, n. 22, jul./dez. 2003. p. 17-29.

CONTI, José Maurício. **Princípios Tributários da Capacidade Contributiva e da Progressividade**. São Paulo: Dialética, 1996.

COSTA-CORRÊA, André Luiz. Considerações sobre a eficiência tributária para uma tributação no século XXI. **Revista Brasileira de Direito e Justiça**./Brazilian Journal of Law and Justice, Revista Científica do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual de Ponta Grossa. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2017- 2017, 1 (1), p. 125-149, Jul./Dez. 2017. Disponível em: <https://www.revistas2.uepg.br/index.php/direito/article/view/7348/209209209922>. Acesso: 19 de out. 2021.

COSTA, Regina Helena. **Princípio da Capacidade Contributiva**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

DALY, Herman E. Crescimento Sustentável? Não, obrigado. **Ambiente & Sociedade**. Campinas, v. 7, n. 2, p. 197-202, jul./dez. 2004.

DAVI, Jordeana. Carga tributária e política social considerações sobre o financiamento da Seguridade Social. *In*: DAVI, Jordeana. MARTINIANO, Cláudia. SANTOS, Maria A. Nunes. JÚNIOR, Geraldo Medeiros. BRAZ, Mariana C. S. NASCIMENTO, Juliana M. CRUZ, Fabiana Faustino. **Seguridade social e saúde: tendências e desafios**. Campina Grande: EDUEPB, 2011. p. 59- 84.

DIEESE. **Pesquisa nacional da Cesta Básica de Alimentos:** Salário mínimo nominal e necessário. 2021. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>. Acesso: 19 de out. 2021.

DOMINGOS, Terezinha de Oliveira; CUNHA, Leandro Reinaldo da. A tributação como instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana em face do desenvolvimento. (coord) TAVARES NETO, José Querino; FEITOSA, Raymundo Juliano Rego. **25 anos da Constituição Cidadã:** Os Atores Sociais e a Concretização Sustentável dos Objetivos da República – Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 48-71 Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=154aa6866aefb6f8>. Acesso: 19 d out. 2021.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Direito econômico** (teoria fundamental). São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

FUKUDA-PARR, Sakiko et al. Assessing State compliance with obligations to fulfill economic and social rights: a methodology and application to the states of Brazil. *In:* PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coords.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FURTADO, Celso. **O mito do desenvolvimento econômico**. São Paulo: Círculo do Livro, 1974.

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. Das exonerações tributárias. Incentivos e benefícios fiscais. GRUPENMACHER, Betina Treiger; CAVALCANTE, Denise Lucena; RIBEIRO, Maria de Fatima; QUEIROZ, Mary Elbe. **Novos Horizontes da Tributação:** Um diálogo Luso – Brasileiro. Coimbra: Almedina, 2012. p. 5-90.

HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 13, n. 53, jul./set. 2013, p. 133-168. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/126>. Acesso: 15 de out. 2021.

HACK, Érico. **Sustentabilidade da tributação e a finalidade do tributo**. II Seminário sobre Sustentabilidade da FAE. Curitiba: FAE, 2007.

IBGE. **Síntese de Indicadores Sociais:** uma análise das condições de vida da população brasileira. 2020/IBGE, Coordenação de População e Indicadores Sociais. - Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101760.pdf>. Acesso: 19 de out. 2021.

IBPT. **Brasil escala ranking mundial das maiores cargas tributárias**. 2021. Disponível em: <https://ibpt.com.br/brasil-escala-ranking-mundial-das-maiores-cargas-tributarias/>. Acesso: 19 de out. 2021.

KRELL, Andréas. **Discricionariedade Administrativa e proteção ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LÚCIO, Clemente Ganz. Custo de vida, emprego e desemprego, cesta básica, tarifas públicas, salário mínimo: a análise do DIEESE. **Jornal Brasil Atual**. Entrevistadora Nahama Nunes. 10/2/2019. Disponível em: <https://youtu.be/hilmc0k4Tgc>. Acesso: 19 de out. 2021.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito tributário**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MILL, John Stuart. **Princípios de Economia Política**. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **O mito da propriedade** – os impostos e a justiça. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NABAIS, José Casalta. **O Dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2015.

OLIVEIRA, Alexandre Machado de; BORGES, Antônio de Moura. Limitações ao Princípio da Capacidade Contributiva: Mínimo Existencial e Confisco. *Conpedi Law Review*. Uruguai. v. 2. n. 4. Jul/dez 2016. p. 180-200. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3660>. Acesso: 19 de out. 2021.

PESSÔA, Leonel Cesarino. Redução da desigualdade, política tributária e a Constituição. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. RBDC N. 18 – jul./dez. 2011. p. 167. 182. Disponível em <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-007-INDICE.htm>. Acesso: 19 de out. 2021.

PIKETTY, Thomas. **O Capital no Século XXI**. Trad. Mônica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PIRES, Adilson Rodrigues. O processo de inclusão social sob a ótica do direito tributário. *In:* PIRES, Adilson Rodrigues; TORRES, Heleno Taveira (orgs.). **Princípios de direito financeiro e tributário** – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PLATAFORMA AGENDA 2030. **Conheça a Agenda 2030**: o plano de ação global para mudar o mundo até 2030. Disponível em: <http://www.agenda2030.com.br/sobre/>. Acesso: 19 de out. 2021.

PORTELLA, André Alves; GUIMARÃES, Rebeca Bárbara. Análise-crítica da proposta de reforma tributária brasileira à luz da concepção de tributação equitativa 105 de Thomas Piketty. **RDIET**, Brasília, v. 15, n. 1, p. 112-142, Jan-Jun, 2020. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/view/11515>. Acesso em: 18 de out. 2021.

PNUD. PROGRAMA DE DESENVOLVIMENTO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatórios de Desenvolvimento Humano**. 2019. Disponível em: [http://hdr.undp.org/en/sites/default/files/hdr\\_2019\\_pt.pdf](http://hdr.undp.org/en/sites/default/files/hdr_2019_pt.pdf). Acesso: 18 de out. 2021.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RIBEIRO, Maria de Fátima. Reflexos da tributação no desequilíbrio da livre concorrência. GRUPENMACHER, Betina Treiger; CAVALCANTE, Denise Lucena; RIBEIRO, Maria de Fatima; QUEIROZ, Mary Elbe. **Novos Horizontes da Tributação**: Um diálogo Luso – Brasileiro. Coimbra: Almedina, 2012. p. 205-323.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. O capital no século XXI e a justiça fiscal: uma contribuição de Thomas Piketty para uma reforma tributária no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, p. 197-228, abr./jun. 2015.

ROSSIGNOLI, Marisa, SANESHIMA, Critiano Floriano. Desenvolvimento, distribuição de renda e sistema tributário brasileiro: algumas inter-relações. **Revista de Direito UFMS**, v. 3, 2017, p. 217-240. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/revdir/article/view/4079>. Acesso: 19 de out. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, M. F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre (RS), 24. ed. jul. 2008. Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo\\_mariana.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html). Acesso em: 19 de out. 2021.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana na Ordem Constitucional Brasileira: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Tese apresentada no concurso público para Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ/RJ. Rio de Janeiro, 2015.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SMITH, Adam. **Riqueza das Nações**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulberkian, 1999.

TIPKE, Klaus. Princípio da Igualdade e a Ideia de Sistema no Direito Tributário. *In*: BRANDÃO MACHADO (coord.). **Estudos em Homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira**. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 517-527.

TIPKE, Klaus. **Moral tributária do estado e dos contribuintes**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. **Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. **Os Direitos Humanos e a Tributação**: imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**, vol. II. Valores e Princípios Constitucionais Tributários. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VALLE, Maurício Dalri Timm do; AVEIRO, Júlio da Costa Rostirola. O mínimo existencial e a tributação. **Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário** – RDIET, Brasília, v. 12, nº 2, jul-dez, 2017. p. 76-123.

VEIGA, José Eli da. **Para entender o desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Editora 34, 2015.

VITA, Jonathan Barros. As novas funções dos tributos no sistema social: distributividade como forma de promoção da democracia e da liberdade. *In*: GRUPENMACHER, Betina Treiger (org.). **Tributação: democracia e liberdade** – em homenagem à Ministra Denise Martins Arruda. São Paulo: Noeses, 2014. p. 659-678.

WILKINSON, Richard; PICKETT, Kate. **O Espírito da Igualdade** – Porque Razão as Sociedades Mais Iguais Funcionam Quase Sempre Melhor. Trad. Alberto Gomes. Lisboa: Editorial Presença, 2010.

WORLD BANK. **World development indicators**. Washington, DC (2020). Disponível em: <http://wdi.worldbank.org/table>. Acesso: 19 de out. 2021.

YAMASHITA, Douglas. Princípio da Solidariedade em Direito Tributário. *In*: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (coords.). **Solidariedade Social e Tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.

ZILVETI, Fernando Aurélio. Capacidade Contributiva e Mínimo Existencial. *In*: SCHOUERI, Luís Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurélio (coord.). **Direito Tributário** – Estudos em Homenagem a Brandão Machado. São Paulo: Dialéti.

**CIVIL NON-PERSECUTION AGREEMENT: THE CELEBRATION IN THE APPEAL  
STAGE OF THE ACTION AGAINST MISCONDUCT IN PUBLIC OFFICE**  
**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL: A CELEBRAÇÃO NA FASE  
RECURSAL DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Felipe Pereira Maroubo<sup>1</sup>  
fmaroubo@hotmail.com

Recebido/Received: 19.10.2021/ October 19th, 2021.  
Aprovado/Approved: 02.02.2022/ February 2nd, 2022.

## RESUMO

O trabalho busca retratar a modificação oriunda da Lei nº 13.964/2019, que alterou o art. 17 da Lei nº 8.429/1992, de modo a estabelecer a permissão legal para o acordo de não persecução cível – ANPC no âmbito da ação de improbidade administrativa. A autorização legal para celebração do ANPC representa um novo passo do direito administrativo sancionador, enredado na consensualidade da Administração Pública e na mitigação dos conflitos destinada à resolução e efetividade do direito. Para tanto, o trabalho está estruturado em três partes. A primeira resgata premissas teóricas acerca do acordo de não persecução cível, quais sejam, a natureza, o conceito, a abrangência e as características centrais. A segunda parte se ocupa da evolução da consensualidade administrativa na seara do ANPC e a celeuma do limite temporal ou momento preclusivo de sua utilização. Analisa-se, ainda, na terceira parte, o modelo de aplicação de ANPCs pelas instituições públicas brasileiras, notadamente, pelos diferentes órgãos do Ministério Público Federal e Estaduais, bem como pelo Poder Judiciário, com ênfase na análise de viabilidade da avença na fase recursal da ação de improbidade administrativa. A partir desta pesquisa, consideradas as alterações promovidas pela Lei Anticrime, será discutida, primordialmente por meio do método dedutivo, uma vez explícitas as premissas e princípios gerais sobre a temática, a viabilidade de celebração do acordo de não persecução cível no âmbito da ação de improbidade administrativa em fase recursal, nos termos do AREsp 1.314.581/SP do Superior Tribunal de Justiça.

**Palavras-chave:** Acordo de Não Persecução Cível. Ação de Improbidade Administrativa. Fase Recursal. Lei Federal nº 13.964/2019. Superior Tribunal de Justiça.

## ABSTRACT

*This study aims to explore the modification arising from Federal Law nº 13.964/2019, which amended art. 17 of Federal Law nº. 8429/1992, in order to establish the legal permission for the civil non-prosecution agreement in the scope of the Action against misconduct in public office. The legal authorization for the execution of the ANPC*

<sup>1</sup> Advogado do Município de Leme/SP. Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-Graduado em Direito com Ênfase em Atividade de Magistratura Estadual. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU) com mobilidade internacional pela Universidade do Porto, Portugal (UP).

*represents a new step in the Theory of Sanctioning Administrative Law, entangled in the consensus of the Public Administration and in the mitigation of conflicts aimed at the resolution and effectiveness of the law. Therefore, the study is structured in three parts. The first rescues theoretical premises based on the civil non-prosecution agreement, namely, the nature, concept, scope and central characteristics. The second part deals with the evolution of administrative consensuality in the area of the civil non-prosecution agreement and the dispute over the time limit or preclusive moment of its use. Also, in the third part, the model of application of ANPCs by Brazilian public institutions is analyzed, notably, by the different agencies of the Federal and State Prosecutor's Office, as well as by the Judiciary, with emphasis on the feasibility analysis of the agreement in the appeal stage of the Action against misconduct in public office. From this study, considering the changes promoted by the Brazil's Anti-Crime Law, it will be discussed, primarily through the deductive method, once the premises and general principles on the subject are explicit, the feasibility of concluding the civil non-prosecution agreement in the scope of the Action against misconduct in public office in the appeal phase, under the terms of AREsp 1,314,581/SP of the Superior Court of Justice of Brazil.*

**Keywords:** *Civil Non-Persecution Agreement. Action against misconduct in public office. Appeal Phase. Federal Law of Brazil nº 13.964/2019. Superior Court Justice of Brazil.*

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. 2. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL: NATUREZA, CONCEITO, ABRANGÊNCIA E CARACTERÍSTICAS DO INSTRUMENTO JURÍDICO. 3. EVOLUÇÃO DA CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA NA SEARA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL E A CELEUMA DO MOMENTO PROCESSUAL DE SUA UTILIZAÇÃO. 4. DA NORMATIVIDADE À FACTICIDADE: A APLICAÇÃO DOS ANPCS PELAS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS E PELO PODER JUDICIÁRIO NA FASE RECURSAL DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. 5. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca retratar a modificação oriunda da Lei nº 13.964/2019 – Pacote Anticrime, que alterou o art. 17 da Lei nº 8.429/1992, de modo a estabelecer a permissão legal para celebração do acordo de não persecução cível no âmbito da ação de improbidade administrativa. O acordo de não persecução cível – ANPC representa um novo passo do direito administrativo sancionador, enredado na consensualidade da Administração Pública e na mitigação dos conflitos destinada à resolução e efetividade do direito na realização do interesse público. Para tanto, o trabalho está estruturado em três momentos centrais.

Em um primeiro momento, o estudo propõe um resgate das premissas teóricas existentes quanto ao acordo de não persecução cível. Pretende-se, com isso, expor a natureza, o conceito, a abrangência e as características centrais do ANPC. O objetivo

é formular os conceitos iniciais que estruturarão o raciocínio lógico fundamental para discutir, posteriormente, a viabilidade da celebração do ANPC na fase recursal da ação de improbidade administrativa.

A segunda parte se ocupa da evolução da consensualidade administrativa na seara do acordo de não persecução cível e a celeuma do momento preclusivo de sua utilização, a fim de responder qual o *dies ad quem* de utilização do ANPC na ação de improbidade.

Por fim, na terceira parte, pretende-se, a partir do raciocínio lógico e dos conceitos e características elencados durante o estudo, obter uma conclusão específica sobre o debate, demonstrando-se a regulamentação de ANPCs pelas instituições públicas brasileiras, notadamente, pelos diferentes órgãos do Ministério Público, bem como a aplicação pelo Poder Judiciário, com ênfase na viabilidade da avença na fase recursal da ação de improbidade administrativa.

A partir desta pesquisa, consideradas as alterações promovidas pela Lei Anticrime, será discutida a exequibilidade da celebração do acordo de não persecução cível no âmbito da ação de improbidade administrativa em fase recursal, nos termos do AREsp 1.314.581/SP do Superior Tribunal de Justiça.

Neste contexto, será utilizado o método dedutivo, de modo a obter uma estrutura lógica do pensamento jurídico em que, uma vez formuladas e analisadas questões gerais sobre o acordo de não persecução cível, confirma-se a conclusão específica sobre a possibilidade de celebração do ANPC em fase recursal na ação de improbidade administrativa.

Por fim, ressalta-se que as técnicas de pesquisa utilizadas por este estudo serão a doutrinária, por meio de periódicos, indexadores, repositórios e bibliotecas; a pesquisa legislativa e administrativa, pela seleção de dispositivos legais; e a jurisprudencial, que compreende a seleção de casos concretos para ilustrar os marcos de desenvolvimento do tema.

## 2. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL: NATUREZA, CONCEITO, ABRANGÊNCIA E CARACTERÍSTICAS DO INSTRUMENTO JURÍDICO

O acordo de não persecução cível foi calcado na natureza processual civil do instituto jurídico e não deve ser comparado cegamente com instrumentos de razões semelhantes de natureza processual penal. O acordo de não persecução cível não apenas carrega o cariz sancionatório da ação de improbidade administrativa, como também abriga consequências de natureza administrativa, civil e política que são inerentes a este tipo de ação<sup>2</sup>. A elevada amplitude do acordo de natureza processual

<sup>2</sup> FERRAZ, Luciano. Acordos de não persecução na improbidade administrativa – o início, o fim e o meio. **Consultor Jurídico**. 09 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-09/interesse-publico-acordos-nao-persecucao-civel-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 18 ago. 2021.

civil, portanto, demonstra o seu protagonismo, relevância e a necessidade de análise multifacetada, agrupando caracteres inerentes à colaboração premiada e aos termos de ajustamento de conduta<sup>3</sup>.

Ao mesmo tempo, ressalta-se que, segundo o art. 3º da Orientação nº 10/2020 da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, todos os fatos ilícitos que constituírem objeto de acordos celebrados extra ou judicialmente estarão limitados à qualificação no âmbito da improbidade administrativa<sup>4</sup>. Esta previsão permite que não se desvirtue a finalidade do sistema e também que não existam prejuízos à aplicabilidade de sanções em outros sistemas de responsabilização administrativa, civil e penal em virtude de ANPC e de outras modalidades de acordos no campo da improbidade (termos de ajustamento de conduta e acordo de leniência – espécies: acordo de leniência antitruste, anticorrupção, penal e do sistema financeiro nacional)<sup>5</sup>.

Nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 5º da Orientação nº 10/2020 da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, o acordo de não persecução cível é uma categoria específica de termo de ajustamento de conduta, que possui amparo legal diferenciado no art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992 e no art. 16 da Lei nº 12.846/2013, devendo ser celebrado no exercício de atividade de apuração de condutas que lesam ou ameaçam o patrimônio público ou social, a probidade ou os bens jurídicos metaindividuais<sup>6</sup>.

Assim, o acordo de não persecução cível é espécie do gênero termo de ajustamento de conduta<sup>7</sup>, que se constitui como:

[...] instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos e outros direitos de cuja defesa está incumbido o Ministério Público [...], com natureza de negócio jurídico que tem por finalidade a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais, com eficácia de título executivo extrajudicial a partir da celebração, quando celebrado no âmbito do *Parquet*<sup>8</sup>.

3 PAULA, Ana Paula Guimarães de; FARIA, Luísa Campos. Acordos de não persecução cível: desafios e perspectivas. **Revista da Defensoria Pública da União**, Brasília, CF, n. 14, p. 83, ju./dez. 2020.

4 Na lição de Flávio Sátiro Fernandes, “a palavra *improbidade* vem do latim, *improbitas*, *atís*, significando, em sentido próprio, má qualidade (de uma coisa). Também em sentido próprio, *improbis*, *i*, que deu origem ao vernáculo *improbo*, significa mau, de má qualidade. [...] O sentido próprio dessas palavras, pois, não se reporta, necessariamente, ao caráter desonesto do procedimento incriminado, quando se faz referência a ‘administrador improbo’” (p. 171). Ao transportar o termo ao direito administrativo, o autor aduz o ato de improbidade administrativo como sendo aquele ato que reverbera em administração de má qualidade, em ato de imoralidade e malícia. Ou seja, no ato de improbidade, não se age com boa índole, com boa conduta ou caráter. Pelo contrário, o agir com improbidade macula o princípio de moralidade administrativa, a despeito das distinções que Flávio Sátiro Fernanda formula quanto ao conceito de probidade e de moralidade. O autor entende que moralidade e probidade são conceitos distintos, na medida em que probidade é gênero (amplo) do qual a moralidade é espécie. Deste modo, assevera que “[...] a probidade administrativa contém a noção de moralidade administrativa, ou seja, é conceito amplo, de modo a abarcar em si o conceito de moralidade administrativa” (p. 173). Cf. FERNANDES, Flávio Sátiro. Improbidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Fundação Getúlio Vargas – FGV, Rio de Janeiro, 210, p. 171-181, out./dez. 1997.

5 PAULA, Ana Paula Guimarães de; FARIA, Luísa Campos. Acordos de não persecução cível: desafios e perspectivas. **Revista da Defensoria Pública da União**, Brasília, CF, n. 14, p. 78, ju./dez. 2020.

6 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Orientação nº 10/2020**. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal – Combate à Corrupção. 20 p., 09 nov. 2020.

7 Flávia Baracho Souza e Sérgio Freitas, com respaldo no magistério de Geisa de Assis Rodrigues, expõem a natureza jurídica do TAC como sendo “uma espécie de conciliação, realizado extra ou judicialmente, pois permite a solução do conflito já instaurado ou a iniciar, diferenciando-se das transações típicas por inexistir concessões recíprocas” (p. 58). Cf. SOUZA, Flávia Baracho Lotti Campos de; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. Os acordos nas ações de improbidade administrativa. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, e-ISSN: 2525-9679, Evento Virtual, v. 6, n. 1, p. 55-76, jan./jun. 2020.

8 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Orientação nº 10/2020**. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal – Combate à Corrupção. 20 p., 09 nov. 2020. Disponível em: <[http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/5CCR\\_OrientacaoANPC.pdf](http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/5CCR_OrientacaoANPC.pdf)>. Acesso em: 18 ago. 2021, p. 5.

Em outras palavras, o acordo de não persecução cível está intimamente ligado ao conceito de autocomposição no ramo da improbidade administrativa, pois torna despropositado o ajuizamento ou o seguimento da ação eventualmente proposta com o intuito primordial de impor punições ao agente improbo.

Deste modo, concebeu-se, no plano normativo, a cooperação entre o Ministério Público e/ou o ente público lesado e a pessoa física ou jurídica<sup>9</sup>, que enseja a conciliação prévia (a ação não é proposta, mas será formalizado ajuste que, homologado pelo juízo, terá eficácia de título executivo extrajudicial, por analogia ao art. 5º, §6º, da Lei nº 7.347/1985) ou a conciliação posterior à propositura da ação civil pública de improbidade administrativa, permitindo-se a aplicação imediata de sanções aos infratores ímprobos<sup>10</sup>.

Portanto, o objetivo central do ANPC é impedir o início ou a mora de uma ação civil pública em que se requer a condenação por ato de improbidade administrativa. Pressupõe a aquiescência de condições legais e a aplicação de determinadas sanções à pessoa física ou jurídica responsável pela prática de atos ímprobos<sup>11</sup>, considerada a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a magnitude e o impacto social do ato improbo, além do proveito ilícito, com o intuito de imprimir celeridade processual e a legítima reparação aos danos causados pelo prejuízo ao Poder Público<sup>12</sup>.

O acordo de não persecução cível possui natureza jurídica de negócio jurídico processual consensual bilateral e comutativo<sup>13</sup>, pois deriva da expressão livre e consciente da vontade das partes envolvidas, em que se estabelecem prestações exatas e seguras<sup>14</sup>. O resultado deste negócio jurídico é a aplicação da norma jurídica consentânea ao caso concreto, de modo que, havendo avença quanto aos efeitos expressos, vinculará o celebrante e o órgão ministerial ou o ente público vilipendiado por ato de improbidade.

Os legitimados a promover o ajuste de não persecução cível não estão obrigados a propô-lo, bem como não é possível compelir o agente imputado a concordar

9 Theresa Nóbrega e Anna Dolores Barros de Sá Malta defendem que é possível a utilização do ANPC como ferramenta de consensualidade nas ações de improbidade administrativa em que figurem como ré uma organização não governamental do terceiro setor, contratadas por meio de termo de fomento ou de colaboração para percepção de repasses públicos em vista de contrapartidas oferecidas pelo parceiro. Cf. NÓBREGA, Theresa; MALTA, Anna Dolores Barros de Sá. O novo acordo de não Persecução Cível e sua aplicabilidade para o 3º Setor. **Revista Brasileira de Pesquisa Jurídica**, Avaré, v.2, n.1, p. 55-84, jan./abr. 2021.

10 ANDRADE, Landolfo. Acordo de não persecução cível: primeiras reflexões. **GEN Jurídico**. 05 mar. 2020. Disponível em: <genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-nao-persecucao-civel>. Acesso em: 19 ago. 2021.

11 DE SÁ, Acácia Regina Soares. O acordo de não-persecução civil na ação de improbidade administrativa. **Portal TJDF**, 2020. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2020/o-acordo-de-nao-persecucao-civil-na-acao-de-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

12 Flávia Elaine Ramiro Goulart destaca que, muitas vezes, a entabulação do acordo de não persecução cível pode representar maior vantagem ao interesse público do que o encadeamento tradicional de uma ação de improbidade administrativa, na qual os custos operacionais elevados e o índice de insucesso para localização de patrimônio, ativos e direitos do réu podem significar apenas custos adicionais ao Estado, que já sofrera com o ilícito praticado pelo autor do ilícito. Portanto, este negócio jurídico é o que melhor realiza o princípio da eficiência, pois eleva os ganhos e mitiga os riscos de prejuízos atinentes à tramitação de uma ação judicial. Cf. FERREIRA, Flávia Elaine Remiro Goulart. O Acordo de Não Persecução Cível na Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa. **Portal Cláudia Seixas Sociedade de Advogados**. Disponível em: <<https://claudiaseixas.adv.br/o-acordo-de-nao-persecucao-civil-na-acao-civil-publica-por-ato-de-improbidade-administrativa/>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

13 CASTRO, Renato de Lima. Acordo de não persecução cível na lei de improbidade administrativa, p. 252-281. **Pacote anticrime**: Volume I. Eduardo Cambi, Danni Sales Silva, Fernanda Marinela (orgs.). Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2020, v. 1, p. 67.

14 ANDRADE, Landolfo. Acordo de não persecução cível: primeiras reflexões. **GEN Jurídico**. 05 mar. 2020. Disponível em: <[genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-nao-persecucao-civel](https://genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-nao-persecucao-civel)>. Acesso em: 19 ago. 2021.

com a avença<sup>15</sup>. Portanto, a opção entre a propositura da ação de improbidade ou a formalização de ANPC está pautada no juízo de conveniência e oportunidade do autor da ação<sup>16</sup>. O ideal é que o legitimado realize uma prognose de benefícios e ônus conforme as circunstâncias do caso. Sendo favorável a celebração do ANPC, deverá ser prestigiado este negócio jurídico, pois valoriza a axiologia da administração pública negocial. Fato é que não assiste ao agente improbo o direito subjetivo pela celebração do acordo de não persecução cível.

Deste modo, o acordo de não persecução cível represente um novo passo do direito administrativo sancionador, enredado na consensualidade da Administração Pública e na mitigação dos conflitos destinada à resolução e efetividade do direito<sup>17</sup>.

No caso de atuação do órgão do Ministério Público, quando não for titular dos direitos concretizados no ANPC, a Orientação nº 10/2020 da 5ª CCR do MPF busca assegurar que não se admitirá que o órgão do Ministério Público faça concessões que impliquem a renúncia aos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

A negociação da avença deverá se pautar na interpretação do direito *in casu*, na delimitação e proporcionalidade das obrigações pactuadas e ao tempo, modo, lugar, meios de mitigação, compensação e indenização dos danos para cumprimento do acordo, nos termos do art. 5º da Orientação nº 10/2020 da 5ª CCR do MPF.

Caso o acordo seja firmado pelo Ministério Público no uso de suas atribuições judiciais, a avença deverá ser submetida obrigatoriamente à homologação judicial, com submissão prévia à homologação pela Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público respectivo nos termos do art. 487, inciso III, do CPC e do art. 8º da Orientação nº 10/2020 da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF e da Lei Complementar nº 75/1993.

Em contrapartida, o art. 16 da Orientação nº 10/2020 da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF exige que o celebrante (a quem se imputa o ato de

15 Flávia Elaine Ramiro Goulart propugna, a par de entendimento em contrário, que a proposta de ajuste é direito subjetivo do demandado e, portanto, um dever de oferta do autor legitimado. Embora reconheça que a legislação é lacônica na definição dos requisitos, a autora defende que, caso a proposta não seja ofertada, será cabível o manejo de mandado de segurança ou, subsidiariamente, poderá ser aplicado o art. 28 do Código de Processo Penal, para que, por analogia, o juiz remeta os autos à Procuradoria-Geral de Justiça respectiva. FERREIRA, Flávia Elaine Remiro Goulart. O Acordo de Não Persecução Cível na Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa. **Portal Cláudia Seixas Sociedade de Advogados**. Disponível em: <<https://claudiaseixas.adv.br/o-acordo-de-nao-persecucao-civil-na-acao-civil-publica-por-ato-de-improbidade-administrativa/>>. Acesso em: 20 ago. 2021; e ANDRADE, Landolfo. Acordo de não persecução cível: primeiras reflexões. **GEN Jurídico**. 05 mar. 2020. Disponível em: <[genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-nao-persecucao-civil/](http://genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-nao-persecucao-civil/)>. Acesso em: 19 ago. 2021.

16 O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul decidiu no sentido de que a propositura de ANPC em ação civil pública de improbidade administrativa é de iniciativa exclusiva do Ministério Público, reformando a decisão de primeira instância proferida na Comarca de Getúlio Vargas/RS. No caso específico julgado pela Corte em sede de Correição Parcial (CP nº nº 0079027-27.2020.8.21.7000), o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul recusou-se à formulação do ANPC, por entender que seria contrário ao interesse público. A determinação judicial de primeiro grau foi no sentido de encaminhar os autos ao CSMP para revisão da matéria. Diante disso, o MPRS insurgiu-se contra a remessa dos autos ao Conselho Superior do Ministério Público para revisão da matéria, por analogia ao art. 28-A, § 14, do Código de Processo Penal. Diante disso, o TJRS deu provimento à Correição Parcial em favor do MPRS para reconhecer a iniciativa exclusiva do MP em propor a avença, nada podendo alegar os réus da ação civil pública em questão em relação a eventual direito subjetivo do acusado por ato de improbidade administrativa. Cf. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. TJRS afirma que propositura de acordo de não persecução cível em ação civil de improbidade administrativa é de iniciativa exclusiva do MP. **Portal MPRS**. 07 jan. 2021. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/noticias/52369/>>. Acesso em: 20 ago. 2021; e RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Correição Parcial nº 0079027-27.2020.8.21.7000. Acórdão. Primeira Câmara Cível. Rel. Des. Carlos Roberto Lofego Canibal. Porto Alegre, Diário da Justiça Eletrônico, julgamento em: 16/12/2020, publicado em: 20/01/2021.

17 DE SÁ, Acácia Regina Soares. O acordo de não-persecução civil na ação de improbidade administrativa. **Portal TJDF**, 2020. Disponível em: <<https://www.tjdf.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2020/o-acordo-de-nao-persecucao-civil-na-acao-de-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

improbidade administrativa) exponha a verdade material dos fatos ilícitos e seus objetos, proceda com boa-fé e lealdade, cumpra com suas obrigações e informe o necessário ao esclarecimento dos fatos, informe composição de grupo econômico e alterações contratuais societárias fraudulentas, bem como cesse a sua participação ou envolvimento em atitudes ímprobas<sup>18</sup>.

Assim, o acordo de não persecução cível apenas poderá ser ajustado pela habilitação conjunta de, ao menos, três pressupostos que fortalecerão a congruência do microsistema de defesa do patrimônio público, quais sejam:

O acordo de não persecução cível somente poderá ser celebrado quando estiverem presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos: (i) confissão da prática do ato de improbidade administrativa; (ii) compromisso de reparação integral do dano eventualmente sofrido pelo erário; (iii) compromisso de transferência não onerosa, em favor da entidade lesada, da propriedade dos bens, direitos e/ou valores que representem vantagem ou proveito direto ou indiretamente obtido da infração, quando for o caso; e (iv) aplicação de uma ou algumas das sanções previstas no artigo 12 da LIA<sup>19</sup>.

Não obstante os deveres do celebrante, ressalta-se que, como no acordo de não persecução penal – ANPP, no ANPC não é *conditio sine qua non* que o agente infrator colabore com as investigações empreendidas pelo órgão ministerial ou pelo ente público<sup>20</sup>. Como estes acordos não possuem natureza de direito premial, em que o agente promotor do ilícito auferia premiações por sua atuação colaborativa com os órgãos investigatórios, no caso do ANPC, dispensa-se este requisito<sup>21</sup>.

O Ministério Público, anteriormente à sua celebração, deve obrigatoriamente notificar o ente público prejudicado pelo ato de improbidade administrativa, permitindo-se que este possa se manifestar judicial ou extrajudicialmente sobre o ANPC. Além disso, admite-se a celebração em conjunto entre o Ministério Público e o ente lesado, desde que exista concordância entre todas as partes. Registra-se também a preocupação com a publicidade do ato, pois é obrigação do MPF a manutenção de um Cadastro Nacional de ANPCs, como assenta o art. 17 da Orientação nº 10/2020 da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF<sup>22</sup>.

Portanto, consideradas as características destacadas sobre o ANPC, tomando como parâmetro a Orientação nº 10/2020 da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal – Combate à Corrupção, formulam-se as seguintes conclusões sobre o ANPC<sup>23</sup>:

18 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Orientação nº 10/2020**. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal – Combate à Corrupção. 20 p., 09 nov. 2020.

19 ANDRADE, Landolfo. Acordo de não persecução cível: primeiras reflexões. **GEN Jurídico**. 05 mar. 2020. Disponível em: <[genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-nao-persecucao-civel](http://genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-nao-persecucao-civel)>. Acesso em: 19 ago. 2021.

20 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O Consenso em Matéria de Improbidade Administrativa: Limites e Controvérsias em torno do Acordo de não Persecução Cível Introduzido na Lei nº 8429/1992 pela Lei nº 13.964/2019. **Revista Interdisciplinar de Direito**, Centro Universitário de Valença – UniFAA, Valença, v. 18, n. 1, p. 160, jan./jun.2020. DOI: 10.24859/rdv.2020.1.007.

21 ANDRADE, Landolfo. Acordo de não persecução cível: primeiras reflexões. **GEN Jurídico**. 05 mar. 2020. Disponível em: <[genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-nao-persecucao-civel](http://genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-nao-persecucao-civel)>. Acesso em: 19 ago. 2021.

22 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Orientação nº 10/2020**. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal – Combate à Corrupção. 20 p., 09 nov. 2020.

23 Todas as conclusões formuladas resultam de destaque pessoal do autor, com base em reflexões geradas pelo material do MPF sobre a temática. Cf. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Orientação nº 10/2020**. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal – Combate à Corrupção. 20 p., 09 nov. 2020.

- a. Serve à atenuação do sancionamento devido, com redução de sanções, para prevenir, reprimir e dissuadir atos de improbidade (art. 18, *caput*), devendo ser fixada pelo menos uma das sanções do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa em conjunto com a reparação integral do dano, sob pena de inviabilizar a sanção pelo ato ilícito e se transformar o ANPC em simples demanda reparatória do patrimônio público<sup>24</sup>;
- b. Assegura o ressarcimento de danos e a cessação da prática do ato de improbidade pelo celebrante (art. 18, *caput*);
- c. É vedado para ser celebrado pela pessoa física ou jurídica inadimplente em ANPC firmada no período de 3 (três) anos antes ao ajuizamento da ação (art. 18, parágrafo único);
- d. Abrange qualquer categoria de improbidade administrativa (arts. 9º, 10, 10-A e 11 da Lei de Improbidade Administrativa e art. 5º da Lei Anticorrupção – segundo o art. 19);
- e. Tem forma consensual e voluntária de fixação das sanções aplicáveis ao celebrante (art. 20);
- f. Não admite concessão de benefícios consistentes na redução de valores a título de ressarcimento por danos materiais causados ao Estado, nem permite que se deixe de aplicar o perdimento de bens, direitos ou valores que representem vantagem direta ou indireta da infração (art. 22);
- g. Pode reduzir ou isentar (vedada a isenção sobre total das penalidades<sup>25</sup>), por exemplo, a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, a multa, a proibição de contratar com o poder público, a publicação extraordinária da decisão condenatória, proibição do recebimento de incentivos, dentre outros (art. 23);
- h. E pode definir um piso mínimo indenizatório, conforme a natureza do cargo, emprego ou função pública, o proveito obtido, a extensão ou perigo da lesão, a gravidade do ilícito, a consumação ou não, os efeitos negativos, a situação econômica do declarante, a cooperação do celebrante, o valor dos contratos, dentre outros (arts. 23, § 4º, e 24).

Portanto, é translúcido que o ANPC não consiste em instrumento jurídico sem o adequado tratamento e desprovido de balizas legais. As próprias instituições e órgãos públicos têm regulamentado a sua aplicação, a fim de proporcionar equilíbrio e proporcionalidade na utilização do ANPC. Consequentemente, a garantia da razoabilidade e a observância dos regulamentos tende a propiciar segurança jurídica e fomentar resultados satisfatórios em prol da administração pública consensual.

24 Landolfo Andrade compreende que o reconhecimento, por si só, da procedência da improbidade administrativa pelo agente autoriza a imediata aplicação da penalidade de suspensão dos direitos políticos, ainda que a confissão tenha se dado em sede de acordo de não persecução cível na seara extrajudicial, devido ao disposto no § 4º do art. 37 da Constituição. Este dispositivo assenta que os atos de improbidade administrativa terão como consequência, dentre outras sanções, a suspensão dos direitos políticos, na forma da lei, sem prejuízo da responsabilização penal. Cf. ANDRADE, Landolfo. Acordo de não persecução cível: primeiras reflexões. **GEN Jurídico**. 05 mar. 2020. Disponível em: <[genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-nao-persecucao-civel](http://genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-nao-persecucao-civel)>. Acesso em: 19 ago. 2021.

25 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS. Juíza homologa primeiro acordo de não persecução civil envolvendo acusado de improbidade administrativa em Peixe. **Portal do TJTO**. 04 mar. 2021. Disponível em: <[www.tjto.jus.br/index.php/noticias/7524-juiza-homologa-primeiro-acordo-de-nao-persecucao-civil-envolvendo-acusado-de-improbidade-administrativa-em-peixe](http://www.tjto.jus.br/index.php/noticias/7524-juiza-homologa-primeiro-acordo-de-nao-persecucao-civil-envolvendo-acusado-de-improbidade-administrativa-em-peixe)>. Acesso em: 20 ago. 2021.

### 3. EVOLUÇÃO DA CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA NA SEARA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL E A CELEUMA DO MOMENTO PROCESSUAL DE SUA UTILIZAÇÃO

A redação originária do art. 17, § 1º, da Lei nº 8.492/1992 vedava a realização de transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa<sup>26</sup>. O silêncio do dispositivo quanto à eventual vedação de uso na fase extrajudicial, não impunha controvérsias quanto à possibilidade de utilização do acordo de não persecução cível aos inquéritos civis em curso e às investigações preparatórias prévias ao ajuizamento das ações civis públicas pela prática de ato de improbidade administrativa.

À época de criação da Lei de Improbidade Administrativa, no ano de 1992, não havia exceções ao princípio da indisponibilidade da ação penal pública<sup>27</sup>. Somente em 1995 houve a promulgação da Lei Federal nº 9.099 e, vinte anos depois, com a Lei Federal nº 13.140/2015 e o Código de Processo Civil de 2015 é que a regulamentação específica sobre soluções alternativas de conflitos passou a integrar o ordenamento jurídico. Estes diplomas legais assentaram e operacionalizaram a conciliação de modo geral no Brasil<sup>28</sup>.

Em 2017, foi editada a Resolução nº 179 do Conselho Nacional do Ministério Público, que autorizou os membros do Ministério Público a celebrarem termos de ajustamento de conduta nas ações de improbidade administrativa.

Na sequência, houve a inclusão dos arts. 26 e 27 da LINDB pela Lei nº 13.655/2018. A partir deste momento, a doutrina passou a entender pela existência de autorização de celebração de Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) nas ações de improbidade administrativa, em prestígio da consensualidade administrativa e da segurança jurídica<sup>29</sup>.

Portanto, a redação original do art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992 caminhava na direção contrária da evolução normativa, que já admitia instrumentos de consensualidade na prevenção e resolução de litígios administrativos ao longo dos anos seguintes.

26 Diversos autores, como Rodrigo da Silva Brandalise, já questionavam se a redação do art. 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa ainda se justificava, ao menos aos “atos de improbidade administrativa de menor potencial ofensivo” (p. 200), mesmo após anos de mudanças de percepção na seara da consensualidade administrativa e mesmo após o Código de Processo Civil de 2015. Cf. BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Lei de Improbidade Administrativa, Artigo 17, § 1º: 25 Anos Depois, Ele Ainda se Justifica? **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, nº 66, out./dez. 2017, p. 200.

27 Fabiana Lemes Zamalloa do Prado leciona que a ação de improbidade administrativa tem natureza ressarcitória e sancionatória, do modo que esta última natureza é que trouxe a aproximação à sistemática penal que teria motivado o legislador, em um primeiro momento, a proibir o acordo ou a transação na ação de improbidade administrativa, em coerência à indisponibilidade absoluta da ação penal pública. Atualmente, já se compreende que as sanções não são propriamente penas, mas sim condutas que podem ser ajustadas com a finalidade de proteger suficientemente o patrimônio público Cf. PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. Reflexões sobre o acordo de não persecução penal. **Boletim do Ministério Público do Estado de Goiás** – MPMGO, p. 1-5. 09 fev. 2020. Disponível em: <<http://www.mpmgo.mp.br/boletimdompmgo/2020/02-fev/artigos/artigo-FabianaLemes.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2021.

28 DE SÁ, Acácia Regina Soares. O acordo de não persecução civil nas ações civis públicas por improbidade em curso. **Consultor Jurídico**. 01 fev. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-fev-01/acacia-sa-acordo-nao-persecucao-civil-improbidade>>. Acesso em: 18 ago. 2021.

29 FERRAZ, Luciano. Acordos de não persecução na improbidade administrativa – o início, o fim e o meio. **Consultor Jurídico**. 09 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-09/interesse-publico-acordos-nao-persecucao-civil-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 18 ago. 2021.

Os instrumentos e métodos de solução consensual das controvérsias administrativas mais evidentes ao longo da evolução histórico-normativa, os quais realizam o princípio da consensualidade disposto no art. 4º, inciso VII, da Constituição, foram: (a) termos de ajustamento de conduta – TACs (art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/1985, com a redação conferida pela Lei nº 8.080/1990); (b) termos de ajustamento de gestão – TAGs (art. 71, IX, da Constituição, e art. 59, § 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal); (c) acordos de leniência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (art. 86, § 6º da Lei nº 12.529/2011); (d) acordos de leniência na improbidade empresarial (art. 16 da Lei nº 12.846/2013); (e) acordos substitutivos de inexecução contratual (art. 17 da Lei nº 12.846/2013); (f) arbitragem na administração pública (Lei nº 13.129/2015); (g) autocomposição de conflitos e mediação na Administração Pública (Lei nº 13.140/2015)<sup>30</sup>.

Não há controvérsias na utilização do ANPC aos inquéritos civis em curso e às investigações preparatórias prévias ao ajuizamento das ações civis públicas pela prática de ato de improbidade administrativa. Pelo contrário, afere-se esta possibilidade no campo judicial como sendo uma novidade que veio tarde e que era defendida antes mesmo de ser prevista expressamente no texto da Lei de Improbidade Administrativa.

Havia, inclusive, o argumento de que já teria ocorrido a derrogação tácita da proibição prevista na redação anterior do art. 17 da Lei nº 8.429/1992, por coerência normativa. O motivo é que os diplomas legais posteriores que tutelam bens mais sensíveis (tutela penal) já previam hipótese de acordo, de modo que não havia coerência em aplicar um entendimento mais gravoso, que impedisse o acordo no caso da ação de improbidade<sup>31</sup>.

Recentemente, leis penais que protegem bens indisponíveis fixaram a possibilidade de realização de acordos que afastam a punibilidade nos crimes de menor potencial ofensivo<sup>32</sup>. Este padrão se verificou na Lei das Organizações Criminosas – nº 12.850/2013 – e na Lei Anticorrupção – nº 12.846/2013 – que prevê a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública<sup>33</sup>.

Deste modo, antes da modificação trazida pela Lei nº 13.964/2017, já se defendia a possibilidade de acordo nas ações judiciais de improbidade administrativa:

[...] a doutrina admitia a celebração de acordo nas ações civis públicas pela prática de improbidade administrativa sob o fundamento de que

30 FERRAZ, Luciano. Acordos de não persecução na improbidade administrativa – o início, o fim e o meio. **Consultor Jurídico**. 09 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-09/interesse-publico-acordos-nao-persecucao-civil-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 18 ago. 2021.

31 DE SÁ, Acácia Regina Soares. O acordo de não persecução civil nas ações civis públicas por improbidade em curso. **Consultor Jurídico**. 01 fev. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-fev-01/acacia-sa-acordo-nao-persecucao-civil-improbidade>>. Acesso em: 18 ago. 2021.

32 DE SÁ, Acácia Regina Soares. O acordo de não-persecução civil na ação de improbidade administrativa. **Portal TJDF**, 2020. Disponível em: <<https://www.tjdf.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2020/o-acordo-de-nao-persecucao-civil-na-acao-de-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

33 DE SÁ, Acácia Regina Soares. O acordo de não persecução civil nas ações civis públicas por improbidade em curso. **Consultor Jurídico**. 01 fev. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-fev-01/acacia-sa-acordo-nao-persecucao-civil-improbidade>>. Acesso em: 18 ago. 2021.

o referido diploma legal (Lei n.º8.429/92) integra, juntamente com a Lei n.º 4.717/65 (ação popular), Lei n.º 7.374/85 (ação civil pública) e a Lei 12.846/13, um microsistema de combate à corrupção, em observância às diretrizes dos tratados internacionais sobre o tema, os quais o Brasil ratificou<sup>34</sup>.

Alguns autores, como Luciano Ferraz, defendiam a inconstitucionalidade da redação anterior do art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992<sup>35</sup>, que vedava a transação, o acordo ou a conciliação nas ações de improbidade administrativa.

O primeiro fundamento é que o dispositivo original não realizava o compromisso do Brasil com a solução pacífica dos conflitos na ordem interna e internacional, como aponta o preâmbulo da Constituição. O preâmbulo não serve como parâmetro de controle compulsório, mas é relevante baliza axiológica interpretativa dos fins abarcados pela Constituição.

Ademais, a segunda razão é o conflito da vedação de acordo com o princípio da consensualidade assentado no art. 4º, inciso VII, da Constituição. A atuação do Brasil, na ordem internacional, deve ser voltada à solução pacífica dos conflitos. Apesar de voltado às relações do Brasil com a ordem internacional, a coerência exige que a ordem interna também adote este comando constitucional mínimo.

Por fim, a defesa da inconstitucionalidade da redação original do mencionado dispositivo apontava que havia conflito potencial com os princípios da eficiência, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição, e também da economicidade, registrado no art. 70, *caput*, da Constituição. Deste modo, o conflito poderia ser verificado no caso concreto, exigindo-se a interpretação conforme a Constituição como técnica decisória conforme o caso.

Lado outro, havia compreensões de que também a redação original deixava o flanco aberto para iniciativas consensuais no curso dos inquéritos civis que precediam às ações judiciais de improbidade administrativa. A justificativa era que a redação original textualmente elencava a vedação de transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade, portanto, nos processos judiciais. O problema é que esta abertura dependia da vontade e da leitura particular de cada órgão legitimado, criando insegurança jurídica e falta de uniformidade na aplicação da consensualidade administrativa.

Com o intuito de permitir a ampla celebração do acordo de não persecução cível, nas ações civis públicas ajuizadas por ato de improbidade administrativa, o legislador editou a Lei nº 13.964/2019, que autorizou este instrumento consensual de resolução de conflitos também nas ações judiciais, por alteração no teor do art. 17 da Lei nº 8.429/1992.

34 DE SÁ, Acácia Regina Soares. O acordo de não-persecução civil na ação de improbidade administrativa. **Portal TJDF**. 2020. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2020/o-acordo-de-nao-persecucao-civil-na-acao-de-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

35 FERRAZ, Luciano. Acordos de não persecução na improbidade administrativa – o início, o fim e o meio. **Consultor Jurídico**. 09 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-09/interesse-publico-acordos-nao-persecucao-civil-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 18 ago. 2021.

A modificação oriunda da Lei nº 13.964/2019, que alterou o art. 17 da Lei nº 8.429/1992, em vigor desde 23 de janeiro de 2020<sup>36</sup>, para autorizar a celebração do acordo de não persecução cível nas ações civis públicas ajuizadas por ato de improbidade administrativa, tornou ultrapassadas todas as discussões anteriores sobre o cabimento do instituto do acordo na improbidade administrativa.

Com isso, elimina-se o empecilho mais robusto para que se utilizasse a consensualidade nos procedimentos da Lei de Improbidade Administrativa, qual seja, a vedação do § 1º do art. 17 da Lei nº 8.429/1992, atualmente derogado expressamente.

Em outros termos, passa-se a aceitar expressamente o acordo de não persecução cível não apenas na fase extrajudicial, como por exemplo, no inquérito civil, administrativo e penal, mas também na fase judicial da ação de improbidade administrativa<sup>37</sup>.

Desta feita, o princípio da consensualidade ganha autorização para protagonizar a solução judicial do conflito, garantindo que se entabulem os termos do compromisso efetuado com a parte para extinguir o inquérito ou a ação de improbidade administrativa.

O art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa consignou que *“as ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível”* (§ 1º), bem como que *“havendo a possibilidade de solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias”* (§ 10-A)<sup>38</sup>.

Assim, o acordo de não persecução cível atualmente é possível, a requerimento das partes, podendo ao juiz interromper o prazo para a contestação na ação de improbidade administrativa, por prazo não superior a noventa dias, com a finalidade de permitir a avença.

Em princípio, o projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional dispunha sobre o ANPC por meio do acréscimo do art. 17-A na Lei de Improbidade Administrativa. Entretanto, o Presidente da República vetou integralmente o dispositivo legal.

A razão utilizada foi a preservação do interesse público, pois o chefe do Poder Executivo Federal entendeu que não poderia o Ministério Público funcionar como único legitimado a celebrar a avença<sup>39</sup>. O Presidente da República procurou demonstrar que o interesse público seria resguardado apenas se não se excluísse da

36 ANDRADE, Landolfo. Acordo de não persecução cível: primeiras reflexões. **GEN Jurídico**. 05 mar. 2020. Disponível em: <[genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-nao-persecucao-civel](http://genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-nao-persecucao-civel)>. Acesso em: 19 ago. 2021.

37 FERRAZ, Luciano. Acordos de não persecução na improbidade administrativa – o início, o fim e o meio. **Consultor Jurídico**. 09 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-09/interesse-publico-acordos-nao-persecucao-civel-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 18 ago. 2021.

38 BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. **Lei de Improbidade Administrativa**, Brasília, DF, 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm)>. Acesso em: 31 jan. 2022.

39 PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. Reflexões sobre o acordo de não persecução penal. **Boletim do Ministério Público do Estado de Goiás - MPMGO**, p. 1-9. 09 fev. 2020. Disponível em: <<http://www.mpmgo.mp.br/boletimdompmgo/2020/02-fev/artigos/artigo-FabianaLemes.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2021.

pessoa jurídica prejudicada com o ato de improbidade a legitimidade de celebração do acordo. O motivo disto é que não se pode alijar o real interessado no deslinde do feito, qual seja, a própria pessoa jurídica de direito público vítima da prática de improbidade administrativa.

Asseverou o Presidente da República nas razões do veto ao art. 17-A da Lei de Improbidade Administrativa:

A propositura legislativa, ao determinar que caberá ao Ministério Público a celebração de acordo de não persecução cível nas ações de improbidade administrativa, contraria o interesse público e gera insegurança jurídica ao ser incongruente com o art. 17 da própria Lei de Improbidade Administrativa, que se mantém inalterado, o qual dispõe que a ação judicial pela prática de ato de improbidade administrativa pode ser proposta pelo Ministério Público e/ou pessoa jurídica interessada leia-se, aqui, pessoa jurídica de direito público vítima do ato de improbidade. Assim, excluir o ente público lesado da possibilidade de celebração do acordo de não persecução cível representa retrocesso da matéria, haja vista se tratar de real interessado na finalização da demanda, além de não se apresentar harmônico com o sistema jurídico vigente.

A despeito do veto presidencial ao art. 17-A, o acordo de não persecução cível pode ser celebrado, pois se encontra presente no art. 17, § 1º, da Lei nº 8.492/1992.

Logrou êxito o veto ao garantir que, pelo afastamento ao art. 17-A, fosse possível a celebração da avença tanto pelo Ministério Público respectivo quanto pela pessoa jurídica interessada na apuração do ato de improbidade administrativa, observadas as peculiaridades do caso concreto<sup>40</sup>. Entretanto, a contrapartida pela ampliação dos legitimados para efetuar o acordo foi o veto também à parte significativa da disciplina legal operacional do ANPC presente no art. 17-A do mencionado diploma.

Portanto, a parte legítima para firmar acordos de não persecução cível é a mesma que detém legitimidade para propor as ações de improbidade administrativa, isto é, do Ministério Público ou da pessoa jurídica interessada, conforme o art. 17, *caput*, da Lei nº 8.429/1992<sup>41</sup>.

O Ministério Público deverá atuar como fiscal da lei quando não intervier como parte na ação, sob pena de nulidade. O art. 17, § 4º, da Lei nº 8.429/1992 garante ao Ministério Público a participação sempre em que for ajuizada ação de improbidade administrativa.

40 Cristiane Rodrigues Iwakura aponta que é falso afirmar que os órgãos vinculados ao Executivo não desempenham corretamente as políticas contrárias à corrupção ou então que os órgãos vinculados são menos indicados ao desempenho das funções do que os órgãos ou instituições autônomos ou independentes. É justamente o check and balances que admite a existência de um controle recíproco e cooperativo entre poderes da República. Confiar em mais de um legitimado, que participe ativamente da avença do ANPC, é também incentivar mecanismos de combate à captura institucional e prestigiar a atuação eficiente e integrativa dos demais órgãos lesados pelo ato de improbidade. Segundo a autora, isso fortalece a nova vertente do direito administrativo sancionador como apto a combater a corrupção administrativa. Cf. IWAKURA, Cristiane Rodrigues. Acordos de não persecução civil e a Lei de Improbidade Administrativa. Legitimidade necessária dos órgãos da Administração Pública. **Informativo CPJM – Centro de Pesquisa em Crimes Empresariais e Compliance**. 25 ago. 2020. Disponível em: <<http://www.cpj.m.uerj.br/wp-content/uploads/2021/01/Acordos-de-nao-CC%83o-persecuc%CC%A7a%CC%83o-civil-e-a-Lei-de-Improbidade-Administrativa.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2021.

41 FERRAZ, Luciano. Acordos de não persecução na improbidade administrativa – o início, o fim e o meio. **Consultor Jurídico**. 09 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-09/interesse-publico-acordos-nao-persecucao-civil-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 18 ago. 2021.

Não obstante a alteração de dispositivos para prever a possibilidade de celebração do acordo, a controvérsia doutrinária e jurisprudencial em torno dos acordos, prosseguiu quanto às seguintes indagações: é possível a celebração do acordo de não persecução cível nos casos em que já houve contestação ou mesmo condenação por ato de improbidade administrativa, muitas vezes, com a sentença de primeiro grau confirmada pelo Tribunal de segundo grau? Celebrar o acordo, no âmbito cível, não pressupõe discutir a natureza da norma, se processual ou material, para que se permita ou não a sua retroação?

As indagações iniciais geradas pelas alterações promovidas pela Lei Anticrime poderão ser discutidas a partir da questão principal: é possível a celebração do acordo de não persecução cível no âmbito da ação de improbidade administrativa em fase recursal? Adianta-se que não há uma resposta definida sobre a temática, de modo que ela seguirá sendo uma questão doutrinária a ser discutida.

Caso se compreenda que o ANPC pode ser celebrado durante a fase recursal, entende-se que este acordo é um instrumento predominantemente processual de repercussão material e que, se é possível o mais, será cabível o menos, ou seja, poderá ser efetuado a qualquer tempo e mesmo após a condenação em primeira instância ou confirmação da condenação em segunda instância.

Por outro lado, se não se admitir a celebração do ANPC na fase recursal, este será um instituto de direito material, não passível de retroação, que prestigiará a possibilidade de celebração até a contestação da ação, sob pena de violação ao princípio da legalidade e de prejuízo ao interesse público, bem como do risco de se desmoralizar o sancionamento da ilegalidade verificada e reclamada judicialmente.

Isto é, suponha-se que o *parquet* ajuizou ação de improbidade contra determinado requerido. Após o transcurso da ação, o juízo de primeiro grau tenha julgado o pedido procedente com a condenação do réu (pessoa física ou jurídica). Após, o réu inconformado interpõe apelação, tendo a sua condenação mantida pelo Tribunal; e, na sequência, interpõe recurso especial perante o STJ. Imagine-se que, antes do julgamento do REsp, seja formulado acordo de não persecução cível. Neste campo reside a discussão acadêmica que se propõe.

Resta saber, portanto, se a avença é possível ou não com a nova sistemática trazida pela Lei nº 13.964/2017 à Lei nº 8.492/1992 em fase recursal. O STJ se debruçou sobre este tema e admitiu a possibilidade da avença, como se verificará mais adiante. O tema deve ser analisado, doutrinariamente, para aferir as possibilidades de leitura a ser feita do instituto jurídico em face da *ratio legis*.

Àqueles que sustentam que a aplicação do acordo de não persecução cível pode se dar somente até a contestação<sup>42</sup>, aplicam o princípio da legalidade estrita, compreendendo-se que o § 10-A do art. 17 da Lei nº 8.429/1992 limita o momento

42 EMERJ. Desafios do Acordo de Não Persecução Cível em Improbidade Administrativa: tema debatido em webinar. **ASCOM Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**. 20 ago. 2020. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ND5jl-opakQ>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

de celebração do acordo de não persecução cível até a contestação, inadmitindo-se a celebração em momento posterior.

Consoante este dispositivo, uma vez que seja possível a solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias. Esta redação permite inferir que o ANPC deveria ser celebrado até a fase de contestação, embora seus termos não sejam expressos quanto a esta vedação.

A defesa deste argumento não impede que ocorra a extinção da ação de improbidade administrativa pela utilização de outros instrumentos consensuais, como os TACs, os compromissos processuais e os acordos substitutivos, como assevera a art. 5, § 6, da Lei nº 7.347/1985 e os arts. 26 e 27 da LINDB, os quais também possuem a mesma finalidade.

Por esta leitura, o acordo de não persecução cível poderá ser utilizado no âmbito da ação de improbidade administrativa até o momento da contestação. Após a contestação, mesmo em grau de recurso ou na fase de cumprimento de sentença, as partes legitimadas deverão se valer dos termos de ajustamento de conduta, dos acordos substitutivos ou dos compromissos processuais para atingir as mesmas finalidades.

Nesta linha argumentativa, a solução consensual é permitida também em grau de recurso ou no cumprimento de sentença<sup>43</sup>, mas desde que a controvérsia seja resolvida consensualmente por meio dos demais instrumentos consensuais, por inviabilidade do uso dos acordos de não persecução penal no final do trâmite da ação de improbidade administrativa<sup>44</sup>.

Por outro lado, há autores que defendem a aplicação do acordo de não persecução cível mesmo após a condenação por ato de improbidade, como é o caso de Raul Lustosa Bittencourt de Araújo<sup>45</sup>. O principal fundamento utilizado é o de que a Lei nº 13.964/2019 – Lei Anticrime – é um diploma legal processual.

Neste prisma, sendo lei de natureza processual, as suas disposições devem ser aplicadas imediatamente aos processos em trâmite, observada a higidez da fase processual em que se encontre. Aplicam-se às normas processuais o princípio do *tempus regit actum*, pelo qual os atos jurídicos têm regência pela lei existente à época de sua prática ou ocorrência<sup>46</sup>.

43 Para Luciara Vanderlinde Canadas, a celebração de ANPC nas ações judiciais em curso amplia e consolida positivamente a jurisdição consensual em matéria de improbidade administrativa. Cf. CANADAS, Luciara Vanderlinde. **O acordo de não persecução cível como possibilidade de autocomposição em matéria de improbidade administrativa à luz da Lei 13.964/19 – Lei Anticrime**. Monografia (Graduação) – Universidade do Sul de Santa Catarina. Curso de Direito. Palhoça, 2020, p. 52-58.

44 FERRAZ, Luciano. Acordos de não persecução na improbidade administrativa – o início, o fim e o meio. **Consultor Jurídico**. 09 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-09/interesse-publico-acordos-nao-persecucao-civil-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 18 ago. 2021.

45 Sobre as perspectivas para o acordo de não persecução cível no âmbito eleitoral (correntes pela possibilidade ou não de avença), devido à equiparação morfológica entre a difusão do dano pela violação à legislação eleitoral e aquela inerente ao vilipêndio dos princípios da Administração Pública, recomenda-se a leitura de: ARAÚJO, Raul Lustosa Bittencourt de. **Acordo de não persecução na Justiça Eleitoral: peculiaridades da aplicação no âmbito criminal e perspectivas para implementação na seara cível**. Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Ceará. Curso de Direito. Fortaleza, 2020.

46 DE SÁ, Acácia Regina Soares. O acordo de não persecução civil nas ações civis públicas por improbidade em curso. **Consultor Jurídico**. 01 fev. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-fev-01/acacia-sa-acordo-nao-persecucao-civil-improbidade>>. Acesso em: 18 ago. 2021.

No caso do ANPC, este argumento pressupõe reconhecer que, em sendo a norma permissiva de sua celebração eminentemente processual, é possível a aplicação aos atos de improbidade nos casos em que não tiver ocorrido o recebimento da petição inicial<sup>47</sup>.

Este eixo argumentativo busca fortalecer a finalidade da norma jurídica de assegurar a tendência contemporânea de solução consensual dos conflitos, reduzindo-se o grau dos litígios e prestigiando a duração razoável dos processos.

Assim, esta visão conclui que é possível a celebração do acordo de não persecução cível mesmo após a fase de defesa, desde que concordes as partes envolvidas, garanta-se a reparação integral do dano e se possibilite a aplicação de outra sanção jurídica pelo ato de improbidade administrativa eventualmente praticado.

#### 4. DA NORMATIVIDADE À FACTICIDADE: A APLICAÇÃO DOS ANPCS PELAS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS E PELO PODER JUDICIÁRIO NA FASE RECURSAL DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

No campo prático, o MPF chancelou a possibilidade de celebração dos acordos de não persecução cíveis em segunda instância, com pessoas físicas ou jurídicas, pela prática de atos de improbidade administrativa constantes das Leis nº 8.429/1992 e nº 12.846/2013.

A Orientação nº 10/2020 da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF disciplina o ANPC nos processos em fase de apelação ou reexame necessário no Tribunal Regional Federal respectivo, conforme previsão do art. 27 do mencionado diploma interno<sup>48</sup>.

Ao firmarem o acordo, os celebrantes de ANPC em segunda instância deverão expressamente desistir de suas pretensões recursais no âmbito da ação de improbidade administrativa e também devem concordar com a extinção do processo com resolução de mérito, abrindo caminho à execução imediata das sanções estabelecidas na avença, após homologada judicialmente<sup>49</sup>.

Assim, o Ministério Público prevê a viabilidade do ANPC na segunda instância, de modo que o relator do recurso de apelação será cientificado da instauração do procedimento perante o *parquet*, que solicitará que o relator deixe de pautar o recurso para julgamento antes de encerradas as negociações do ANPC. Tendo sido celebrado o ANPC, este será remetido ao relator do recurso para homologação, com ciência posterior à 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF<sup>50</sup>.

47 DE SÁ, Acácia Regina Soares. O acordo de não persecução civil nas ações civis públicas por improbidade em curso. **Consultor Jurídico**. 01 fev. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-fev-01/acacia-sa-acordo-nao-persecucao-civil-improbidade>>. Acesso em: 18 ago. 2021.

48 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Orientação nº 10/2020**. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal – Combate à Corrupção. 20 p., 09 nov. 2020.

49 Arts. 31 e 32. Cf. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Orientação nº 10/2020**. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal – Combate à Corrupção. 20 p., 09 nov. 2020.

50 Art. 34. Cf. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Orientação nº 10/2020**. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal – Combate à Corrupção. 20 p., 09 nov. 2020.

Deste modo, evidente a iniciativa do MPF de perenizar o instituto, não somente o novo instrumento na seara judicial de primeira instância, como também em âmbito recursal.

A partir de 2017, notadamente após a Resolução nº 179/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que passou a prever a viabilidade de composição consistente no acordo de não persecução cível, no âmbito estadual, observou-se a iniciativa de Ministérios Públicos locais em regulamentar o instituto jurídico ou mesmo consolidar a normativa nacional já viabilizada pelo CNMP<sup>51</sup> acerca desta possibilidade dentro do direito sancionador extrapenal judicial. Citam-se como exemplos:

- a. Ministério Público do Estado do Ceará: o órgão elaborou a Nota Técnica nº 001/2020, da lavra do Centro de Apoio Operacional da Defesa do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa – CAODPP – acerca da orientação técnica integrativa sobre a aplicabilidade de acordos de não persecução cível em procedimentos extrajudiciais e judiciais no Estado do Ceará, com resguardo necessário do interesse público e dos direitos e garantias constitucionais, bem como à integração entre os diplomas que compõem o ordenamento jurídico. O MPCE nada diz acerca da possibilidade de celebração do ANPC na fase recursal. Pelo contrário, a Nota Técnica sustenta que, na atual previsão legal, pode haver Acordo até o momento da defesa (art. 17, § 10-A da LIA), cujo prazo pode ser suspenso a requerimento das partes envolvidas. Tanto é assim que o MPCE recomenda que seja mencionada a possibilidade logo na exordial a ação, a fim de incentivar a autocomposição e o consenso, sendo posteriormente remetido à homologação pelo Conselho Superior para análise de critérios de legalidade e pertinência – suficiência e adequação<sup>52</sup>.
- b. Ministério Público do Estado de São Paulo: o MPSP elaborou a Nota Técnica nº 02/2020 – PGJ – CAOPP, que fornece subsídios aos membros ministeriais para celebração de ANPC, em consonância com a Lei Federal nº 13.964/2019, com a Resolução nº 179/2017 do CNMP e a Resolução nº 1.193/2020 do Colégio de Procuradores de Justiça (CPJ). Diferentemente do MPCE, a Nota Técnica do MPSP prevê os cuidados que deverão ser tomados para celebração do CNPC no curso da ação de improbidade, prevendo-o inclusive para a fase recursal. Tanto é assim que o documento lança previsão de que, uma vez celebrada a avença, o órgão ministerial peticionará o juiz ou relator para que o homologue. Uma vez homologada e cumprida a avença, o procedimento deverá ser arquivado no órgão de execução, com comunicação ao Conselho Superior do MP, sem necessidade de remessa dos autos para homologação, conforme o art. 12 da Resolução nº 174/2017 do CNMP<sup>53</sup>.

51 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ. Acordo de não persecução civil beneficia instituições de defesa das crianças. **Portal do MPPA**. 30 jul. 2020. Disponível em: <<https://www2.mppa.mp.br/noticias/acordo-de-nao-persecucao-civil-beneficia-instituicoes-de-defesa-das-criancas.htm>>. Acesso em: 19 ago. 2021.

52 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ. **Nota Técnica nº 001/2020 – Acordo de Não Persecução Cível**. Centro de Apoio Operacional da Defesa do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa – CAODPP. 61 p., 04 fev. 2020, p. 24-26.

53 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Nota Técnica nº 02/2020 – PGJ – CAOPP**. MPSP, p. 50, 2020.

- c. Ministério Público do Estado da Bahia: o MPBA, por meio do Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Proteção à Moralidade Administrativa instituiu 22 orientações acerca do ANPC para reforçar a independência funcional dos órgãos executores. O MPBA não estabelece nenhuma orientação expressa quanto ao cabimento do ANPC no âmbito recursal. Porém, pode-se deduzir esta autorização, a partir do teor da Orientação nº 4:

O acordo de não persecução cível (ANPC) pode ser celebrado tanto extrajudicialmente, quanto judicialmente. A promoção de arquivamento do procedimento investigatório relativo ao acordo firmado extrajudicialmente deve ser encaminhada para homologação pelo Conselho Superior do Ministério Público e apenas adquire eficácia após essa homologação<sup>54</sup>.

Assim, a ausência de regulamentação expressa do ANPC sobre aspectos essenciais ao procedimento de autocomposição, devido ao veto integral do art. 17-A da Lei nº 8.429/1993, fez com que a possibilidade de ajuste do ANPC em grau de recurso passasse de uma certeza jurídica para um procedimento em potencial também nos tribunais superiores<sup>55</sup>.

O veto ao § 2º do art. 17-A, cujo teor destacava que *“o acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade”*, incutiu insegurança jurídica e cravou a imprescindibilidade de manifestação do STJ sobre a viabilidade de celebração do acordo mesmo diante do veto presidencial ao inteiro teor do art. 17-A da Lei nº 8.429/1993<sup>56</sup>.

Portanto, o silêncio sobre o momento processual específico para celebração do acordo de não persecução civil deveria ser interpretado como flexibilidade e ampliação dos momentos possíveis ou como vedação peremptória à celebração até o momento da contestação, devido ao § 10º do art. 17 da Lei nº 8.429/1993<sup>57</sup>.

Face a ausência de regulamentação específica sobre o tema<sup>58</sup>, o CNMP estatuiu a matéria uniformemente entre os órgãos ministeriais, de modo que disciplinou regras gerais a serem complementadas pelos diversos Ministérios Públicos Estaduais e da União. Com isso, patente a urgência de que os entes públicos deliberem sobre o ANPC

54 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. **Orientações nº 1-22 do Centro de Apoio Operacional à Promotorias de Proteção à Moralidade Administrativa**. MPBA, p. 2.

55 RODRIGUES, Lucas Cherem de Camargo; RUGGERI, Julia Duprat. STJ autoriza a celebração de acordo de não persecução civil em fase recursal. **Migalhas**. Migalhas de peso. 10 mar. 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/341466/stj-autoriza-a-celebracao-de-acordo-de-nao-persecucao-civil>>. Acesso em: 20 ago. 2021; e PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O Consenso em Matéria de Improbidade Administrativa: Limites e Controvérsias em torno do Acordo de não Persecução Cível Introduzido na Lei nº 8429/1992 pela Lei nº 13.964/2019. *Revista Interdisciplinar de Direito*, Centro Universitário de Valença – UniFAA, Valença, v. 18, n. 1, p. 145-162, jan./jun.2020. DOI: 10.24859/fdv.2020.1.007.

56 RODRIGUES, Lucas Cherem de Camargo; RUGGERI, Julia Duprat. STJ autoriza a celebração de acordo de não persecução civil em fase recursal. **Migalhas**. Migalhas de peso. 10 mar. 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/341466/stj-autoriza-a-celebracao-de-acordo-de-nao-persecucao-civil>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

57 RODRIGUES, Lucas Cherem de Camargo; RUGGERI, Julia Duprat. STJ autoriza a celebração de acordo de não persecução civil em fase recursal. **Migalhas**. Migalhas de peso. 10 mar. 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/341466/stj-autoriza-a-celebracao-de-acordo-de-nao-persecucao-civil>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

58 Rafael Pereira e Renato de Lima Castro compreendem que o ANPC é uma ferramenta importante que ainda é embrionária, mas que, a partir do cumprimento de uma uniformização, por meio de normas primárias e secundárias, debelará a permanente discussão sobre a inviabilidade de celebração de acordos no âmbito da improbidade administrativa. f. PEREIRA, Rafael. Parâmetros para aplicação do acordo de não persecução cível criado pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019), p. 211-235. **Pacote anticrime**: Volume I. Eduardo Cambi, Danni Sales Silva, Fernanda Marinela (orgs.). Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2020. 391 p., v. 1.

e estipulem os parâmetros formais e materiais que deverão ser seguidos por cada componente da administração pública no ajuste de acordos de não persecução cível<sup>59</sup>.

A Primeira Turma do STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1.659.082/PB, em dezembro de 2020, entendeu que a celebração e, portanto, a homologação do acordo de não persecução cível deveria ocorrer somente até a apresentação da contestação<sup>60</sup>.

No caso concreto, o acusado de improbidade administrativa pleiteou o sobrestamento do processo em curso diante a possibilidade de celebração de acordo de não persecução cível. No entanto, este lapso temporal já havia sido ultrapassado, de maneira que o colegiado do STJ indeferiu a questão de ordem suscitada, inviabilizando o acordo<sup>61</sup>.

Sob outro viés, distinto do entendimento firmado no Recurso Especial nº 1.659.082/PB, em seu primeiro precedente sobre o tema, em 23 de fevereiro de 2021, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, homologou o acordo de não persecução cível celebrado na fase recursal entre o Ministério Público do Estado de São Paulo e o deputado estadual Carlos Eduardo Pignatari (PSDB-SP), réu em ação de improbidade administrativa, nos autos do AREsp 1.314.581/SP.

Fixou-se o precedente, em sede de recurso repetitivo, de que “é possível acordo de não persecução cível no âmbito da ação de improbidade administrativa em fase recursal”<sup>62</sup>.

No caso concreto, o deputado estadual foi condenado com fundamento no art. 10 da Lei nº 8.429/1992, por suposta omissão que teria cometido no cargo de prefeito municipal de Votuporanga/SP. No processo, condenou-se o parlamentar por improbidade administrativa por dano ao erário originado pela omissão culposa (art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa) no cumprimento de ordem judicial para fornecimento de medicação para paciente com deficiência coronária grave, o qual morrera, uma vez que o Município foi condenado ao pagamento de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a título de danos morais<sup>63</sup>.

O acordo formulado previa que o parlamentar concordaria em promover a reparação integral do dano, bem como que receberia a pena de proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios pelo prazo de cinco anos.

O Conselho Superior do MPSP e do MPF manifestaram-se favoravelmente à homologação do ANPC. Nos termos do parecer do Ministério Público Federal, existe

59 ANDRADE, Landolfo. Acordo de não persecução cível: primeiras reflexões. **GEN Jurídico**. 05 mar. 2020. Disponível em: <genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-nao-persecucao-civel>. Acesso em: 19 ago. 2021.

60 GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. Acordo de não persecução cível ainda deve ocupar a pauta do STJ. **JOTA**. 23 mar. 2021. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acordo-nao-persecucao-civel-stj-23032021>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

61 VITAL, Daniel. STJ homologa acordo de não persecução em caso de improbidade em fase recursal. **Consultor Jurídico**. 02 mar. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mar-02/stj-homologa-acordo-nao-persecucao-improbidade>>. Acesso em: 18 ago. 2021.

62 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acordo no Agravo em REsp 1314581/SP. Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, Brasília, **Diário da Justiça Eletrônico**, julgamento em: 23/02/2021, publicado em: 01/03/2021.

63 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acordo no Agravo em REsp 1314581/SP. Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, Brasília, **Diário da Justiça Eletrônico**, julgamento em: 23/02/2021, publicado em: 01/03/2021.

adequação no acordo firmado, pois os ajustes firmados na avença se aproximam dos próprios pedidos existentes no pleito de condenação originária, pelo que inexistiria prejuízo<sup>64</sup>.

O Ministro Relator Benedito Gonçalves, que foi seguido pelos Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Gurgel de Faria, acatou a homologação, determinando a extinção com resolução de mérito do feito em trâmite, uma vez prejudicado o agravo em recurso especial interposto.

O relator entendeu que não houve choque entre o entendimento adotado pelo STJ no REsp nº 1.659.082/PB, julgado em dezembro de 2020, e no AREsp 1.314.581/SP, julgado em fevereiro de 2021, porque o que havia sido prejudicado no primeiro não foi a própria celebração do ANPC, mas o pedido de sobrestamento decorrente da possibilidade de avença. Portanto, as hipóteses teriam sido diferentes entre os dois casos concretos<sup>65</sup>.

Cumpre-nos sistematizar, para fins didáticos, os quatro fundamentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça, no âmbito do Agravo em Recurso Especial nº 1.314.581/SP, para declarar a possibilidade de homologação judicial de acordo de não persecução cível no contexto da ação de improbidade administrativa em grau de recurso, quais sejam<sup>66</sup>:

- i. Fundamentação na legalidade: O §1º do art. 17 da Lei n. 8.429/1992, alterado pela Lei nº 13.964/2019 admite que, nas ações de improbidade administrativa, sejam celebrados ANPCs. Ao mesmo tempo, a mesma lei alteradora introduziu o §10-A ao art. 17, que facultou às partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a noventa dias, tendo em vista possível solução consensual. Assim, o STJ assentou que, se a norma principal admite a tomada do ANPC, é dever da administração pública regulamentar a sua aplicação, cumprindo o princípio da legalidade e a *mens legis* do Pacote Anticrime.
- ii. Fundamentação na lógica do razoável: Se é possível reconhecer a inadequação da ação de improbidade em qualquer fase do processo, com a consequente extinção do feito, seria irrazoável que o Poder Judiciário submeta as partes a todas as etapas recursais para que, logo após, o tribunal superior aprecie questão amplamente sacramentada em sua matéria de fundo. Desta feita, já é admitida a solução consensual e amigável consubstanciada no TAC e, por conseguinte, no ANPC. Portanto, o STJ entendeu que inadmitir o ajuste em fase recursal é adiar o inevitável, de modo que impedi-lo é ato atentatório à lógica do razoável e à sistemática da apuração eficiente de condutas comissivas ou omissivas de improbidade administrativa.

64 VITAL, Daniel. STJ homologa acordo de não persecução em caso de improbidade em fase recursal. **Consultor Jurídico**. 02 mar. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mar-02/stj-homologa-acordo-nao-persecucao-improbidade>>. Acesso em: 18 ago. 2021.

65 VITAL, Daniel. STJ homologa acordo de não persecução em caso de improbidade em fase recursal. **Consultor Jurídico**. 02 mar. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mar-02/stj-homologa-acordo-nao-persecucao-improbidade>>. Acesso em: 18 ago. 2021.

66 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acordo no Agravo em REsp 1314581/SP. Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, Brasília, **Diário da Justiça Eletrônico**, julgamento em: 23/02/2021, publicado em: 01/03/2021.

- iii. Fundamentação na regulamentação pelos órgãos legitimados: Há regulamentação do art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/1985, pelo CNMP (Resolução nº 179/2017), para disciplina a celebração do termo de ajustamento de conduta. Do mesmo modo, o Conselho Superior do MPSP editou a Resolução nº 1.196/202, que prescreve a normativa para o ANPC no âmbito do MPSP, de maneira a conferir complemento normativo ao art. 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa e ao art. 7º, § 2º, da Resolução n. 179/2017 do CNMP. Assim, a leitura conjunta das resoluções permite a exaustiva compreensão do formato e aplicabilidade do acordo de não persecução cível, pelo que plenamente aplicável à etapa recursal. Outrossim, houve homologação do acordo de não persecução cível pelo Conselho Superior do MPSP e da manifestação favorável do MPF no caso concreto apreciado pelo STJ.
- iv. Fundamentação na higidez do sancionamento: Os termos do ajuste efetuado não se distanciaram demasiadamente das penalidades aplicadas na condenação originária por improbidade, dentre as quais, a reparação do dano ao Município lesado pelo ato improbo.

Em razão da conclusão do julgamento pelo STJ, para conferir segurança jurídica ao ANPC na fase recursal<sup>67</sup>, que reafirmou a autorização de autocomposição a qualquer tempo prevista no art. 139, inciso V, do CPC, a única barreira temporal que restou ao ANPC no âmbito da ação de improbidade, enquanto solução negocial, foi o trânsito em julgado da sentença condenatória. Isto porque admiti-lo acarretaria desprestígio à coisa julgada definitiva e flexibilizaria demasiadamente o alcance do instituto jurídico que visa a consensualidade<sup>68</sup>.

Portanto, o acordo de não persecução cível poderá ser celebrado judicialmente e, posteriormente, se extrajudicial, submetido à homologação judicial enquanto tramitar a ação de improbidade administrativa, para exercício de juízo de delibação. Isso pressupõe a aceitação de que o ajuste de não persecução cível ocorra também na fase recursal, com eventual pedido de homologação, o qual deverá ser endereçado ao relator do processo no Tribunal, que exercerá o controle de legalidade, independentemente de revisão pelo controle interno do legitimado para a ANPC.

## 5. CONCLUSÃO

Conclui-se, em termos gerais, que o acordo de não persecução cível é uma modalidade de termo de ajustamento de conduta, com natureza jurídica de negócio jurídico processual consensual bilateral e comutativo. A avença deriva da vontade livre e consciente das partes, em que se estabelecem prestações certas e determinadas, com amparo legal no art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992 e no art.

67 JUSBRASIL. STJ confirma a possibilidade de homologação de Acordo de Não Persecução Cível em fase recursal de Ação de Improbidade Administrativa. **Jusbrasil.com.br**. 19 abr. 2021. Disponível em: <<https://schiefleradvocacia.jusbrasil.com.br/noticias/1182393900/stj-confirma-a-possibilidade-de-homologacao-de-acordo-de-nao-persecucao-civil-em-fase-recursal-de-acao-de-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

68 RODRIGUES, Lucas Cherem de Camargo; RUGGERI, Julia Duprat. STJ autoriza a celebração de acordo de não persecução civil em fase recursal. **Migalhas**. Migalhas de peso. 10 mar. 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/341466/stj-autoriza-a-celebracao-de-acordo-de-nao-persecucao-civil>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

16 da Lei nº 12.846/2013. Quanto à aplicação do ANPC, este deve ser celebrado no exercício de atividade de apuração de condutas lesivas ao patrimônio público ou social, à probidade ou aos bens jurídicos metaindividuais.

Em vista disso, o objetivo central do ANPC é evitar a mobilização ou, caso proposta, reduzir a morosidade da ação civil pública ajuizada por ato de improbidade. Deste modo, o acordo está ligado à autocomposição, representando um novo passo do direito administrativo sancionador, enredado na consensualidade da Administração Pública e na mitigação dos conflitos destinada à resolução e efetividade do direito na realização do interesse público.

De um modo geral, o ANPC atenua a sanção administrativa para prevenir, reprimir e dissuadir atos de improbidade. Além disso, assegura o ressarcimento de danos e a cessação da prática do ato de improbidade pelo celebrante, abrangendo qualquer categoria de improbidade administrativa. Além disso, não admite concessão de benefícios consistentes na redução de valores a título de ressarcimento por danos materiais causados ao Estado.

As próprias instituições e órgãos públicos têm regulamentado a sua aplicação, a fim de proporcionar equilíbrio e proporcionalidade na utilização do ANPC. Consequentemente, a garantia da razoabilidade e a observância dos regulamentos tende a propiciar segurança jurídica e fomentar resultados satisfatórios em prol da administração pública consensual.

Embora a redação originária do art. 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa vedasse a realização de transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa, apenas com a promulgação das Leis nº 9.099/1995, nº 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas), nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) e nº 13.140/2015 (que operacionalizou a conciliação no Brasil), é que a regulamentação específica sobre soluções alternativas de conflitos, como o ANPC, passou a integrar definitivamente o ordenamento jurídico.

Em 2017, foi editada a Resolução nº 179 do CNMP, que autorizou os membros do Ministério Público a celebrarem termos de ajustamento de conduta nas ações de improbidade administrativa e, em 2018, houve a inclusão dos arts. 26 e 27 da LINDB pela Lei nº 13.655. Com o Pacote Anticrime, corou-se o instituto e, a partir deste momento, a doutrina passou a entender pela autorização de celebração de acordos nas ações de improbidade administrativa.

Com o intuito de permitir a ampla celebração do acordo de não persecução cível, nas ações civis públicas ajuizadas por ato de improbidade administrativa, o legislador editou a Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), que alterou o teor do art. 17 da Lei nº 8.429/1992, passando a aceitá-lo expressamente não apenas na fase extrajudicial, como por exemplo, no inquérito civil, administrativo e penal, mas também na fase judicial da ação de improbidade.

Com a nova sistemática trazida pela Lei nº 13.964/2017 à Lei nº 8.492/1992 em fase recursal, a questão principal analisada por este trabalho, trata-se da possibilidade de celebração do ANPC, em fase recursal, no âmbito da ação de improbidade administrativa.

Isso se deve ao fato de que, embora por um lado existam ganhos do ponto de vista da segurança jurídica, de eficiência dos resultados e de razoabilidade, este instrumento da administração pública consensual pode resultar em violação ao interesse público. Há risco de impunidade cível àqueles já condenados e que, ainda assim, poderão se valer da avença para se subtrair ao plexo de sancionamentos prévia e genericamente adotados pela lei e a que já estariam obrigados por norma jurídica individualizada, isto é, por meio de sentença condenatória.

Não há uma conclusão cerrada sobre o tema. Enquanto uma linha argumentativa disserta que o § 10-A do art. 17 da LIA limita o momento de celebração do ANPC até a contestação, inadmitindo-se a celebração em momento posterior; outra compreensão acredita que a solução consensual é permitida também em grau de recurso ou no cumprimento de sentença, mesmo após a condenação por ato de improbidade, tendo como único limite o trânsito em julgado da ação de improbidade administrativa.

No campo prático, o MPF chancelou a possibilidade de celebração dos acordos de não persecução cíveis em segunda instância, com pessoas físicas ou jurídicas, pela prática de atos de improbidade administrativa constantes das Leis nº 8.429/1992 e nº 12.846/2013. O mesmo ocorreu nos Estados, em que os Ministérios Públicos Estaduais – MPEs passaram a aprovar Notas Técnicas que disciplinaram o instituto. Alguns MPEs defendendo sua aplicação até a contestação e outros estendendo para outros momentos preclusivos. Em razão da ausência de regulamentação específica sobre o tema o CNMP estatuiu a matéria uniformemente entre os órgãos ministeriais, de modo que disciplinou regras gerais a serem complementadas pelos diversos Ministérios Públicos Estaduais e da União.

Por fim, coube ao STJ se debruçar sobre o tema. Assim, a Corte firmou o precedente, em sede de recurso repetitivo, de que é cabível o ANPC no âmbito da ação de improbidade administrativa em fase recursal, sob quatro argumentos, quais sejam, (i) a preservação do princípio da legalidade, (ii) a obediência à lógica do razoável, (iii) a existência de regulamentação suficiente ao alcance dos legitimados e (iv) a hígidez das sanções aplicadas, a despeito da atenuação das consequências jurídicas da infração.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Landolfo. Acordo de não persecução cível: primeiras reflexões. **GEN Jurídico**. 05 mar. 2020. Disponível em: <[genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-nao-persecucao-civel](http://genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-nao-persecucao-civel)>. Acesso em: 19 ago. 2021.

ARAÚJO, Raul Lustosa Bittencourt de. **Acordo de não persecução na Justiça Eleitoral: peculiaridades da aplicação no âmbito criminal e perspectivas para implementação na seara cível**. Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Ceará. Curso de Direito. Fortaleza, 2020.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Lei de Improbidade Administrativa, Artigo 17, § 1º: 25 Anos Depois, Ele Ainda se Justifica? **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, nº 66, out./dez. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. **Lei de Improbidade Administrativa**, Brasília, DF, 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm)>. Acesso em: 31 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acordo no Agravo em REsp 1314581/SP. Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, Brasília, **Diário da Justiça Eletrônico**, julgamento em: 23/02/2021, publicado em: 01/03/2021.

CANADAS, Luciana Vanderlinde. **O acordo de não persecução cível como possibilidade de autocomposição em matéria de improbidade administrativa à luz da Lei 13.964/19 – Lei Anticrime**. Monografia (Graduação) – Universidade do Sul de Santa Catarina. Curso de Direito. Palhoça, 2020.

CASTRO, Renato de Lima. Acordo de não persecução cível na lei de improbidade administrativa, p. 252-281. **Pacote anticrime**: Volume I. Eduardo Cambi, Danni Sales Silva, Fernanda Marinela (orgs.). Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2020. 391 p., v. 1. Disponível em: <[https://escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/Image/publicacoes/Livro\\_Pacote-Anticrime\\_Volume1.pdf](https://escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/Image/publicacoes/Livro_Pacote-Anticrime_Volume1.pdf)>. Acesso em: 19 ago. 2021.

DE SÁ, Acácia Regina Soares. O acordo de não-persecução civil na ação de improbidade administrativa. **Portal TJDF**, 2020. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2020/o-acordo-de-nao-persecucao-civil-na-acao-de-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

DE SÁ, Acácia Regina Soares. O acordo de não persecução civil nas ações civis públicas por improbidade em curso. **Consultor Jurídico**. 01 fev. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-fev-01/acacia-sa-acordo-nao-persecucao-civil-improbidade>>. Acesso em: 18 ago. 2021.

EMERJ. Desafios do Acordo de Não Persecução Cível em Improbidade Administrativa: tema debatido em webinar. **ASCOM Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**. 20 ago. 2020. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ND5jl-opakQ>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

FERNANDES, Flávio Sátiro. Improbidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Fundação Getúlio Vargas – FGV, Rio de Janeiro, 210, p. 171-181, out./dez. 1997.

FERRAZ, Luciano. Acordos de não persecução na improbidade administrativa – o início, o fim e o meio. **Consultor Jurídico**. 09 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-09/interesse-publico-acordos-nao-persecucao-civil-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 18 ago. 2021.

FERREIRA, Flávia Elaine Remiro Goulart. O Acordo de Não Persecução Cível na Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa. **Portal Cláudia Seixas Sociedade de Advogados**. Disponível em: <<https://claudiaseixas.adv.br/o-acordo-de-nao-persecucao-civil-na-acao-civil-publica-por-ato-de-improbidade-administrativa/>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. Acordo de não persecução cível ainda deve ocupar a pauta do STJ. **JOTA**. 23 mar. 2021. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acordo-nao-persecucao-civil-stj-23032021>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

IWAKURA, Cristiane Rodrigues. Acordos de não persecução civil e a Lei de Improbidade Administrativa. Legitimidade necessária dos órgãos da Administração Pública. **Informativo CPJM – Centro de Pesquisa em Crimes Empresariais e Compliance**. 25 ago. 2020. Disponível em: <<http://www.cpbm.uerj.br/wp-content/uploads/2021/01/Acordos-de-nao-persecucao-civil-e-a-Lei-de-Improbidade-Administrativa.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2021.

JUSBRASIL. STJ confirma a possibilidade de homologação de Acordo de Não Persecução Cível em fase recursal de Ação de Improbidade Administrativa. **Jusbrasil.com.br**. 19 abr. 2021. Disponível em: <<https://schiefleadvocacia.jusbrasil.com.br/noticias/1182393900/stj-confirma-a-possibilidade-de-homologacao-de-acordo-de-nao-persecucao-civil-em-fase-recursal-de-acao-de-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**, 2ª ed. São Paulo: RT, 2003.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. **Orientações nº 1-22 do Centro de Apoio Operacional à Promotorias de Proteção à Moralidade Administrativa**. MPBA.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Nota Técnica nº 02/2020 – PGJ – CAOPP**. MPSP, p. 1-60, 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ. **Nota Técnica nº 001/2020 – Acordo de Não Persecução Cível**. Centro de Apoio Operacional da Defesa do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa – CAODPP. 61 p., 04 fev. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ. Acordo de não persecução civil beneficia instituições de defesa das crianças. **Portal do MPPA**. 30 jul. 2020. Disponível em: <<https://www2.mppa.mp.br/noticias/acordo-de-nao-persecucao-civil-beneficia-instituicoes-de-defesa-das-criancas.htm>>. Acesso em: 19 ago. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. TJRS afirma que propositura de acordo de não persecução cível em ação civil de improbidade administrativa é de iniciativa exclusiva do MP. **Portal MPRS**. 07 jan. 2021. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/noticias/52369/>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Orientação nº 10/2020**. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal – Combate à Corrupção. 20 p., 09 nov. 2020.

NÓBREGA, Theresa; MALTA, Anna Dolores Barros de Sá. O novo acordo de não Persecução Cível e sua aplicabilidade para o 3º Setor. **Revista Brasileira de Pesquisa Jurídica**, Avaré, v.2, n.1, p. 55-84, jan./abr. 2021. Disponível em: <[doi: 10.51284/rbj.02.tnam](https://doi.org/10.51284/rbj.02.tnam)>. Acesso em: 18 ago. 2021.

PAULA, Ana Paula Guimarães de; FARIA, Luísa Campos. Acordos de não persecução cível: desafios e perspectivas. **Revista da Defensoria Pública da União**, Brasília, CF, n. 14, p. 75-93, ju./dez. 2020. Disponível em: <<https://revistadadpu.dpu.def.br/article/view/382>>. Acesso em: 18 ago. 2021.

PEREIRA, Rafael. Parâmetros para aplicação do acordo de não persecução cível criado pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019), p. 211-235. **Pacote anticrime**: Volume I. Eduardo Cambi, Danni Sales Silva, Fernanda Marinela (orgs.). Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2020. 391 p., v. 1. Disponível em: <[https://escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/Image/publicacoes/Livro\\_Pacote-Anticrime\\_Volume1.pdf](https://escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/Image/publicacoes/Livro_Pacote-Anticrime_Volume1.pdf)>. Acesso em: 19 ago. 2021.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. Reflexões sobre o acordo de não persecução penal. **Boletim do Ministério Público do Estado de Goiás – MPMGO**, p. 1-9. 09 fev. 2020. Disponível em: <<http://www.mpmgo.mp.br/boletimdompmgo/2020/02-fev/artigos/artigo-FabianaLemes.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2021.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O Consenso em Matéria de Improbidade Administrativa: Limites e Controvérsias em torno do Acordo de não Persecução Cível Introduzido na Lei nº 8429/1992 pela Lei nº 13.964/2019. **Revista Interdisciplinar de Direito**, Centro Universitário de Valença – UniFAA, Valença, v. 18, n. 1, p. 145-162, jan./jun.2020. DOI: 10.24859/fdv.2020.1.007. Disponível em: <<http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/845>>. Acesso em: 19 ago. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Correição Parcial nº 0079027-27.2020.8.21.7000. Acórdão. Primeira Câmara Cível. Rel. Des. Carlos Roberto Lofego Canibal. Porto Alegre, **Diário da Justiça Eletrônico**, julgamento em: 16/12/2020, publicado em: 20/01/2021.

RODRIGUES, Lucas Cherem de Camargo; RUGGERI, Julia Duprat. STJ autoriza a celebração de acordo de não persecução civil em fase recursal. **Migalhas**. Migalhas de peso. 10 mar. 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/341466/stj-autoriza-a-celebracao-de-acordo-de-nao-persecucao-civil>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

SOUZA, Flávia Baracho Lotti Campos de; FREITAS, Sérgio Henriques Zandoná. Os acordos nas ações de improbidade administrativa. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, e-ISSN: 2525-9679, Evento Virtual, v. 6, n. 1, p. 55-76, jan./jun. 2020. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/revistasolucoesconflitos/article/view/6406>>. Acesso em: 18 ago. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS. Juíza homologa primeiro acordo de não persecução civil envolvendo acusado de improbidade administrativa em Peixe. **Portal do TJTO**. 04 mar. 2021. Disponível em: <[www.tjto.jus.br/index.php/noticias/7524-juiza-homologa-primeiro-acordo-de-nao-persecucao-civil-envolvendo-acusado-de-improbidade-administrativa-em-peixe](http://www.tjto.jus.br/index.php/noticias/7524-juiza-homologa-primeiro-acordo-de-nao-persecucao-civil-envolvendo-acusado-de-improbidade-administrativa-em-peixe)>. Acesso em: 20 ago. 2021.

VITAL, Daniel. STJ homologa acordo de não persecução em caso de improbidade em fase recursal. **Consultor Jurídico**. 02 mar. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mar-02/stj-homologa-acordo-nao-persecucao-improbidade>>. Acesso em: 18 ago. 2021.

## CONFRONTING FRAUD IN THE RACIAL QUOTAS SYSTEM OF BRAZILIAN PUBLIC UNIVERSITIES

### ENFRENTAMENTO ÀS FRAUDES NO SISTEMA DE COTAS RACIAIS DAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS BRASILEIRAS

Gabriel de Souza Silva<sup>1</sup>  
gabriel\_desouza97@hotmail.com

Recebido/Received: 22.10.2021/ October 22th, 2021.  
Aprovado/Approved: 17.01.2022/ January 17th, 2022.

#### RESUMO

No presente artigo se discutem medidas administrativas no combate às fraudes no sistema de cotas raciais nas Universidades Públicas do Brasil. Por meio de análise bibliográfica e documental, apresenta a construção social do conceito de raça, bem como o de ações afirmativas e seus precedentes históricos. Busca ainda apontar os atuais desafios da implementação deste sistema nas Universidades, ao passo que averigua os métodos de identificação utilizados por estas instituições. Por fim, indica procedimentos de controle às fraudes no âmbito do Direito administrativo contemporâneo, que contemplam, de forma ampla, os entes de ensino superior públicos brasileiros ao salientar a importância de instrumentos eficazes no combate às fraudes como forma de enfrentamento a desigualdades sócio-racializadas.

**Palavras-chave:** ações afirmativas; fraudes; sistemas de identificação racial, procedimentos de controle.

#### ABSTRACT

*This article discusses administrative measures to confront frauds on racial quota system in Brazilian public universities. Through bibliographic and documentary methodology, it presents the social construction of the concept of race, historical precedents of affirmative actions and their concept. It also seeks to point out the current challenges of implementing this system in Universities, questioning the identification methods used by these entities. Finally, it presents fraud control procedures within the scope of contemporary administrative law, which broadly contemplate Brazilian public higher education entities, stressing the importance of effective instruments in combating fraud as a way of tackling socio-racialized inequalities.*

**Keywords:** affirmative actions; frauds; racial identification systems, control procedures.

#### SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO; 2. PRECEDENTES HISTÓRICOS; 3. AÇÕES AFIRMATIVAS: CONTEXTO E CONCEITO; 3.1. IMPLEMENTAÇÃO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS SOB CRITÉRIO RACIAL EM UNIVERSIDADES PÚBLICAS BRASILEIRAS; 3.2. OS DESAFIOS DO SISTEMA DE COTAS; 4. SISTEMAS DE IDENTIFICAÇÃO PARA COTAS; 4.1. AUTODECLARAÇÃO;

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Estadual da Santa Cruz (UESC).

4.2. HETEROIDENTIFICAÇÃO; 5. PROCEDIMENTOS DE CONTROLE ÀS FRAUDES NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO; 5.1. EDITAL INFORMATIVO; 5.2. MOTIVAÇÃO NAS DECISÕES DA BANCA EXAMINADORA; 4.3 CONTROLE SOCIAL; 4.4 MEIOS DE DENÚNCIA; 6. PROCESSUALIZAÇÃO DAS FRAUDES; 6.1. ÂMBITO ADMINISTRATIVO; 6.2. ÂMBITO JUDICIAL; 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

## 1. INTRODUÇÃO

As ações afirmativas voltadas ao acesso à educação pública superior, sob o critério racial, foram uma grande conquista do povo brasileiro, fruto de uma longa luta de movimentos sociais e entidades nacionais. Esta, que foi implementada por meio de um sistema de reserva de vagas, já vem sendo aplicada em nível nacional desde 2012 após decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186. Porém, mesmo após nove anos, continua sendo um assunto bastante popular: diariamente há debates sobre quem é contra ou a favor, suas implicações históricas e muito mais.

É recorrente nos noticiários e principalmente em redes sociais, notícias referentes a fraudes ocorridas no processo de seleção para ingresso em universidades públicas por meio das cotas raciais. De acordo com informações obtidas pelo Jornal Folha de São Paulo (MOREIRA, 2020), a partir de dados de 26 (das 69) universidades federais do Brasil, cerca de 729 processos administrativos foram instaurados desde 2017, nenhum no âmbito judicial; Frei Davi, representante da ONG Educafro, em entrevista à BBC, questiona “Quantos estudantes negros tiveram o direito de estudar tolhido por culpa desses fraudadores?” (MORÍ, 2020). Destacamos que, na grande maioria dos casos apontados pelos grandes meios de comunicação, a maior punição é a expulsão dos alunos, o que também só é sabido caso as universidades forneçam tais dados.

Essa obscuridade é muito prejudicial. Primeiro porque a sociedade e os próprios órgãos públicos de controle não possuem formas de acesso aos procedimentos adotados pela instituição, nem sobre a eficácia da política pública. Além disso, os alunos negros que não tiveram a chance de entrar em uma universidade pública continuam sem nela ingressar, não se alcançando o propósito normativo das ações afirmativas, que é justamente o acesso de tais indivíduos ao ensino superior. Por fim, a própria universidade é desfalcada com a expulsão dos fraudadores.

Muito pouco se sabe sobre os métodos de enfrentamento a tais fraudes, pois os critérios utilizados pelas instituições não são públicos e são de sua livre escolha. Assim, o objetivo do presente trabalho é apresentar dispositivos disponíveis no âmbito administrativo para o enfrentamento às fraudes raciais, bem como apontar possíveis ações a serem adotadas pelas universidades e frisar a importância de instrumentos eficazes como forma de combate ao racismo. Para tanto, a metodologia utilizada foi a bibliográfica e documental, que, de cunho explicativo e propositivo, analisa livros, artigos científicos, periódicos e acórdãos relativos ao tema, debatido pela doutrina e Tribunais superiores em sede de julgamento, além de dispositivos legais pertinentes.

Na primeira seção abordamos aspectos históricos que se relacionam às origens do racismo sistêmico desde o período colonial brasileiro; na seção seguinte apresentamos como surgem as ações afirmativas, conceito e seu desenvolvimento no cenário jurídico brasileiro. Posteriormente, na terceira seção, discutimos o atual sistema legal doutrinário e administrativo de implementação das cotas nas universidades públicas brasileiras, bem como seus desafios. Na quarta, versamos sobre sistemas de identificação raciais utilizados pelas instituições de ensino superior brasileiras, e, na quinta e última, propomos cabimento e fundamentação legal de procedimentos administrativos de combate às fraudes, dentre os quais, a reformulação dos editais, instituição de heteroidentificação em complemento à autoidentificação, aplicação dos princípios administrativos nas decisões das universidades e ampliação do controle social sobre as cotas raciais.

## 2. PRECEDENTES HISTÓRICOS

Mesmo sendo a segunda maior população negra do mundo, o Brasil construiu ao longo de sua história um cenário de extrema desigualdade entre os grupos étnico-raciais negro, indígena e branco; colonizador e colonizado/escravizado.

Os efeitos de anos de escravidão de cunho racial ainda existem e impactam diretamente pessoas negras, e, segundo reflexões de Boaventura de Sousa Santos (2007), a realidade em que vivemos é tão verdadeira como era no período colonial; de fato, se considerarmos que até hoje pessoas negras possuem os índices de qualidade de vida mais baixos, tal realidade reflete-se também no acesso e a permanência de negros no sistema educacional.

O racismo passou a ser escondido sob a ideia de classe, uma lógica conveniente para os beneficiados por ela. Nessa perspectiva, Vieira (2007, p.79) tece considerações sobre aquilo que denomina “desigualdades raciais”:

Mencionar combate às desigualdades raciais significa, antes de tudo, desconstruir o longo caminho que moldou o imaginário social de que os problemas que envolvem raça deveriam ser percebidos como uma questão de “segunda categoria” posto que se referiam a uma dimensão não-institucionalizada, restrita apenas ao plano subjetivo do preconceito; não havendo, de acordo com este raciocínio, uma questão social ou estrutural que associasse raça às condições objetivas de vida.

Esta é uma construção que vem sendo feita do período colonial até hoje sistematicamente, que se desenvolveu de tal forma que aparentasse natural, e tem sido bastante eficaz.

Nesta esteira, Aníbal Quijano (2005, p.117) traz uma interessante abordagem:

A globalização em curso é, em primeiro lugar, a culminação de um processo que começou com a constituição da América e do capitalismo colonial/moderno e eurocentrado como um novo padrão de poder mundial. Um dos eixos fundamentais desse padrão de poder é a

classificação social da população mundial de acordo com a idéia de raça, uma construção mental que expressa a experiência básica da dominação colonial e que desde então permeia as dimensões mais importantes do poder mundial, incluindo sua racionalidade específica, o eurocentrismo.

A construção do racismo no sistema capitalista/colonial na América se deu para fins de dominação e exploração do trabalho, não se tendo registros anteriores a esse período do conceito de raça nos moldes atualmente conhecidos, ainda conforme Quijano (2005). A mão de obra negra foi subitamente substituída pela dos imigrantes europeus assalariados, ao passo que os brasileiros de origem africana ficaram sem meios para obtenção de renda a suprir necessidades básicas, tornando-se indivíduos à margem da sociedade.

Quijano (2005) afirma que a ascensão de relações assalariadas fez com que essas formas de controle se rearticulassem para dar conta das novas demandas: cada tipo de trabalho se articulou com uma determinada raça, e o controle de um trabalho específico tornou-se o controle de um determinado grupo, advindo daí a estruturação de uma identidade vinculada a valores socialmente negativos, estimulado pela discriminação e preconceito racial, construindo uma crença na inferioridade do povo negro, e impossibilitando o acesso destes a educação, emprego, direitos, oportunidades de ascensão social

O movimento negro teve uma grande influência na contestação da condição de vida da população negra brasileira, com destaque para Abdias Nascimento que – após sua posse em 1983 no Congresso – foi responsável, no âmbito político-formal, pela denúncia e combate ao racismo estrutural no Brasil (SANTANA, 2015). À época deputado federal pelo Rio de Janeiro, foi autor de diversos projetos de combate ao racismo, dentre eles destaca-se o Projeto de Lei 1.332/83, que tinha por finalidade a implementação de “ação compensatória”, visando a isonomia entre negros e demais seguimentos étnicos brasileiros. Mesmo tendo utilizado o termo “compensatório”, a proposição de Abdias Nascimento já possuía, em sua gênese, objetivos muito semelhantes ao que hoje se conhece por ações afirmativas.

### 3. **AÇÕES AFIRMATIVAS: CONTEXTO E CONCEITO**

Segundo o jurista Joaquim Barbosa Gomes (2001), as ações afirmativas são produto da consolidação do Estado Social de Direito, cuja implementação se inicia na década de 1960, vindo de encontro às experiências revolucionárias pioneiras dos Estados Unidos e França, criadoras do conceito estático de igualdade perante a lei. Esta perspectiva de igualdade começou a ser questionada quando notou-se que sozinha não era capaz de ser acessível aos socialmente desfavorecidos; surge assim a igualdade substancial ou material, calcada na consideração do indivíduo não mais de forma abstrata, mas segundo suas particularidades, como gênero ou raça.

Ainda em conformidade com o mesmo autor, esses indivíduos desfavorecidos socialmente serão alvos de discriminações positivas, tendo por vertente o termo

“ações afirmativas”, uma atuação positiva do Estado. Essa nova perspectiva resultou no surgimento de políticas públicas para grupos socialmente marginalizados em diversos ordenamentos jurídicos, na esfera do Direito Internacional e até mesmos nacionais (GOMES, 2011). O Brasil é um exemplo disso, visto que desde a entrada em vigor da Carta Magna de 1988, em seu art. 37, inciso VIII, já se previa a reserva de vagas para pessoas com deficiências físicas na administração pública.

De forma bastante ampla, as ações afirmativas são ferramentas, públicas ou privadas, que buscam ofertar oportunidades, tratamento e condições objetivas de participação social de grupos cujas características pessoais são utilizadas para negar-lhes um tratamento igualitário. Como exemplo podemos citar o mercado de trabalho e a educação.

São políticas essencialmente específicas e não de carácter universal, que tem por fundamento principal a ideia de igualdade *material*, a qual seria tratar desigualmente os “desiguais” na medida de sua desigualdade, o que Flávia Piovesan chama de direito à diferença (BRASIL, 2012, p.110). Logo, esta é uma forma de garantir a pessoas em situações de desvantagem os meios de concorrerem de forma minimamente justa com indivíduos socialmente não afetados por determinado aspecto. De acordo com Gomes (2001, p.135), ações afirmativas são:

[...] um conjunto de políticas públicas e privadas de carácter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego.

Diversas ações afirmativas já foram adotadas pelo Direito brasileiro, seja no que se refere às pessoas com deficiência, seja para o acesso ao mercado de trabalho por mulheres. No que concerne à população negra, conforme Andréa Vieira (2007), há registros de que na década de 1960 diversos setores do movimento negro brasileiro já discutiam esta alternativa, porém, tal possibilidade passou a ganhar visibilidade pública e governamental em meados dos anos 1990, em especial depois do reconhecimento oficial da prática discriminatória no Brasil, além da articulação de um movimento transnacional em direção a políticas identitárias.

### 3.1. IMPLEMENTAÇÃO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS SOB CRITÉRIO RACIAL EM UNIVERSIDADES PÚBLICAS BRASILEIRAS

O primeiro projeto nacional com este foco surgiu em 1999, chamado de Geração XXI. Surgiu como fruto de uma aliança entre três instituições de natureza não-governamental, a Fundação BankBoston, o Geledés – Instituto da Mulher Negra e a Fundação Cultural Palmares, estando, assim limitado territorial e monetariamente. Os selecionados teriam seus estudos custeados e acompanhados da 8ª série do ensino fundamental até o fim de uma possível graduação.

Em 2004, então, a Universidade de Brasília (UnB) foi a primeira universidade brasileira a implementar uma política de ações afirmativas sob o critério étnico-racial, com reserva de 20% para negros no acesso às vagas oferecidas pela instituição.

Salientamos aqui que o racismo no Brasil é tão forte que foi ajuizada uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) – registrada sob o número 186/DF – contra esta medida, pelo Partido Democratas (DEM). A ação de que lançaram mão tem como finalidade o combate e reparação de atos desrespeitosos contra os preceitos fundamentais da Constituição. Tendo por relator o ministro Ricardo Lewandowski, contou com a participação de diversos entes como atores processuais, a exemplo da Advocacia Geral da União (AGU) e a Procuradoria Geral da República (PGR) e vários outros, principalmente como *amicus curiae*, *donde iniciou-se uma batalha judicial em torno das cotas raciais*.

*Os principais argumentos utilizados pelo partido DEM eram que o sistema de cotas implementado na UnB poderia agravar o preconceito racial, uma vez que instituiria a consciência estatal da raça, promovendo ofensa arbitrária ao princípio da igualdade, gerando discriminação reversa em relação aos brancos pobres, além do favorecimento da classe média negra. A petição inicial entregue pelo partido trouxe ainda argumentos com pareceres de geneticistas e antropólogos no intuito de provar a inexistência de um delimitador genético de raça, pois a conjuntura brasileira seria caracterizada por sua miscigenação. Não obstante, em decisão unânime, o Supremo Tribunal Federal (STF) negou a procedência da ação, julgando que seria cabível sim a instituição de reserva de vagas sob critério racial, afirmando a adequação das ações afirmativas ao princípio da igualdade, além de reconhecer a existência de um déficit de oportunidades em relação à pessoa negra que precisa ser corrigido, validando a utilização de critérios diferenciados na garantia ao direito à educação.*

*Depois deste marco muitas universidades brasileiras passaram a aplicar métodos parecidos, seguindo suas próprias políticas e regulamentos. Até que, como fruto do relatório final da ADPF 186, foi aprovada a Lei nº 12.711 em agosto de 2012, por meio da qual as instituições de ensino superior federais deveriam destinar pelo menos metade de suas vagas nos processos seletivos para estudantes oriundos de escolas públicas, e nesta distribuição deveriam levar em conta critérios raciais e sociais. Lei esta também aplicável às instituições estaduais que se utilizem do Sistema de Seleção Unificado (SISU). Além desta legislação, diversos estados editaram atos normativos semelhantes, no sentido de adoção do sistema de reserva de vagas.*

A Lei n. 12.711/2012 garante ao menos 50% das vagas nas universidades federais e nos institutos federais de educação para alunos que fizeram o ensino médio em escolas públicas municipais, federais ou estaduais. Destes 50% reservados para estudantes de escolas públicas, deve haver uma divisão a partir de critérios raciais e socioeconômicos. Delimita que as vagas deverão ser preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção

respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Os resultados da implementação do sistema de cotas sob critério racial são muito positivos, principalmente quando se aborda o acesso de pessoas negras ao ensino superior. Conforme pesquisa de 2020 divulgada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), com dados obtido entre 2009 e 2015, pessoas negras passaram a representar 44% dos estudantes de Instituições de Ensino Superior, um crescimento de 25%; na graduação pública esse número chegou a 45,1% (SILVA, T., 2020).

Apesar dos resultados positivos, a possibilidade de fraudes no certame realizado pelas universidades na implementação das cotas raciais é uma realidade, questão que motivou este trabalho, e que já vem sendo discutida desde a ADPF 186.

### 3.2. OS DESAFIOS DO SISTEMA DE COTAS

Um dos principais desafios apresentados no sistema de cotas raciais nas universidades são as fraudes, que acontecem quando um indivíduo branco, socialmente percebido como tal, gozando dos privilégios que a cor da sua pele lhe dá em uma sociedade racialmente hierarquizada, declara-se negro em certame para ingresso no ensino público superior com o intuito de obter para si certo benefício.

Mesmo que essencial à questão, a ADPF 186 não tratou de forma aprofundada sobre como seriam avaliados os beneficiários desta política, muito menos como seria feito o controle no sentido de evitar possíveis fraudes. O mais próximo que se chegou desta discussão foi quando o relator, Ministro Ricardo Lewandowski, citou obra de Daniela Ikawa a qual, segundo Edson Vitorelli (2017), apresenta apenas exemplos de possíveis formas de controle:

A identificação deve ocorrer primariamente pelo próprio indivíduo, no intuito de evitar identificações externas voltadas à discriminação negativa e de fortalecer o reconhecimento da diferença. Contudo, tendo em vista o grau mediano de mestiçagem (por fenótipo) e as incertezas por ela geradas — há [...] um grau de consistência entre autoidentificação e identificação por terceiros no patamar de 79% —, essa identificação não precisa ser feita exclusivamente pelo próprio indivíduo. Para se coibir possíveis fraudes na identificação no que se refere à obtenção de benefícios e no intuito de delinear o direito à redistribuição da forma mais estreita possível [...], alguns mecanismos adicionais podem ser utilizados como: (1) a elaboração de formulários com múltiplas questões sobre a raça (para se averiguar a coerência da autotranscrição); (2) o requerimento de declarações assinadas; (3) o uso de entrevistas [...]; (4) a exigência de fotos; e (5) a formação de comitês posteriores à autoidentificação pelo candidato. (VITORELLI, 2017, p.100)

Isto posto, como se trata de uma política pública, é necessário determinar o seu público-alvo e verificar se o sujeito está sendo percebido socialmente como destinatário dela. E essa função cabe as instituições de ensino superior, conforme

demarca a Promotora de Justiça do Ministério Público da Bahia, Livia Vaz, em sede da Audiência Pública “Fraudes nos sistemas de cotas e mecanismos de fiscalização – O papel do Ministério” realizada pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) (2015), ao afirmar que a administração pública tem o poder e o dever fiscalizatório, e não pode se omitir desse papel.

Deve-se lembrar sempre que a responsabilidade das universidades na implementação e gestão das ações afirmativas sob critério racial, mais que uma reivindicação, é uma exigência feita pelo Sistema Nacional de Avaliação do Ensino Superior (SINAES), criado pela Lei nº 10.861/2004, que em seu Eixo 2, Item 2.4, afirma avaliar, entre outros aspectos, a coerência entre o Plano de Desenvolvimento Institucional (PDI) e as ações afirmativas de defesa e promoção dos direitos humanos e igualdade étnico-racial.

Conforme Rios (2018), existem 4 formas de identidade racial: documental, privada, pública e social. Hoje, basicamente, duas dessas têm prevalecido no campo das universidades públicas brasileiras, quais sejam a privada (autodeclaração) e a social (heteroidentificação).

Dos dois sistemas de identificação utilizados na implementação das cotas pelas universidades, que passaremos a analisar, o primeiro sozinho é muito subjetivo, o segundo, por outro lado, vem se mostrando bastante incongruente quanto a seus métodos, visto que não são expostos nem consistentes.

## 4. SISTEMAS DE IDENTIFICAÇÃO PARA COTAS

Os sistemas de identificação para cotas são as formas pelas quais as instituições de ensino implementaram a política pública com foco na promoção da igualdade racial, buscando assim garantir que ela alcance seu público-alvo. Hoje, duas formas de identificação prevalecem, a primeira seria a autodeclaração, onde um indivíduo afirma perante a instituição ser negro; o segundo seria quando, além da autoidentificação feita pelo candidato à vaga, utiliza-se da percepção social de outros, que não a própria pessoa, para promover a identificação racial.

### 4.1. AUTODECLARAÇÃO

De acordo com autores como Cidinha da Silva (2003), a melhor forma de se fazer a seleção das pessoas aptas a serem beneficiadas por tais ações afirmativas seria a autodeclaração. Esta foi uma forma que movimento negro achou de unificar indivíduos negros como um todo, dando a estes o direito de se entenderem enquanto pertencentes à negritude e encontrarem-se enquanto indivíduos diversos, o que foi ratificado pelo Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12.288/10).

Ao analisarmos os artigos 3º e 5º da Lei 12.711/12, percebe-se que a autodeclaração também foi escolhida como método principal a ser usado pelas

instituições de ensino ao implementarem a reserva de vagas raciais, permitindo, no entanto, a aplicação de procedimentos posteriores a ela, visando a autonomia de cada universidade. Além disso, segundo Vitorelli (2017), em todos os países que adotaram políticas de ação afirmativa com base em critérios raciais, a raça considerada é aquela declarada pelo candidato.

Deve ser reconhecida a importância da autodeclaração, principalmente no que se relaciona ao seu aspecto político e social frente o racismo, porém, conforme a Promotora de Justiça Lívia Santana e Sant'Anna Vaz (2018), a autodeclaração não possui presunção absoluta de veracidade, além de não alcançar seu verdadeiro sentido nas relações sociorraciais quando desvinculada da heteroatribuição. Isso porque o racismo à brasileira atua de forma diferente: tem relação profunda com a aparência física do indivíduo. Por isso, mesmo que uma pessoa possua ascendentes negros, isso não a faz negra automaticamente. O Brasil encontra-se em uma situação singular, diferente de outros países com histórico escravocrata de cunho racial, como África do Sul e Estados Unidos, pois aqui nunca houve uma política segregacionista de forma oficial ou confrontos sob o critério de raça.

Nos casos estadunidense e sul-africano, segundo Jessé de Souza (2000), a legalização do racismo por meio de leis segregacionistas foi uma forma que as elites brancas destes países acharam para unir setores divergentes, criando um inimigo comum. O Brasil, por outro lado, já possuía uma elite branca unida, sendo então gestado o que Gilberto Freyre chama de "mito da democracia racial", justamente para conter possíveis revoltas da população negra, constantes no período colonial (SOUZA, 2000).

O mito da democracia racial nada mais é que uma ideologia social aparentemente inclusiva, calcada na ideia de uma sociedade em que todas as pessoas, independentemente de sua origem étnico-racial e da cor de suas peles, tenham ***direitos e oportunidades iguais***, consequência de ideias liberais aplicadas em uma sociedade ainda escravocrata. Seria incrível se fosse verdade, contudo um mito, em seu sentido essencial não passa de uma ilusão; inclusive,

[...] as formas de luta contra o racismo não podem desconhecer a eficácia do mito da democracia racial. Não apenas a eficácia da mentira perversamente mantida para fins de dominação, que é sem dúvida um de seus aspectos, quer haja ou não consciência de quem o pratica. Penso na eficácia de seu componente ambivalente, que permite pensar a interação e a assimilação cultural como algo desejável e como um valor, o que está longe de ser evidente no mundo em que vivemos, e não apenas nos países ditos pré-modernos e fundamentalistas. (SOUZA; J., 2000, p.20)

Por isso, ao tratar de ações afirmativas, a comparação com estas medidas aplicadas naqueles países é bem mais complexa. Nos EUA, por exemplo, não se tem o conceito de pardo ou mestiço, de modo que mesmo fenotipicamente branca uma pessoa pode se declarar negra.

No Brasil ocorre o que Oracy Nogueira (2006) chama de “preconceito de cor” ou “de marca”, ou seja, quando o racismo é exercido não por um princípio hereditário, e sim social, associado à aparência. Em razão disto, quanto mais características associadas a pessoas negras um indivíduo possui, mais racismo este sofre. Não é de se estranhar que seja comum entre os brasileiros o uso de diversos recursos para se autotransformar, inventando “cores” que se distanciam do modelo socialmente inferiorizado (negro), e assim surgem termos como “pardos” e “morenos”.

Realmente o grau de miscigenação no Brasil é muito alto e, a despeito disto, certos indivíduos continuam sendo discriminados pelo tom da pele: o paradoxo do racismo sem racistas, ou melhor, de fraudes sem fraudadores. Podemos extrair daí que o projeto de cotas raciais busca alcançar aquelas pessoas; muito mais que uma questão de reparação, esta ação afirmativa busca mitigar o racismo estrutural que ocupa diuturnamente a vida de milhões de cidadãos.

Mais um aspecto que precisamos dar relevo relaciona-se à possibilidade de uma pessoa socialmente branca se autoidentificar como negra apenas para a utilização de uma política pública direcionada a outro público-alvo, geracionalmente desfavorecido, com o intuito de obter para si certo benefício. Neste cenário, a autoidentificação é feita em condições onde o declarante, não pertencente ao público-alvo, busca ser beneficiado, podendo a respectiva declaração estar corrompida, uma possibilidade bastante palpável, principalmente no país do “jeitinho brasileiro”, ou do homem cordial, conforme define Sérgio Buarque de Holanda (1995) ao falar do modo de ser dos brasileiros. Importante assentar que “cordial” aqui não é utilizado em seu sentido mais conhecido; etimologicamente este vocábulo vem da palavra latina *cordis*, que significa “coração”. *Esse homem brasileiro cordial não refere-se ao sentido usual de alguém gentil, mas sim àquele que age pelas emoções no lugar da razão, que não consegue distinguir o público e o privado, renegando formalidades e pondo em segunda mão a ética e a civilidade, da forma como nota Ricardo Souza (2007).*

*Pelas razões acima explicadas, diferente de outros países com menores graus de corrupção e sentimento de exclusão social, no Brasil há uma maior dificuldade de atingir êxito nas ações afirmativas de critério racial apenas com a autodeclaração. Afinal, sem um filtro, conforme opina Vitorelli (2017), a aplicação da autoidentificação nas ações afirmativas sob critério racial é muito pouco eficaz e desvirtua sua própria razão de existir, que é alcançar indivíduos socialmente marginalizados pelo racismo.*

A autodeclaração sozinha não é o bastante para a implementação plena das ações afirmativas: primeiro porque as relações raciais brasileiras atuam de forma diversa, relacionada ao aspecto fenotípico das pessoas; segundo que indivíduos que não se enquadram no grupo destinatário da respectiva ação afirmativa podem, indiscriminadamente, valer-se dela para obtenção de vantagem própria, e, também, destacamos a impossibilidade de verificar se os indivíduos que a gozam estão sendo socialmente percebidos como destinatários da mesma.

Mesmo com tais problemáticas supracitadas, muitas universidades ainda utilizam-se apenas da autodeclaração, como é o caso da Universidade de Santa Cruz (UESC). Outras, como a própria UnB, no entanto, passaram a utilizar, além da autodeclaração, a chamada heteroidentificação.

Tal método, o qual acreditamos ser um complemento essencial à autodeclaração, surgiu justamente como uma forma de filtrar a autoidentificação, corroborando a manifestação do candidato com base na percepção social sobre a raça do sujeito pretendente à vaga.

#### 4.2. HETEROIDENTIFICAÇÃO

Na heteroidentificação, em âmbito administrativo, para fins de ação afirmativa racial, geralmente uma banca analisa o fenótipo dos candidatos que se autodeclararam negros. Como é uma liberalidade das universidades, existem diversos modelos de análises feitas pelas bancas, assim, algumas analisam fotografias dos candidatos, outras possuem entrevistas; ao fim e ao cabo, todas acabam por analisar a imagem dos pretendentes ingressantes.

Existem, todavia, aspectos a serem considerados que cabem a toda forma de heteroidentificação. A primeira questão é o poder fornecido às bancas examinadoras, afinal, elas acabam por deslegitimar a autodeclaração, o que muitos críticos deste método chamam de “Tribunal Racial”, onde alguém pode negar a autodeclaração de outrem. Sem olvido, voltamos à discussão da subseção anterior sobre os problemas da autodeclaração sem controle, em uma situação onde o indivíduo apropria-se de política pública da qual não é alvo, a fim de obter para si um benefício. Importante ressaltar também que a banca examinadora nada mais é que uma etapa *complementar* à autodeclaração.

Ao comentar sobre o enfrentamento das fraudes nas cotas raciais em universidades públicas, Georgina Nunes (2018) acredita que o desafio do enfrentamento ao problema recai sobre a desconstrução de discursos que, a exemplo do “racismo reverso” que dominou o discurso anti-cotas, agora origina o equivocado conceito de tribunal racial.

Outra crítica constante feita à heteroidentificação refere-se aos critérios utilizados e a motivação das decisões, que não são apresentados a público. Isso acaba criando casos emblemáticos, que põem em xeque a legitimidade das cotas e gera enorme insegurança jurídica para seus destinatários.

Isto porque, com efeito, existem muitos casos do que Cidinha da Silva (2003) chama de “negros de ocasião”, isto é, pessoas que se declaram negras com o intuito exclusivo de conseguir uma vaga, ou mesmo indivíduos que confundem o conceito de raça e se sentem discriminados por motivos diversos, como a pobreza ou orientação sexual, e até indivíduos que não acham justas as ações afirmativas e nelas se inscrevem como forma de revolta.

Entretanto, existem pessoas que realmente acreditam se enquadrarem nos indivíduos para quais as cotas raciais são direcionadas, aqueles que seriam classificados como não-brancos em países como os EUA, porém socialmente brancos no Brasil, bem como a situação de pessoas pardas que têm sua negritude negadas.

Indivíduos que, de boa-fé, declaram-se negros, não possuem critérios que os auxiliem no entendimento e análise de se enquadram-se ou não dentre aqueles os quais as ações afirmativas fundadas no critério racial se direcionam. E, em havendo sua autodeclaração negada, os métodos adotados pelas bancas das universidades não são publicizados. Diante desses questionamentos, passamos a analisar procedimentos na via administrativa de controle às fraudes no certame de cotas raciais, no intuito de implementar os sistemas de identificação.

## 5. PROCEDIMENTOS DE CONTROLE ÀS FRAUDES NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO

A primeira responsabilidade na prevenção e identificação de fraudes é da administração das instituições de ensino ao implementarem as cotas raciais, mediante a manutenção de adequados sistemas de controles internos. Mesmo que a tomada de tais cuidados não elimine a possibilidade de sua ocorrência, cada esforço despendido eficazmente nesta direção faz muita diferença, do mesmo modo como também faz cada omissão perpetrada.

### 5.1. EDITAL INFORMATIVO

Edson Vitorelli (2017), ao tratar do assunto, acredita que o primeiro passo para se ter um melhor filtro ao conferir as declarações feitas pelos candidatos seria com mudanças no edital. E, de fato, o que geralmente acontece é que as universidades apenas informam que as vagas reservadas são para pessoas pretas e pardas, mas, se a raça é objeto de vários estudos que tentam entendê-la e delimitá-la de alguma forma, muito mais complexo é para um cidadão leigo, fato que fere explicitamente o princípio administrativo da confiança. Por isso, é essencial que o edital forneça uma forma dos candidatos receberem um parâmetro como base.

A imputação de efeitos negativos a alguém que age de boa-fé repugna ao direito, de forma geral, mas, em especial, se a administração pública não forneceu ao interessado um parâmetro de conduta, constitui patente violação ao princípio da proteção da confiança reprovar essa pessoa por não se enquadrar ao que seria dela supostamente esperado. (VITORELLI, 2017, p.15).

Deve sempre ser lembrado que uma das vertentes do princípio da confiança ou da segurança jurídica, como delimita Di Pietro (2017), seriam as expectativas legítimas. Conforme Oliveira (2010, p.93 *apud* SANTOS; ROMÃO, 2016, p.286-7), a “noção de proteção da confiança legítima aparece como uma reação à utilização abusiva de normas jurídicas e de atos administrativos que surpreendam bruscamente os seus destinatários”.

A proposta apresentada por Vitorelli (2017), que mostra-se bastante útil, é de que os editais contenham fotos com diversos fenótipos pretos e pardos, que são os qualificados para tais ações afirmativas. O pretendente a ingressar utilizando-se das cotas deverá selecionar o perfil para qual afirma se identificar, ficando ciente que, caso não se aproxime dos fenótipos escolhidos pela universidade poderá ser eliminado pela banca examinadora.

Como hoje muitas universidades não possuem editais – afinal, o SISU é a forma de ingresso utilizada pela maioria das instituições de ensino superior público – ao ser feita a declaração na instituição o documento a ser assinado deve conter as fotos e o informe com as consequências jurídicas e administrativas que uma falsa declaração pode acarretar.

Ainda conforme Vitorelli (2017), a seleção das fotos utilizadas como parâmetro pelas universidades na declaração deve passar por uma avaliação social, submetendo-as à população local, a especialistas no assunto, a docentes e discentes, por meio de audiências públicas e reuniões. Isso aproximaria as pessoas da questão, além de considerar aspectos locais específicos no contexto de cada instituição.

Um dos pontos positivos desta medida é que ela limita a discricionariedade da comissão, com objetivo de evitar eliminações ou aprovações injustas, além de reduzir a possibilidade de recursos judiciais, muito comuns nos casos de eliminações, podendo a universidade provar que atuou com razoabilidade e nos limites da Lei.

Não se busca com isso definir padrões fenotípicos, longe disso; a comissão não seria limitada aos perfis selecionados, afinal, ao se tratar de raça não se pode definir padrões estáticos. Essencial, portanto, que a comissão possua seu grau de discricionariedade para resolver as especificidades de cada caso, partindo das fotografias como aporte. Tal proposta é muito positiva, vez que inclui a sociedade na discussão e controle e traz parâmetros minimamente determinados e públicos.

Além de um edital informativo, Vitorelli (2017) indica a necessidade de motivação no momento em que a vaga é negada, uma vez que a banca, ao fazer isso sem uma justificativa, vai de encontro aos princípios da administração pública, em específico o princípio da motivação.

## 5.2. MOTIVAÇÃO NAS DECISÕES DA BANCA EXAMINADORA

Como já demonstramos, a autodeclaração sozinha é insuficiente para a efetividade da política pública racial, por isso, de forma complementar a esse instrumento, se faz necessário aferir a percepção social sobre a raça do candidato. Aí é o lugar que se situa a heteroidentificação: representa um controle administrativo das fraudes, esta é justamente a função da banca examinadora. Sua decisão deve, entretanto, respeitar os princípios administrativos.

Nesse sentido, Di Pietro (2017) evidencia que a motivação é essencial em todos os atos administrativos, tanto nos atos vinculados, quanto nos discricionários, pois tal prática é uma garantia de legalidade, sendo a legalidade justamente o que possibilita, em todo momento, a verificação – tanto pela administração, quanto pelos administrados e demais poderes estatais interessados – de que o ato seguiu os parâmetros exigidos. A própria Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo federal, trouxe em seu art. 2º, parágrafo único, inciso VII, como um dos princípios da Administração Pública a motivação.

A ideia de imagens no edital auxiliaria bastante neste sentido, uma vez que a banca teria parâmetros para embasar sua justificativa. Vitorelli (2017) acredita que a motivação apresentada pela banca deve restringir-se ao tom de pele, de modo que a análise feita pela banca não poderia se estender a outras características físicas associadas a pessoas brancas ou negras. Por exemplo, o fato de um indivíduo branco possuir cabelo crespo não o faz negro, ao passo que um indivíduo de pele escura não se torna branco por possuir cabelo liso.

É interessante que as fotografias dos candidatos às vagas sejam tomadas pela própria instituição de ensino, afinal, isso impediria possíveis casos de manipulação de imagem e aplicaria a todos o mesmo procedimento. Ao indeferir o ingresso do candidato à vaga pelas cotas raciais, tal fotografia deveria então vir acompanhada da fotografia presente no edital, previamente escolhida pelo candidato para fins de comparação e justificação da administração da instituição, em respeito ao princípio administrativo da motivação.

Os autores Maio e Santos (2005) trazem um interessante exemplo de situação que ocorreu na UnB, onde haviam filas separadas entre os que optaram ou não pelas ações afirmativas para retirada das fotos para avaliação da banca e o constrangimento que isso causou. Há, ainda hoje, um grande estigma quanto aos estudantes que ingressam no ensino superior pelo sistema de cotas: ainda paira no imaginário social a ideia de que estes são menos aptos, o que não é verdade, uma vez que, conforme informações da ata da audiência pública do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) (2015) o percentual de diferença mais alto é de apenas 15%. Entretanto essa segregação física é na verdade constrangedora e simbolicamente perigosa, de certa forma, além de poder ser usado para práticas de violências, mesmo que revestidas sob o signo de “brincadeiras”.

Por isso, as fotos devem ser tiradas de todos os alunos, optantes ou não por cotas. A comparação se daria por meio destas imagens e, geralmente, as instituições de ensino já exigem fotos dos candidatos para juntada de documentos na matrícula, podendo, então, exigir que tais fotos sejam tiradas pela instituição no dia de inscrição. Hoje essa possibilidade é totalmente viável, e outros órgãos seguem neste sentido, como já é feito no momento de solicitação da carteira de identidade, habilitação, passaporte e carteira de trabalho, com uma microcâmera acoplada no computador.

A autora Cidinha da Silva (2003, p.47) defende a aplicação de entrevistas, sempre que possível. Segundo ela, as entrevistas seriam

[...] conduzidas por especialistas (negros(as) e brancos(as)) que, quer por meio de vivência, quer pela prática política ou pela pesquisa acadêmica e, principalmente, pela sensibilidade, possuam habilidades para os distinguir negros(as) de ocasião e negros(as) emergentes de pessoas autodeclaradas negras com uma história de vida marcada pelo racismo.

Contudo, essa possibilidade pode ser problemática. Primeiramente devemos levar em consideração o fator tempo: em grandes universidades seria inviável entrevistar tantos indivíduos. Outro ponto a se destacar é que pessoas negras não devem ser definidas pelo racismo que sofrem; as ações afirmativas sob critério racial são direcionadas a indivíduos que estão suscetíveis ao racismo. Ademais, pessoas que sofreram tais violências não deveriam ser submetidas à obrigação de reviver estes acontecimentos, quanto mais frente a uma banca julgadora.

É necessário também explanar sobre a publicidade dos integrantes da comissão de heteroidentificação. Vitorelli (2017), ao tratar da reserva de vagas em concursos públicos, acredita ser essencial a prévia publicação dos nomes dos componentes para as decisões sejam associadas a quem as emitiu. No entanto, entendemos que a não publicação dos nomes ocorre justamente para evitar possíveis práticas de corrupção. Por certo, ambas as justificativas têm sua razão de ser.

Visto isso, seria interessante que se chegue a um meio termo, com as decisões assinadas pelos integrantes e revelação dos responsáveis apenas após o certame. Tal prática pode evitar possíveis atos de pressões e constrangimentos indevidos sobre a comissão de heteroidentificação e as decisões tomadas por seus membros serão vinculadas aos responsáveis por emiti-las. Imprescindível também que as comissões não se repitam, justamente para evitar as práticas que mencionamos acima.

Além de tudo, nos casos em que houverem dúvidas quanto ao enquadramento do indivíduo à reserva de vagas, deve prevalecer a autodeclaração feita pelo candidato, vez que este é um critério fundamental estabelecido em Lei.

### 5.3. CONTROLE SOCIAL

Outro prisma significativo é o controle social sobre todo o processo. Neste sentido, o Procurador Regional da República, Conselheiro Nacional do Ministério Público e Presidente da Comissão de Defesa dos Direitos Fundamentais, Fábio George Cruz da Nóbrega, em audiência pública do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP, 2015, p.6), destaca que:

[...] a questão do controle social é muito importante nesse debate, encontrar maneiras de se expandir esse controle social é fundamental. Destacou que além de existirem comissões centralizadas em Brasília, é importante que cada Universidade, cada Instituto, cada entidade responsável por uma seleção institua um espaço e estimule o controle

social nesses processos, para que haja ainda mais transparência no trato dessas matérias.

Os candidatos reprovados não exigem um controle social tão intenso, vez que o recurso judiciário é sempre uma opção para si. Ocorre que sempre podem haver “falhas”, e indivíduos brancos conseguem ingresso utilizando-se do sistema de cotas raciais para negros. Assim, mostra-se elementar que as instituições possuam um departamento específico para o controle de tais casos e um procedimento padrão de atuação, posto que a falta de controle sobre as aprovações por meio das reservas pode criar a aparência de fragilidade do sistema.

Primeiramente, a administração da instituição deve respeitar o princípio administrativo da transparência; dar transparência, nesta conjuntura, é chamar a sociedade para participar dos rumos do sistema de cotas. Por isso, é imprescindível que as decisões de aprovação, quando definitivas, constem no endereço eletrônico da instituição, podendo qualquer interessado verificar a lista e os critérios adotados.

Edson Vitorelli (2017), ao tratar da reserva de vagas, defende que as fotos dos candidatos também deveriam constar junto às decisões. cremos, todavia, que essa possibilidade vai contra os direitos de imagem dos candidatos, e mesmo o estigma que isso pode criar, além de uma exposição desnecessária. É razoável constar apenas os dados dos mesmos, como número de matrícula e curso, além do informe dos métodos utilizados. Tal proposta também ajudaria bastante na reunião de dados referentes à ação afirmativa e sua efetividade.

Outra medida de grande valia é a habilitação de um departamento exclusivo para denúncias, assim um controle social poderia ser exercido também no momento pós-certame.

#### 5.4. MEIOS DE DENÚNCIA

Seguindo a linha de pensamento explanada, é oportuno que mencionemos o art. 33 da Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal: “Os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas”. Nesta lógica também é preciso citar Di Pietro (2017, p.669), quando afirma que

[...] encontram-se na legislação infraconstitucional inúmeras normas que consagram diferentes formas de participação do cidadão, com a instituição de ouvidores junto a diferentes órgãos públicos, sistemas de “disque-denúncia”, audiências públicas, consulta pública e tantas outras.

A Constituição Federal de 1988 também garante a participação da sociedade na gestão de políticas e programas promovidos pelo Governo Federal. A grande contribuição dessa medida é possibilitar uma maior transparência nas ações do Estado e favorecer uma maior eficiência nos serviços prestados.

O Pacto de São José de Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, em seu art. 13, também segue nessa mentalidade, ao afirmar que a participação do cidadão vai além da representação eleitoral, enquanto incentiva a participação direta da população nos assuntos públicos.

Além destes dispositivos constitucionais, deve-se destacar também que o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3), instituído pelo Decreto nº 7.037/2009, evidencia que todos os agentes públicos e cidadãos são responsáveis pelos Direitos Humanos. O PNDH-3 também incentiva a implementação e aperfeiçoamento de canais diretos de participação, além de espaços e mecanismos institucionais de interação, acompanhamento e monitoramento. Sublinhamos aqui que tais instrumentos participativos atuam também como pacificadores sociais ao colaborar na conquista e exercício de direitos, além de auxiliar na possível processualização das fraudes.

## 6. PROCESSUALIZAÇÃO DAS FRAUDES

Após o recebimento da denúncia de que algum aluno branco utilizou-se das cotas raciais para ingresso ao ensino superior público – as quais espera-se não serem tão volumosas, caso a instituição já venha adotando os cuidados supraditos – a atuação das universidades pode seguir em dois sentidos, na seara administrativa e na seara judicial.

### 6.1. ÂMBITO ADMINISTRATIVO

No âmbito administrativo, é essencial a investigação por meio de sindicância, fase preliminar à instauração de processo administrativo que, conforme Di Pietro (2017), é correspondente ao inquérito policial realizado antes do processo. Como não há o estabelecimento de um procedimento específico para a sindicância, a sua forma pode variar. Recomendável, então, que nessa fase, seja feita uma reanálise da inscrição deste candidato, com o reexame das suas fotos tiradas no início do certame e, se necessário, a retirada de novas fotografias e uma nova deliberação de uma banca colegiada criada para este propósito, podendo seguir os mesmos critérios iniciais utilizados na identificação inicial feita pela instituição.

Atestados os motivos que levaram à sindicância, tem-se a instauração de processo administrativo, garantidos a ampla defesa e contraditório aos indivíduos, afinal, conforme art. 5º, inciso LV, da CF, nenhuma penalidade pode ser aplicada sem prévia apuração por meio do devido procedimento legal. Faz-se necessário que a decisão seja unânime e definitiva, pois isso evitaria novas especulações, além de segurança para o indivíduo e mesmo para o instituto das ações afirmativas raciais.

Comprovadas a fraude e a má-fé pelo investigado no âmbito administrativo da universidade e que esta seguiu todos os procedimentos de forma legal e dentro dos

limites impostos pelos princípios administrativos, a punição mais severa recomendada pela Portaria Normativa nº 18/2012 do MEC, art. 9º, quer seja a expulsão do aluno. Frisamos também a importância de que a decisão, junto com os dados do indivíduo, seja encaminhada ao Ministério Público para que este atue no sentido de investigar o ato fraudatório por meio de instauração de inquérito na esfera jurídica, afinal, tal prática, muito mais que um ilícito administrativo, é também um crime.

## 6.2. ÂMBITO JUDICIAL

O ato de fraudar o sistema de ações afirmativas sob critério racial, conforme informações da ata da audiência pública do Conselho Nacional do Ministério Público (2015) enquadra-se no tipo de penal de falsidade ideológica, art. 299, do Código Penal Brasileiro:

Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante (grifo nosso).

Por se tratar de um crime de ação penal pública incondicionada, o Ministério Público é o único legitimado a propor ação para este delito; no entanto, qualquer interessado pode fornecer informações em caráter de denúncia, inclusive anonimamente, para que possa ser iniciada investigação. Este é o principal motivo da importância de tornar públicas as decisões administrativas das instituições de ensino superior no procedimento de identificação racial.

A Recomendação 41/2016 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) define parâmetros para a atuação dos membros dos órgãos ministeriais brasileiros na implementação da política de cotas étnico-raciais em vestibulares e concursos públicos. Segundo este documento, os membros do Ministério Público devem dar especial atenção aos casos de fraude nos sistemas de cotas para acesso às universidades e cargos públicos – nos termos das Leis nº 12.711/2012 e 12.990/2014, bem como da legislação estadual e municipal pertinentes –, atuando para reprimilos, nos autos de procedimentos instaurados com essa finalidade, e prevenilos, especialmente pela cobrança, junto aos órgãos que realizam os vestibulares e concursos públicos, da previsão, nos respectivos editais, de mecanismos de fiscalização e controle, sobre os quais deve se dar ampla publicidade, a fim de permitir a participação da sociedade civil com vistas à correta implementação dessas ações afirmativas.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É notório que atos criminosos e oportunistas não devem ser tidos como empecilho para o prosseguimento das políticas afirmativas sob critério racial, pois, como já explanamos anteriormente, esta vem trazendo resultados bastante

positivos. Os problemas que existem no sistema não podem impedir o seguimento de uma importante política pública, pelo contrário, deve-se trabalhar no sentido de desenvolver mecanismos que evitem tais problemas, para produzir resultados cada vez mais eficazes.

O racismo no Brasil continua existindo, e as fraudes no sistema de reserva de vagas sob critério racial são um exemplo bastante emblemático disso, principalmente o fato de tais práticas, muitas vezes, ainda serem consideradas de pouca importância e não serem combatidas devidamente pelas instituições.

O fato de haver vagas não garante que os verdadeiros destinatários desta ação afirmativa delas usufruirão. É papel das instituições de ensino superior públicas brasileiras aplicarem critérios e procedimentos justos, públicos e de acordo com os princípios constitucionais e administrativos. Neste sentido, reforçamos a indispensabilidade da utilização dos instrumentos de enfrentamento a fraudes no sistema de cotas como forma de combater o racismo institucional e a burla às políticas reparatórias.

Neste artigo, apresentamos e analisamos brevemente, conforme o fôlego deste trabalho, algumas propostas feitas por autores referentes aos métodos de enfrentamento às fraudes no sistema de cotas raciais pelas universidades brasileiras. Do cotejamento e exame dessa política pública, nos foi possível elencar sistematicamente um prognóstico:

- a. a utilização de heteroidentificação em complemento à autodeclaração feita pelo candidato;
- b. a mudança nos editais para tornar o procedimento mais célere e objetivo, oferecendo maior segurança jurídica e também trazendo parâmetros aos candidatos que pretendem utilizar-se do sistema de reserva de vagas;
- c. a necessidade de fundamentação das decisões feitas pelas bancas examinadoras, para que haja um enquadramento ao princípio da motivação das decisões administrativas, dando a tais decisões um tom muito mais objetivo e com critérios específicos, respeitadas a razoabilidade e proporcionalidade;
- d. ainda, a implementação de um controle social mais forte e a publicidade das decisões, atendendo ao princípio administrativo da transparência e tornando as questões referentes às cotas raciais muito mais próximas da população, transmitindo segurança no sistema e fornecendo dados objetivos que podem ser usados em estudos sobre a efetividade e amplitude das ações afirmativas raciais.

A gestão das ações afirmativas sob critério racial pelas Instituições de ensino superior brasileiras, mais que seu aspecto burocrático e administrativo, apresenta um lado político e social que busca enfrentar uma desigualdade secular, que é o racismo estrutural e institucional. Em razão disto, é primordial salientar a atuação dos instrumentos de enfrentamento às fraudes como forma de combate ao racismo. Se este sistema de enfrentamento mostra-se frágil ou pouco eficaz, isso também pode

significar que a própria instituição precisa se comprometer mais no combate a tais práticas.

Ao fim, é dever das entidades de ensino público superior praticarem o que o Ministro Joaquim Barbosa (GOMES, 2001, p.139) chama de agir afirmativamente, que seria justamente ter consciência dos problemas na implementação das ações afirmativas e tomar decisões coerentes no sentido de remediá-los.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 1332 de 1983**. Dispõe sobre ação compensatória, visando a implementação do princípio da isonomia social do negro, em relação aos demais segmentos étnicos da população brasileira, conforme direito assegurado pelo Artigo 153, parágrafo primeiro, da Constituição da República. (Autoria do Deputado Abdias do Nascimento, PDT/RJ). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=190742>. Acesso em: 31 maio 2021.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 22 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **Decreto n. 7.037/2009, de 21 de dezembro de 2009**. Aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH-3 e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7037.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7037.htm). Acesso em: 08 maio 2021.

\_\_\_\_\_. **Decreto n. 7.824, de 11 de outubro de 2012**. Regulamenta a Lei n. 12.711, de 29 de agosto de 2012, que dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/decreto/d7824.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7824.htm). Acesso em: 05 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 08 maio 2021.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 10.861, de 14 de abril de 2004**. Institui o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior – SINAES e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l10.861.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.861.htm). Acesso em: 08 maio 2021.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 12.288, de 20 de julho de 2010**. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nos 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm). Acesso em: 08 maio 2021.

BRASIL. **Lei n. 12.711, de 29 de agosto de 2012**. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm). Acesso em: 05 nov. 2021.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm). Acesso em: 08 maio 2021.

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação. **Portaria Normativa n. 18, de 11 de outubro de 2012**. Dispõe sobre a implementação das reservas de vagas em instituições federais de ensino de que tratam a Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, e o Decreto nº 7.824, de 11 de outubro de 2012. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, n. 199, p. 16-7, 15 out. 2012. Disponível em: <https://sisu.ufc.br/wp-content/uploads/2014/02/portaria-normativa-18-2012-mec.pdf>. Acesso em: 31 maio 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186 DF**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Atos que instituíram sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (cotas) no processo de seleção para ingresso em instituição pública de ensino superior. Alegada ofensa aos Arts. 1., caput, III, 3., IV, 4., VIII, 5., I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, caput, 205, 206, caput, I, 207, caput, e 208, V, Todos da Constituição Federal. Ação julgada improcedente [...]. Relator: Min. Ricardo

Lewandowski. Brasília, DF, 26 de abril de 2012. (Inteiro teor do acórdão; Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro Ayres Britto, seguiram por unanimidade o voto do Relator, para julgar totalmente improcedente a arguição. Votou o Presidente, Ministro Ayres Britto. Ausente, justificadamente, Ministro Dias Toffoli). Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em: 05 nov. 2020.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). "Fraudes nos sistemas de cotas e mecanismos de fiscalização – O papel do Ministério Público", 2015, Brasília, DF. **Ata de audiência pública**. Brasília, DF: CNMP, 2015. Disponível em: <http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/atafraudescotad.pdf>. Acesso em: 08 maio 2021.

\_\_\_\_\_. **Recomendação n. 41, de 9 de agosto de 2016**. Define parâmetros para a atuação dos membros do Ministério Público brasileiro para a correta implementação da política de cotas étnico-raciais em vestibulares e concursos públicos. Disponível em: [https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Recomendacoes/RECOMENDAO\\_41.pdf](https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Recomendacoes/RECOMENDAO_41.pdf). Acesso em: 31 maio 2021.

DI PIETRO, Maria S. Z. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GOMES, Joaquim B. B. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 38, n. 151, p. 129-152, jul./set. 2001. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/705/r151-08.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 18 nov. 2020.

HOLANDA, Sérgio B. de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

MAIO, Marcos C.; SANTOS, Ricardo V. Política de cotas raciais, os "olhos da sociedade" e os usos da antropologia: o caso do vestibular da Universidade de Brasília (UnB). **Horizontes Antropológicos**, Porto Alegre, v. 11, n. 23, p. 181-214, jun. 2005. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-71832005000100011&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832005000100011&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 20 nov. 2020.

MOREIRA, Matheus. Denúncias de fraudes em cotas raciais levaram a 163 expulsões em universidades federais. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 16 ago. 2020, 23h15'. (Atualizado em 17 ago. 2020, 10h27'). Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2020/08/denuncias-de-fraudes-em-cotas-raciais-levaram-a-163-expulsoes-em-universidades-federais.shtml>. Acesso em: 9 nov. 2020.

MORÍ, Letícia. A luta contra os fraudadores de cotas nas universidades brasileiras. **BBC News**, São Paulo, 23 fev. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-51581715>. Acesso em: 18 nov. 2020.

NOGUEIRA, Oracy. Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem: Sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil. **Tempo Social, Revista de Sociologia da USP**, São Paulo, v. 19, n. 1, p. 287-308, nov. 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/jts/a/MyPMV9Qph3VrbSNDGvW9PKc/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 18 nov. 2020.

NUNES, Georgina H. L. Autodeclarações e comissões: responsabilidade procedimental dos/as gestores/as de ações afirmativas. In: DIAS, Gleidson R. M.; TAVARES JUNIOR, Paulo R. F. (Orgs.). **Heteroidentificação e cotas raciais: dúvidas, metodologias e procedimentos**. Canoas, RS: IFRS Campus Canoas, 2018. p. 11-30.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. (Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969). Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 20 nov. 2020.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: \_\_\_\_\_. **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais, perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 117-42.

RIOS, Roger R. Pretos e pardos nas ações afirmativas: desafios e respostas da autodeclaração. In: DIAS, Gleidson R. M.; TAVARES JUNIOR, Paulo R. F. (Orgs.). **Heteroidentificação e cotas raciais: dúvidas, metodologias e procedimentos**. Canoas, RS: IFRS Campus Canoas, 2018. p. 215-49.

SANTANA, Carlos. Abdias do nascimento: atuação de um negro no parlamento brasileiro 1983 – 1986. **Revista Digital Simonsen**, Rio de Janeiro, n. 2, p. 101-8, maio 2015. Disponível em: [http://www.simonsen.br/revista-digital/wp-content/uploads/2015/05/Revista-Simonsen\\_N2-Carlos%20Santana\\_Historia.pdf](http://www.simonsen.br/revista-digital/wp-content/uploads/2015/05/Revista-Simonsen_N2-Carlos%20Santana_Historia.pdf). Acesso em: 31 maio 2021.

SANTOS, Boaventura de S. Para além do pensamento abissal: Das linhas globais a uma ecologia de saberes. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra [Portugal], n. 78, p. 3-46, out./dez. 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.4000/rccs.753>. Acesso em: 08 maio 2021.

SANTOS, Raimundo N. S.; ROMÃO, Pablo F. Reflexões sobre o princípio da proteção da confiança legítima no direito brasileiro. **Revista Controle – Doutrina e Artigos**, Fortaleza, v. 12, n. 2, p. 282-306, 2016. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6167577.pdf>. Acesso em: 08 maio 2021.

SILVA, Cidinha da. Definição de metodologias para seleção de pessoas negras em programas de ação afirmativa em educação. In: SILVA, Cidinha da (Org.). **Ações afirmativas em educação: experiências brasileiras**. São Paulo: Sumus, 2003. Cap. 2, p. 39-61.

SILVA, Tatiana D. **Ação afirmativa e população negra na educação superior**: acesso e perfil discente. Rio de Janeiro: IPEA, 2020. (Coleção Texto para discussão, n. 2569). Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_2569.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2569.pdf). Acesso em: 17 maio 2021.

SOUZA, Jessé. Democracia racial e multiculturalismo: ambivalente singularidade cultural brasileira. **Estud. afro-asiát.** Rio de Janeiro, n. 38, p. 135-55, dez. 2000. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-546X2000000200007&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-546X2000000200007&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 18 nov. 2020.

SOUZA, Ricardo L. de. As raízes e o futuro do “Homem Cordial” segundo Sérgio Buarque de Holanda. **Caderno CRH**, Salvador, v. 20, n. 50, p. 343-53, ago. 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ccrh/a/FBRYnzHxVHTzYxsMkK4r4tj/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 03 jun. 2021.

VAZ, Livia M. S. e S. As comissões de verificação e o direito à (dever de) proteção contra a falsidade de autodeclarações raciais. In: DIAS, Gleidson R. M.; TAVARES JUNIOR, Paulo R. F. (Orgs.). **Heteroidentificação e cotas raciais: dúvidas, metodologias e procedimentos**. Canoas, RS: IFRS Campus Canoas, 2018. p. 32-78.

VIEIRA, Andréa L. da C. A experiência de Ação Afirmativa no Brasil: questões sobre a implementação, institucionalização e manutenção. In: SANTOS, Ivanir dos S.; ROCHA, José G. da (Orgs.). **Diversidade e ações afirmativas**. Rio de Janeiro: CEAP, 2007. p. 79-99.

VITORELLI, Edson. Implementação de cotas raciais em universidades e concursos públicos: problemas procedimentais e técnicas para sua superação. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 95-124, abr. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v275.2017.71649>. Acesso em: 24 nov. 2020.

**THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY AND THE CHARTER OF THE 1988 REPUBLIC  
ELEMENTS FOR DISCUSSION IN THE ECONOMIC ACTIVITIES**

**O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE E A CARTA DA REPÚBLICA DE 1988:  
ELEMENTOS PARA DISCUSSÃO DA ADEQUAÇÃO NA SEARA ECONÔMICA**

**Gabriel Vieira de Souza<sup>1</sup>**  
gabrielsouza15000@gmail.com

**Michael Almeida di Giacomol<sup>2</sup>**  
michaeldigiacomo@hotmail.com

Recebido/Received: 01.11.2021/ November 1st, 2021.  
Aprovado/Approved: 26.01.2022/ January 26th, 2022.

**RESUMO**

O presente artigo tem por escopo analisar a adequação do princípio da subsidiariedade na organização do Estado brasileiro. Desse modo, tendo por fundamento a Constituição da República de 1988, a partir do diálogo com princípios fundantes da república, investiga-se a sua dimensão, materialidade, eficácia e alcance, a denotar a forma implícita do referido princípio no ordenamento pátrio. Nesse sentido, tem-se a aferição da aplicabilidade da subsidiariedade a reger as ações do ente estatal na seara econômica e a consubstanciar a ideia de um Estado subsidiário. Na organização do texto, tem-se um caminho dedutivo, do geral para o particular. Em breves considerações finais, a constatação de que o legislador constitucional erigiu ao ente estatal a condição de membro necessário, não limitador, no desenvolvimento da ordem econômica, com atenção à subsidiariedade a consolidar o papel do estado no equilíbrio da relação entre os entes públicos e privados.

**Palavras-chave:** Constituição. Estado. Economia. Federalismo. Subsidiariedade.

**ABSTRACT**

*This article aims to analyze the adequacy of the subsidiarity principle in the organization of the Brazilian State. Thus, based on the Constitution of the Republic of 1988, from the dialogue with founding principles of the republic, its dimension, materiality, effectiveness and scope are investigated, to denote the implicit form of the referred principle in the national order. In this sense, there is the assessment of the applicability of subsidiarity to govern the actions of the state entity in the economic field and promote the idea statehood subsidiary. In the organization of the text, there is a deductive path, from the general to the particular. In brief final considerations, the finding that the constitutional legislator has elevated the state entity to the condition of necessary member, not restrictive, in the*

1 Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pela Faculdade de Direito do Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba). Pós-Graduado em Gestão Pública pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB). Médico Veterinário, graduado pela Universidade Luterana do Brasil (Ulbra). Professor convidado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público/RS. Deputado Estadual, Presidente da Assembleia Legislativa no Estado do Rio Grande do Sul. <http://lattes.cnpq.br/8917073886355158>.

2 Advogado. Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público/RS. Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus – São Paulo, SP. Pesquisador no grupo de pesquisa: Sociedade da Informação e "Fake Democracy": os riscos à liberdade de expressão e à democracia constitucional da FMP/RS, Brasil. <http://lattes.cnpq.br/4129529576917830>.

*development of th economic order,with attention to subsidiarity to consolidate the role of the state in balancing the relationship between public and private entities.*

**Keywords:** Constitution. State. Economy. Federalism. Subsidiarity.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO; 2. SUBSIDIARIEDADE: CONCEITO, EVOLUÇÃO E ADEQUAÇÃO PRINCIPOLÓGICA; 3. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 E O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE; 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 1. INTRODUÇÃO

No decorrer do *século XX* a presença do estado, enquanto ente a regular as condutas individuais, sofreu inúmeras transformações nas searas política, comunitária, internacional e no meio jurídico, as quais tiveram importantes influências no que se refere à definição de seu papel e sua relação com a sociedade civil. Com efeito, a par de que o Estado Liberal não conseguiu responder de forma satisfatória as crises ocorridas no meio social, na política e na economia, é possível destacar o fortalecimento do Estado de bem-estar social como uma das mudanças mais significativas ocorridas no mencionado período histórico. A nova formatação erigiu ao estado um maior protagonismo na promoção do que se compreende sobre a concretização da igualdade substancial entre os indivíduos. Com isso, ao assumir inúmeras responsabilidades de fundo administrativas, sociais e econômicas, restou constatada uma maior concentração de competências e prestações de serviços na configuração do Estado Social em contraponto ao Estado Liberal.

Neste contexto, a partir da reordenação das competências estatais, tem-se a adequação do *princípio federativo* sob um viés de *subsidiariedade* e a consolidar uma ideia comunitária de sociedade. Desse modo, com a necessidade de promover o equilíbrio entre a liberdade dos indivíduos e o intervencionismo estatal, a atuação do estado na ordem social e econômica encontra no *princípio da subsidiariedade* o fundamento a permear a redefinição das relações intragovernamentais, a descentralização política, o fortalecimento da democracia e o aprimoramento do seu protagonismo em meio a esfera pública e privada.

Por meio das referidas ideias, à guisa de introdução, tem-se como problema de pesquisa a ser investigado: aferir o quanto o modo de organização do Estado brasileiro, a partir da *Carta Federal de 1988*, sob à luz da *subsidiariedade*, internaliza na sua ordem social e econômica elementos normativos a consubstanciar a formatação do que se pode denominar como um “Estado subsidiário”. Como objetivo geral, busca-se identificar a adequação do *princípio da subsidiariedade* a surgir de forma implícita nas competências unidas ao Estado brasileiro por meio da sua relação com os entes privados. Como objetivo específico, analisa-se o conteúdo protetivo do referido *princípio*, enquanto elemento material, a reger as ações do ente estatal na seara econômica.

Para uma melhor compreensão do leitor, o trabalho é dividido em duas etapas: na primeira, tendo o *princípio federativo* como corolário da autonomia administrativa, política, tributária e financeira na organização do Estado Federal, tem-se a análise da adequação do *princípio da subsidiariedade* na reordenação das competências estatais, a fim de consubstanciar o papel do estado no equilíbrio entre a esfera pública e a privada. Para tanto, tem-se o breve estudo da integração promovida na formação da *União Europeia*, sob a égide do referido *princípio*, introduzido pelo *Tratado de Maastricht*, a fim de delimitar as competências de cada Estado-membro. Ainda neste tópico, a par de sua historicidade, busca-se aferir a dimensão contemporânea para a aplicação metodológica da *subsidiariedade* defendida pela doutrina *Cristã*, por meio de suas encíclicas *Papais*. Considera-se, então, a articulação do estado, enquanto ente *necessário*, na diminuição da desigualdade social pelo viés do reconhecimento à livre atividade econômica e no desempenho de funções de *suplência* em situações excepcionais. Na segunda etapa, tem-se a aferição do papel destinado ao Estado brasileiro pelo legislador constituinte de 1988 e o encontro da adequação do *princípio da subsidiariedade* em simetria aos *princípios* fundantes da república, no caso, a forma federativa do estado, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Nesse aspecto, sob a estrutura de uma relação mais harmônica entre os entes públicos e privados, busca-se o encontro da *subsidiariedade* no exercício de funções estatais a equalizar e mediar matérias na ordem social e econômica. Nesse ponto, a partir de uma breve compreensão do arranjo federativo pátrio, e sob a autonomia dos Estados-membros, a pesquisa analisa o *princípio da subsidiariedade* sob sua forma implícita a permear as competências estatais na ideia da consolidação do que se pode denominar um “Estado subsidiário”. Dessa maneira, a fim de garantir a livre iniciativa e a descentralização, sob uma atuação compartilhada com entes privados, tem-se a constatação de nuances próprias a restringir a atuação estatal, porém, com a presença de um critério de exceção a par da *necessária* presença do estado no encontro do bem comum, devendo intervir na ordem econômica e social, a fim de atender a interesse coletivo.

Em relação à metodologia, adota-se o estudo empírico, tendo por fundamento a *Constituição da República de 1988*, a legislação a tratar do tema no âmbito nacional e internacional, a doutrina especializada sobre a matéria e a iniciativa de posituação da *subsidiariedade* no ordenamento *Constitucional*. Na organização do texto, foi adotado um caminho dedutivo, do geral para o particular.

## 2. **SUBSIDIARIEDADE: CONCEITO, EVOLUÇÃO E ADEQUAÇÃO PRINCIPOLÓGICA**

No que se refere às relações entre o estado e os indivíduos, na ideia de transpor o absentismo do *Estado Liberal*, a partir de um maior intervencionismo estatal e a fim de promover a resolução de demandas sociais e econômicas, é possível constatar significativas mudanças estruturais e qualitativas surgidas no decorrer do *século XX*.

Nesse contexto, ao tratarmos da adequação do *princípio da subsidiariedade* na vida orgânica do estado, por ser *princípio* analisado a partir de diversos temas correlatos, e devido sua simetria com a autonomia política e administrativa, profícua é a doutrina que o investiga a par do fortalecimento do federalismo, enquanto sistema político, a integrar entidades territoriais e a conservar a autonomia de cada ente.<sup>3</sup>

Nessa leitura, José Alfredo Baracho, assinala ser o federalismo, “a estrutura da ordem governamental [...], estabelecendo genuína autoadministração das pequenas unidades, correlacionadas com as formas institucionais superiores”<sup>4</sup>. Giza-se que nos regimes democráticos, por sua vez, o federalismo passa a exteriorizar conotações de ordem política, jurídica e econômica, tanto na ordem interna e comunitária, quanto na ordem internacional. Com efeito, ao tratarmos da adequação do *princípio da subsidiariedade* à vida do Estado, faz-se necessário pensar no federalismo como um “modelo inerente à preservação das individualidades, dentro dos vários grupos sociais”<sup>5</sup> e, desse modo, a referida conjuntura “leva à correlação entre integração e autonomia, criando uma espécie de base federativa”<sup>6</sup>.

Sob esse viés, um dos modelos contemporâneos de organização estrutural, no qual se tem formal e materialmente presente a adequação ao *princípio da subsidiariedade*, pode ser exemplificado à letra de Gomes Canotilho, ao referir-se sobre o *artigo 5º, item 2, do Tratado da União Europeia*, o qual prevê que “[...] a União atua [...] dentro dos limites das competências que os Estados-membros lhe tenham atribuído nos Tratados [...] As competências que não sejam atribuídas à União [...] pertencem aos Estados-Membros”<sup>7</sup>; e ao asseverar que “a integração europeia está constitucionalmente vinculada ao princípio da subsidiariedade”<sup>8,9</sup>. O magistério de Canotilho tem por fundo que o referido *item*, introduzido por meio do *Tratado de Maastricht*, de 7 de fevereiro de 1992, uma iniciativa alemã apoiada pela Inglaterra, dialoga com o *item 3* do mesmo artigo, nos seguintes termos,

Em virtude do *princípio da subsidiariedade*, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objetivos da ação considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo, contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da ação considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União.<sup>10</sup>

3 A relação entre o princípio federativo, sob a ideia de *subsidiariedade*, é justificada pela busca do interesse público sob uma organização federal, onde se encontram grupos diversos e sobrepostos, devidamente reconhecidos em sua pluralidade e autossuficiência. Desse modo, o princípio da *subsidiariedade* robustece a ação do Estado Federal na busca da harmonização das forças contrárias à unidade e à diversidade.

4 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da *subsidiariedade*: conceito e evolução. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, abr./jun. 1995, 200:21-54, pg. 50. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46525/46567> Acesso em: 03 set. 2021.

5 *Ibid.*, loc. cit.

6 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da *subsidiariedade*: conceito e evolução. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, abr./jun. 1995, 200:21-54, pg. 50. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46525/46567> Acesso em: 03 set. 2021.

7 UNIÃO EUROPEIA. Tratado da União Europeia. In: *Jornal Oficial da União Europeia*. Copyright Eur-Lex. 7.6.2016, C 202/18. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/> Acesso em: 3 set. 2021.

8 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. 13ª reimp. - Edições Almeida, 2003, pg. 368.

9 O princípio da subsidiariedade foi formalmente internalizado pelo *Tratado de Maastricht*. No entanto, o Ato Único Europeu (1987), sem designar expressamente, já havia introduzido a regra da subsidiariedade no domínio do ambiente.

10 UNIÃO EUROPEIA. op. cit., C 202/18.

O *item 3* também traz a necessidade de atenção dos Estados-membros ao *princípio da proporcionalidade*, o qual no *item 4*, taxativamente, giza que “o conteúdo e a forma da ação da União não devem exceder o necessário para alcançar os objetivos dos Tratados”<sup>11</sup>. Observa-se, na leitura do *artigo 5º*, que a introdução do *princípio da subsidiariedade* visa desenvolver o exercício das competências dos Estados-membros o mais próximo possível da realidade dos cidadãos. A sua eficácia, no pensamento de Canotilho, encontra a ideia de “freio e balanço” a um crescente “centralismo europeu”; fortalece os processos de decisão comunitária; e respeita o pluralismo, diferenças culturais e dimensões territoriais dos Estados.<sup>12</sup>

Ainda na seara de sua aplicação na *União Europeia*, o *princípio da subsidiariedade*, a partir do *Tratado de Lisboa*, 2007-2009, estabeleceu uma série de delimitações às competências da *União*, em que as classifica como exclusivas, partilhadas e de apoio. O *Tratado* também reforçou o papel dos parlamentos nacionais e do *Tribunal de Justiça* no controle e respeito ao *princípio da subsidiariedade*.<sup>13</sup> Desse modo, entre as responsabilidades dos entes federativos, tem-se o governo local como protagonista na efetivação de seus agentes políticos, administrativos e econômicos, a partir da ideia a encontrar ações que “devem, pelo menos, mitigar a desigualdade social, criar condições de desenvolvimento e qualidade de vida”<sup>14</sup>.

Importa gizar que o desenvolvimento da dimensão contemporânea do *princípio da subsidiariedade* e sua dogmática, encontra consenso na doutrina, em relação à sua caracterização, a partir da leitura da Encíclica *Quadragesimo Anno*, de 15 de maio de 1931, na qual o *Papa Pio XI* ao declarar que,

[...] seria cometer injustiça, ao mesmo tempo que torpedear de maneira bem criticável a ordem social, retirar dos agrupamentos de ordem inferior, conferindo-as a uma coletividade bem mais vasta e elevada, funções que elas próprias poderiam exercer.<sup>15</sup>

A doutrina social da *Igreja Católica*, por meio da *Mater et Magistra*, de 15 de maio de 1961, escrita pelo *Papa João XXIII*, também prestou importante fundamento para uma abordagem metodológica na aplicação do *princípio da subsidiariedade*. A leitura da encíclica aprofunda o reconhecimento de que o trabalho deve ser considerado “um modo de expressão direta da pessoa humana”. Ainda, que propriedade privada, um direito natural, comporta uma função social e que: “O Estado, [...] não pode manter-se ausente do mundo econômico, deve intervir com o fim de promover a produção de uma abundância suficiente de bens materiais.”<sup>16</sup>

É na Encíclica *Centesimus Annus*, escrita pelo *Papa João Paulo II*, em 01 de maio de 1991, que a doutrina *Cristã* critica uma concepção do estado que deixe totalmente

11 *Ibid.*, loc. cit.

12 CANOTILHO, op. cit., p. 368.

13 PARLAMENTO EUROPEU. **O princípio da subsidiariedade**. Fichas técnicas sobre a União Europeia. Copyright European Parliament 2017, pg. 1. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/fiches\\_techniques/2013/010202/04A\\_FT\(2013\)010202\\_PT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/fiches_techniques/2013/010202/04A_FT(2013)010202_PT.pdf) Acesso em: 04 set. 2021.

14 BARACHO, op. cit., p. 33.

15 *Ibid.*, loc. cit., p. 37.

16 JOÃO XXIII. *Mater et Magistra*. **Carta Encíclica**. Copyright Libreria Editrice Vaticana, 1961, Primeira Parte, item 20. Disponível em: [https://w2.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf\\_j-xxiii\\_enc\\_15051961\\_mater.html](https://w2.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater.html) Acesso em: 04 set. 2021.

a esfera da econômica fora do seu campo de interesse e ação. Ao se referir sobre o enquadramento jurídico, em relação aos interesses econômicos, o *Pontífice* acentua que existe uma legítima esfera de autonomia do agir econômico onde o estado não deve entrar. No entanto, considera que compete ao estado salvaguardar condições primárias de uma livre economia, na qual pressupõe determinada igualdade entre as partes. A assertiva tem por objeto a busca pela garantia de níveis salariais adequados ao sustento do trabalhador e de sua família; a qualificação constante e a vigilância assídua, com medidas legislativas, a fim de barrar iniciativas que causem prejuízo “sobretudo aos trabalhadores mais débeis, imigrantes ou marginalizados”. E, para garantir a realização de inúmeros objetivos na seara econômica, o estado deve concorrer direta e indiretamente,

[...] segundo o *princípio da subsidiariedade*, criando as condições favoráveis ao livre exercício da *atividade econômica*, que leve a uma oferta abundante de postos de trabalho e de fontes de riqueza. *Directamente*, e segundo o princípio da solidariedade, pondo, em defesa do mais débil, algumas limitações à autonomia das partes, que decidem as condições de trabalho.<sup>17</sup>

Ainda na referida encíclica é possível notar que a doutrina *Cristã*, ao defender o *Estado de Direito* na tutela dos direitos humanos, reconhece “o papel fundamental e positivo da empresa, do mercado, da propriedade privada e da consequente responsabilidade pelos meios de produção, [...] no *sector* da economia”<sup>18</sup>. E, de mesma importância, a visão de que o “Estado também tem o direito de intervir [...] pode desempenhar funções de *suplência* em situações excepcionais”<sup>19</sup>. Dessa maneira, a intervenção deve se ater a razões urgentes que se prendam ao bem comum e “[...] limitadas no tempo, para não retirar permanentemente aos mencionados *sectores* e sistemas de empresas as competências que lhe são próprias”<sup>20, 21</sup>

A lógica empregada na doutrina *Cristã*, no que se refere ao papel do estado, pode ser melhor compreendida ao aplicarmos critérios advindos da ciência política e econômica. Desse modo, na ideia da consolidação de um “Estado subsidiário”, a fim de corrigir o caminho de um estado interventivo, que acabou por não alcançar seu objeto pretendido, tem-se que, “[...] sem perder a função de tutor das hipossuficiências sociais [...] ao Estado contemporâneo são requisitadas funções de equalizador, mediador e árbitro ativo das relações econômicas e sociais”<sup>22</sup>.

A par do referido magistério, o *princípio da subsidiariedade* é possível de adequar-

17 JOÃO PAULO II. Centesimus Annus. **Carta Encíclica**. Copyright Libreria Editrice Vaticana, 1991, Il Rumos às “coisas novas” de hoje, item 15. Disponível em: [http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_01051991\\_centesimus-annus.html](http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus.html) Acesso em: 04 set. 2021.

18 *Ibid.*, item 42.

19 *Ibid.*, item 47.

20 *Ibid.*, loc. cit.

21 A doutrina *Cristã* aponta que a fim de responder de forma satisfatória a muitas necessidades e carências houve um vasto alargamento dessa esfera de intervenção. Com isso, o Estado do bem-estar passou a ser qualificado como “Estado assistencial”. Nesse âmbito de atuação do estado, devido a inadequada compreensão de suas próprias tarefas, se deve respeitar o *princípio da subsidiariedade*, onde “uma sociedade de ordem superior não de interferir na vida interna de uma sociedade de ordem inferior, privando-a de suas competências, mas deve antes apoiá-la em caso de necessidade [...] visando o bem comum”. In: JOÃO PAULO II, op. cit., item, 48.

22 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, abr./jun. 2002, 228:13-29, pg. 16. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46521/57635>. Acesso em: 05 set. 2021.

se a matérias de fundo administrativo ou econômico, pois, como bem assinala Baracho:

Apesar de sugerir uma função de *suplência*, convém ressaltar que compreende também a limitação da intervenção de órgão ou coletividade superior. Pode ser interpretado ou utilizado como argumento para conter ou restringir a intervenção do Estado. Postula-se, necessariamente, o respeito das liberdades dos indivíduos e dos grupos, desde que não implica determinada concepção das funções do Estado na sociedade.<sup>23</sup>

A ideia de *supletividade* deve ser aferida a partir de dois significados, no caso, a *complementariedade* e a *suplementariedade*. Nessa leitura, tem-se que os dois conceitos não devem ser vistos como dissociáveis, pois, o primeiro, admitido na área administrativa, é comumente aplicado na estrutura organizacional de determinados órgãos. O segundo, é o que acrescenta, “entende-se que representa a questão subsidiária, [...], implica, nesse aspecto, a repartição entre duas categorias de atribuições, meios, órgãos, que se distinguem um dos outros, por suas relações entre si”<sup>24</sup>.

Na seara econômica, o *princípio da subsidiariedade* surge como instrumento à adequação da colaboração do estado com as comunidades e os organismos particulares, conforme preceitua José Roberto Dromi,

[...] a função subsidiária corresponde, em sua própria essência, a um Princípio político de divisão de competências [...] a ordem de competência não é necessariamente uma ordem de exclusões, já que a realidade comunitária *funda-se* na necessidade de suplências complementares. As competências completam-se em função da necessidade e das suplências, possibilitando que o Princípio da Subsidiariedade realize-se através do instrumento da participação ou mesmo da parceria.<sup>25</sup>

Ainda sob esse aspecto, na compreensão do *princípio da subsidiariedade* como elemento da atuação estatal na atividade econômica, importa o magistério de Maria Sylvia Pietro, ao asseverar que, “*subsidiariedade* não constituiu um mero limite à ação do poder público e sim a tarefa de estimular, coordenar, integrar e complementar a sociedade”<sup>26</sup>. Nesse sentido, é possível denotar uma situação de *complementariedade* e *colaboração*, onde o estado assume uma posição de atuação quando for necessário para o bem comum, sendo que a necessidade da “intervenção da autoridade se estabelece, pois, eventualmente, e cessa, rapidamente, assim que os particulares voltem a manifestar capacidade de resolver o problema sem ajuda”<sup>27</sup>.

Com efeito, o *Estado* subsidiário toma forma apoiado em outros *princípios* igualmente importantes. Em sede de ilustração, tem-se, por exemplo, a descentralização, com a ampliação da liberdade de atuação e das funções dos indivíduos e das organizações, na qual, o ente público somente transferirá

23 BARACHO, op. cit., p. 37.

24 *Ibid.*, p. 36.

25 DROMI, José Roberto. Autoridade e liberdade no direito administrativo. Revista de Direito Público, São Paulo, n.59/60, 1981, p. 173.

26 PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Parcerias na administração pública**: Concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. São Paulo: Atlas, 2011, p. 33-34.

27 BARACHO, op. cit., p. 44.

competências as quais os entes sociais apresentem capacidade de exercer. O dever de fomentar, colaborar e fiscalizar a iniciativa privada com o intento de que os propósitos empreendedores sejam alcançados. E, também, o encontro de parcerias entre os setores públicos e privados, sob um processo de maior responsabilidade na execução e realização de ações que visem o desenvolvimento econômico sustentável.

Como é possível de se notar, o debate doutrinário sobre a contextualização desse modelo de estado, por meio da adequação do *princípio da subsidiariedade* à realidade e às necessidades contemporâneas, rompe a ideia do estado ser tão somente o mantenedor da sociedade, ser o Estado “Providência”. Por certo, não coaduna também com o pensamento clássico liberal, no qual estado e sociedade restariam apartados, uma vez que na forma *subsidiária* atuam de modo concertado e complementar.

### 3. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 E O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

A *Carta da República de 1988*, diferente de *Cartas Constitucionais*<sup>28</sup> de outras nações, não faz menção expressa ao *princípio da subsidiariedade*. No entanto, em uma leitura atenta do texto *Constitucional*, é possível perceber que o legislador lapidou o papel do estado sob o viés do desenvolvimento de uma ação mais coordenada e participativa em meio à sociedade. E, no mesmo sentido, estruturou uma relação mais harmônica entre os entes públicos e privados.

A premissa pode ser aferida com precisão a partir da estreita relação dos *princípios* fundantes da *República* brasileira, em especial, aos que tratam da forma federativa do estado, com atenção à cidadania, à dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.<sup>29</sup>

Não obstante a falta da menção expressa no texto *Constitucional*, há doutrinadores que entendem que o *princípio da subsidiariedade* transita de forma implícita desde *Cartas* pretéritas como, por exemplo, Machado Horta, ao assinalar,

[...] a preexistência da competência supletiva ou complementar, prevista nas Constituições Federais de 1934, 1946 e 1967, e da competência da legislação concorrente ou mista na Constituição Federal de 1988, [...] considerando a equivalência entre o Princípio e a legislação concorrente, dotada de natureza subsidiária, complementar ou supletiva [...] O princípio da subsidiariedade projetou-se na autonomia da subsidiariedade constitucional, dispensando o Tratado ou a revisão.<sup>30</sup>

No profícuo debate doutrinário, também surgem autores a defender que a *Carta* de 1988 se deixou inspirar de forma mais intensa pelo *princípio da subsidiariedade*, consagrando-o em matérias distintas no corpo do texto. Nesse sentido, Silvia

28 Um dos exemplos é a *Carta Constitucional* de Portugal, 1976, em seu artigo 7º/6. In: CANOTILHO, op.cit., p. 368.

29 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. “Art. 1º [...]”. In: *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 06 set. 2021.

30 HORTA, Raul Machado. Federalismo e princípio da subsidiariedade. In: Martins, Ives Gandra da Silva (Coord.) *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 471-472.

Torres entende que pelo viés *jurídico-político*, o legislador constituinte ao prever as competências comum e concorrente, a valorizar o potencial de cooperação entre os entes nos três níveis da república, restou por acenar “embrionariamente com um federalismo cooperativo concertado”<sup>31</sup>.

Com efeito, o *princípio da subsidiariedade* torna-se de fácil constatação nesse arranjo federativo sob o viés da autonomia entre os Estados-membros. E, em relação à *União*, pela formatação de um *Pacto Federativo* a materializar a organização territorial por meio de uma *Constituição* própria, competência legislativa e administrativa, e um *Poder Judiciário* conferido aos entes da federação.<sup>32</sup>

Ainda, a par da cognição de Silvia Torres, tem-se como exemplo o *artigo 227 da Carta Federal*, ao tratar da relação Estado-sociedade, estabelecendo que: “Educação é um dever da família, da sociedade e do Estado”<sup>33</sup> e, ao robustecer sua argumentação, afirma que,

[...] está exatamente dando prioridade aos corpos sociais intermédio para a prossecução desse interesse público, que é corroborado pelos arts. 209, que assegura o livre exercício da educação à iniciativa privada, 213, a que cabe incentivar o exercício desse direito-dever [...] e 205, pelo qual o Estado assume para si a função educativa, tendo em vista a insuficiência da família e da sociedade em suprirem as necessidades educacionais que o país demanda.<sup>34</sup>

A *Seguridade Social* também pode ser analisada a partir da adequação do *princípio da subsidiariedade* na formulação e implementação de políticas públicas. A assertiva é confirmada com a leitura do *artigo 194 da Carta* de 1988 que, ao tratar as disposições gerais, prevê um conjunto integrado de ações e iniciativas dos entes federados e da sociedade. A *subsidiariedade* na referida matéria é de fácil constatação junto aos *artigos 198, inciso III*, ao prever a participação comunitária; *artigo 199*, em seus *parágrafos*, ao firmar que “as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde”.<sup>35</sup>

Outra matéria de relevância na implantação de políticas públicas, sob a égide da *subsidiariedade*, é a *Cultura*. A *Carta Federal* traz de forma taxativa, junto ao *artigo 216-A*, que o *Sistema Nacional de Cultura* deve ser “organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa” e, entre seus *princípios*, confere “a complementariedade nos papéis dos agentes culturais”.<sup>36</sup>

Na seara econômica, as transformações ocorridas na última parte do *século XX* tiveram reflexos na formatação do Estado brasileiro restringindo o intervencionismo estatal e elencando a livre iniciativa e a propriedade à condição de valores sociais

31 TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 242.

32 A competência *Judiciária* cabe somente no âmbito nacional e dos Estados-membros.

33 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. “Art. 227 [...]”. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. 05 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 06 set. 2021.

34 TORRES, op. cit., p. 148-149.

35 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. “Art. 194 [...]; 198 [...] e 199 [...]”. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. 05 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 06 set. 2021.

36 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. “Art. 216- A [...]”. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. 05 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 06 set. 2021.

tutelados constitucionalmente.<sup>37</sup> Com isso, a ordem econômica brasileira recebe do ordenamento *Constitucional* nuances próprias a restringir a atuação estatal, face a livre iniciativa e a descentralização, e a razões previamente tipificadas no texto do *artigo 173*, nos seguintes termos:

Ressalvados os casos previsto nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definido em lei.<sup>38</sup>

Com efeito, é de se notar que a *Carta* de 1988 nos faz compreender que a ação dos indivíduos na sociedade deve ser tida como a força motriz do desenvolvimento econômico. Em adequada simetria com o *princípio da subsidiariedade*, a referida ação comporta um critério de exceção, com a presença do estado por meio de legislação própria a tratar de temas pertinentes ao *interesse público* e a *segurança nacional*.

Em uma análise mais apurada, é de gizar que o referido *princípio* não restringe a ação do estado no encontro do bem comum, razão do seu próprio existir. Do mesmo modo, não restringe a função de intervir na ordem *econômica e social* com primazia a atender o interesse coletivo, e a fim de coordenar ações participativas na ideia de que todos possam usufruir da percepção dos frutos advindos de tal esforço. E tais ações devem estar em consonância com os *princípios gerais* da ordem econômica, tipificados no *artigo 170* da *Carta* de 1988, os quais perfazem um conjunto obrigatório a ser cumprido pelos agentes que se apresentam a desenvolver as atividades econômicas.<sup>39</sup>

No decorrer dos anos, após a promulgação da *Carta* de 1988, o Brasil percorreu, por meio de reformas estruturais e *Emendas à Carta*, o caminho da consolidação do que se pode compreender por um Estado “subsidiário”. Nesse sentido, é possível destacar a delegação para que os entes estaduais pudessem “explorar diretamente ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado”, conforme disposto no *artigo 25, § 2º*, em redação dada pela *Emenda Constitucional nº 05* de 1995.<sup>40</sup>

Um outro instituto muito presente na vida dos brasileiros, são os serviços de telecomunicações e radiodifusão, os quais, por meio da *Emenda Constitucional nº 08* de 1995, surgem taxativamente entre as competências da *União*, que os explora “de forma direta ou mediante autorização, concessão ou permissão”.<sup>41</sup> Importa também

37 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. “Art. 1º, IV, [...]”. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. 05 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 07 set. 2021.

38 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. “Art. 173 [...]”. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. 05 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 07 set. 2021.

39 “Soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente; redução as desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego; tratamento favorecido para empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte”. BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, “Art. 170 [...]”. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. 05 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 07 set. 2021.

40 BRASIL. Emenda Constitucional nº 05, de 15 e agosto de 1995. “Altera o § 2º do art. 25 da Constituição Federal. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. 16 out. 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc05.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc05.htm) Acesso em: 08 set. 2021.

41 BRASIL. Emenda Constitucional nº 08, de 15 de agosto de 1995. “Altera o inciso XI e a alínea ‘a’ do inciso XII do art. 21 da Constituição Federal. [...]”. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. 16 out. 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc08.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc08.htm) Acesso em: 08 set. 2021.

a definição do papel da *União*, que restou autorizada a contratar com empresas estatais ou privadas para realização de atividades que envolvam,

[...] a pesquisa e lavras das jazidas de petróleo e gás natural [...] a refinação [...] a importação e exportação de produtos derivados [...] o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional [...] a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados.<sup>42</sup>

As atividades supramencionadas, mesmo sob o monopólio da *União*, conforme disposto no *artigo 177* da *Carta* de 1988, por meio da *Emenda Constitucional* nº 09 de 1995, acabou por determinar um importante paradigma da atuação do estado na ordem econômica nacional.

Neste breve diálogo, observa-se que o *princípio da subsidiariedade* é fundamento a permear as relações entre as iniciativas públicas e privadas, tendo a atuação do estado a partir de um protagonismo *necessário*, não limitador, nem secundário, no desempenho e promoção de medidas que assegurem o direitos e garantias fundamentais no meio político, social e econômico.

Cabe gizar que a presença implícita do *princípio*, na leitura do ordenamento *Constitucional*, é tão evidente que na atual reforma administrativa, proposta pelo *Poder Executivo*, entre os *princípios* a serem obedecidos pela *Administração Pública*, previstos no *artigo 37*, junto ao *princípio da eficiência* surge a proposta de positivação da *subsidiariedade* em nossa *Carta Magna*.<sup>43</sup>

Desse modo, ao cumprir sua função *jurídica-política*, de romper o acúmulo do poder sob um órgão centralizado, o referido *princípio* resta por fortalecer os pressupostos de *eficácia* e *eficiência* das ações promovidas pelo estado em meio a esfera pública.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A par de que a sociedade não é estanque, evidentemente, o ente estatal deve seguir os avanços e transformações sociais, políticas e econômicas, no encontro da *eficiência* na prestação das demandas de interesse coletivo. Nessa perspectiva, o Estado brasileiro, ao ter promulgado nova *Carta Constitucional*, no ano de 1988, internalizou em nosso ordenamento *princípios* fundamentais na consolidação de uma sociedade livre, justa, solidária e com garantia aos direitos individuais e coletivos.

Embora não haja a previsão explícita na *Carta Federal*, a partir da adequação harmônica do *princípio da subsidiariedade*, por meio da colaboração entre a esfera pública e a privada na elaboração de políticas públicas, em inúmeras matérias, é

42 BRASIL. Emenda Constitucional nº 09, de 09 de novembro de 1995. "Dá nova redação ao artigo 177 da Constituição Federal [...]" In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. 10 nov. 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc09.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc09.htm) Acesso em: 08 set. 201.

43 BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição, 037, de 02 de setembro de 2020. "**Altera disposições sobre servidores, empregados públicos e organização administrativa**". Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2262083> Acesso em: 08 set. 2021.

possível crer que o referido *princípio* surge como elemento material necessário para compreender o papel desempenhado pelo Estado brasileiro na última parte do *século XX*, e no limiar do presente século.

Nessa combinação doutrinária, ao estabelecer a primazia pela participação estatal e da sociedade no cenário econômico, o legislador constituinte promoveu o equilíbrio entre o Estado intervencionista e a livre iniciativa, e erigiu ao ente estatal a tarefa de assumir a condição de membro *necessário*, não limitador, no desenvolvimento da ordem econômica, na ideia da promoção do bem comum a permear a consolidação de um Estado “subsidiário”.

Infere-se nesse contexto, o debate atual promovido pela *Emenda Constitucional nº 032 de 2020* que, ao reconhecer a materialidade do *princípio da subsidiariedade*, enquanto fundamento para as ações do ente estatal, busca internalizar no ordenamento pátrio como elemento formal a ser obedecido pela *Administração Pública*. O referido debate corrobora com a atenção à *subsidiariedade*, não como elemento de menor importância e, sim, como *princípio* alçado a valores constitucionais e a justificar a presença do ente estatal no fomento do desenvolvimento sustentável, frente às *necessidades* de maior relevância do coletivo social.

## REFERÊNCIAS

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, abr./jun. 1995, 200:21-54 Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46525/46567>. Acesso em: 03 set. 2021.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. 05 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 06 set. 2021.
- BRASIL. Emenda Constitucional nº 05, de 15 e agosto de 1995. “Altera o § 2º do art. 25 da Constituição Federal. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. 16 out. 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc05.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc05.htm). Acesso em: 08 set. 2021.
- BRASIL. Emenda Constitucional nº 08, de 15 e agosto de 1995. “Altera o inciso XI e a alínea ‘a’ do inciso XII do art. 21 da Constituição Federal. [...]”. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. 16 out. 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc08.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc08.htm). Acesso em: 08 set. 2021.
- BRASIL. Emenda Constitucional nº 09, de 09 de novembro de 1995. “Dá nova redação ao artigo 177 da Constituição Federal [...]”. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. 10 nov. 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc09.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc09.htm). Acesso em: 08 set. 2021.
- BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição, 037, de 02 de setembro de 2020. “**Altera disposições sobre servidores, empregados públicos e organização administrativa**”. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2262083>. Acesso em: 08 set. 2021.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. 13ª reimp. - Edições Almeida, 2003.
- HORTA, Raul Machado. Federalismo e princípio da subsidiariedade. In: Martins, Ives Gandra da Silva (Coord.) **As vertentes do direito constitucional contemporâneo**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

JOÃO PAULO II. Centesimus Annus. **Carta Encíclica**. Copyright Libreria Editrice Vaticana, 199. Disponível em: [http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_01051991\\_centesimus-annus.html](http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus.html). Acesso em: 04 set. 2021.

JOÃO XXIII. Mater et Magistra. **Carta Encíclica**. Copyright Libreria Editrice Vaticana, 1961. Disponível em: [https://w2.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf\\_j-xxiii\\_enc\\_15051961\\_mater.html](https://w2.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater.html). Acesso em: 04 set. 2021.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, abr./jun. 2002, 228:13-29. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46521/57635>. Acesso em: 05 set. 2021.

PARLAMENTO EUROPEU. **O princípio da subsidiariedade**. Fichas técnicas sobre a União Europeia. Copyright European Parliament 2017. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/fiches\\_techniques/2013/010202/04A\\_FT\(2013\)010202\\_PT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/fiches_techniques/2013/010202/04A_FT(2013)010202_PT.pdf). Acesso em: 04 set. 2021.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Parcerias na administração pública**: Concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. São Paulo: Atlas, 2011.

TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

UNIÃO EUROPEIA. Tratado da União Europeia. *In*: **Jornal Oficial da União Europeia**. Copyright Eur-Lex. 7.6.2016, C 202/18. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/> Acesso em: 3 set. 2021.

**THE POSSIBILITY OF JUDICIAL CONTROL OF ADMINISTRATIVE ACTS  
CONTAMINATED WITH LOGICAL-ARGUMENTATIVE INCONSISTENCIES**  
**A POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DE ATOS ADMINISTRATIVOS  
EIVADOS DE INCONSISTÊNCIA LÓGICO-ARGUMENTATIVA**

artigos  
científicos

Caio Neno Silva Cavalcante<sup>1</sup>  
caionsc@gmail.com

Recebido/Received: 09.11.2021/ November 9th, 2021.  
Aprovado/Approved: 25.01.2022/ January 25th, 2022.

## RESUMO

O presente trabalho visa investigar duas hipóteses: (i) a de que a existência de inconsistências lógico-argumentativas em um ato administrativo implica em vício de legalidade e, em consequência, (ii) de que é possível o controle judicial posterior destes atos. Inicialmente, são apresentados alguns institutos da Filosofia da Linguagem e do estudo da Lógica, para que seja possível identificar, formalizar e compreender as repercussões práticas da existência de uma inconsistência lógico-argumentativa na formação de um ato administrativo. Para tanto, utiliza-se o exemplo hipotético de um servidor que é condenado, em Processo Administrativo Disciplinar, à penalidade de advertência, mas ao qual é negada a possibilidade de celebração de Termo de Ajuste de Conduta. Identificando-se formalmente que a situação hipotética efetivamente carrega inconsistência lógico-argumentativa, o trabalho segue abordando qual o efeito desta inconsistência sobre o ato administrativo decisório que a carrega, bem como a respeito da possibilidade de submetê-lo a controle judicial. É utilizado o método dedutivo, por meio de pesquisa realizada em legislação, doutrina e jurisprudência, com especial enfoque no posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.

**Palavras-chave:** Linguagem. Argumentação. Inconsistência lógica. Atos Administrativos. Controle judicial.

## ABSTRACT

*The present work aims to investigate two hypotheses: (i) that the existence of logical-argumentative inconsistencies in an administrative act implies a defect in legality and, consequently, (ii) that subsequent judicial control of these acts is possible. Initially, some institutes of the Philosophy of Language and the study of Logic are presented, so that it is possible to identify, formalize and understand the practical repercussions of the existence of a logical-argumentative inconsistency in the formation of an administrative act. For that, we use the hypothetical example of a public servant who is sentenced, in an Administrative Disciplinary Proceeding, to the warning penalty, but who is denied the possibility of signing a Conduct Adjustment Term. Having formally identified that the hypothetical situation effectively carries logical-argumentative inconsistency, the work continues to address the effect of this inconsistency on the administrative decision-making act*

<sup>1</sup> Advogado. Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Brasília – Linha de Pesquisa de Direito, Estado, Tributação e Desenvolvimento. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UnICEUB). Bacharel em Engenharia de Controle e Automação pela Universidade de Brasília (UnB).

*that carries it, as well as the possibility of submitting it to judicial control. The deductive method is used, through research carried out in legislation, doctrine and jurisprudence, with a special focus on the position of the Brazilian Superior Court of Justice.*

**Keywords:** *Language. Argumentation. Logical inconsistency. Administrative acts. Judicial control.*

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO; 2. CONCEITOS BÁSICOS E FORMALIZAÇÃO DO PARADOXO LÓGICO; 2.1. SIGNOS, ENUNCIADOS, DESCRITIVIDADE E PRESCRITIVIDADE; 2.2. LÓGICA, VERDADE E VALIDADE; 2.3. NORMA, ARGUMENTAÇÃO E A FORMALIZAÇÃO DO PARADOXO LÓGICO; 3. INCONSISTÊNCIA DA LÓGICA ARGUMENTATIVA COMO VÍCIO DE MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO E A POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL POSTERIOR; 4. CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

## 1. INTRODUÇÃO

Imagine-se a seguinte situação hipotética: um servidor público pratica, sem dolo ou má-fé, conduta que dá causa a excesso de prisão de determinado executado pelo total de 1 (um) dia. Este servidor, então, vira réu em Processo Administrativo Disciplinar (PAD) e, após todos os trâmites e recursos administrativos, é condenado à penalidade de advertência.

Ao servidor é negada a possibilidade de celebração de Termo de Ajuste de Conduta (TAC) porque a Autoridade Administrativa, no ato administrativo decisório final, considera que qualquer excesso de prisão – pequeno ou grande – torna grave a conduta, de modo que não se verifica o requisito de lesividade mínima da infração. Em que pese cumpra todos os demais requisitos legais, não sendo o ilícito de menor potencial ofensivo, portanto, o servidor não recebe a oportunidade de celebrar TAC com a Administração Pública.

Ocorre que o diploma normativo, aplicável ao caso hipotético, que prevê a possibilidade e os requisitos para celebração de TAC também traz, todavia, a definição de infração de menor potencial ofensivo como “toda conduta punível com advertência”, como o faz, por exemplo, a Instrução Normativa nº 2, de 30 de maio de 2017, do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU)<sup>2</sup>, ou a Portaria nº 248, de 10 de agosto de 2018, da Advocacia Geral da União (AGU)<sup>3</sup>.

2 Art. 1º Os órgãos e entidades do Poder Executivo Federal poderão celebrar, nos casos de infração disciplinar de menor potencial ofensivo, Termo de Ajustamento de Conduta - TAC, desde que atendidos os requisitos previstos nesta instrução normativa. Parágrafo único. Para os fins desta instrução normativa, considera-se infração disciplinar de menor potencial ofensivo a conduta punível com advertência, nos termos do art. 129 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ou com penalidade similar, prevista em lei ou regulamento interno.

3 Art. 1º A critério da autoridade competente para instauração de sindicâncias e processos disciplinares em face dos membros das carreiras jurídicas e dos servidores administrativos da AGU, poderá ser celebrado Termo de Ajustamento de Conduta - TAC, como alternativa à instauração de processo de natureza disciplinar, nas hipóteses de irregularidades funcionais de menor potencial ofensivo, desde que atendidos os requisitos previstos nesta Portaria. Parágrafo único. Para efeito desta Portaria, considera-se: [...] II - irregularidade de menor potencial ofensivo - aquela cujas circunstâncias possam resultar, em tese, na aplicação da penalidade de advertência, nos termos do art. 116 e do art. 117, incisos I a VIII e XIX, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

No caso em questão, parece, à primeira vista, haver uma inconsistência lógica entre a penalidade aplicada, o não oferecimento de TAC e a definição normativa aplicável de infração de menor potencial ofensivo. Nesse sentido, o primeiro objetivo do presente artigo é apresentar, de maneira mais detalhada, alguns institutos da Filosofia da Linguagem e do estudo da Lógica, para que seja possível identificar, formalizar e compreender as repercussões práticas do aparente paradoxo lógico em tela, utilizando-se, em especial, da ferramenta das tabelas-verdade.

Identificando-se, formalmente, que a situação hipotética efetivamente carrega alguma inconsistência lógica, o objetivo seguinte do trabalho é abordar qual o efeito desta sobre o ato administrativo decisório que a carrega, especialmente no que tange à sua legalidade, considerando-se, sob a égide da doutrina, os elementos do ato administrativo. Por último, discute-se a possibilidade de submetê-lo a controle judicial posterior, abordando-se entendimentos doutrinários e jurisprudenciais recentes, com especial enfoque no posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

## 2. CONCEITOS BÁSICOS E FORMALIZAÇÃO DA INCONSISTÊNCIA LÓGICA DO CASO HIPOTÉTICO

### 2.1. SIGNOS, ENUNCIADOS, DESCRITIVIDADE E PRESCRITIVIDADE

Entre todos os indivíduos unidos pela linguagem, é estabelecido uma espécie de meio-termo, de modo que todos produzirão, aproximadamente, os mesmos signos unidos aos mesmos conceitos, em uma espécie de *cristalização social*<sup>4</sup>. Esta cristalização é fortemente associada ao conceito de *comunidade linguística*. Esta seria uma especificação da noção de grupo sociocultural, do qual pertencem todos aqueles que, em alguma medida, usam uma linguagem, seja por serem falantes, seja por escreverem, seja por simplesmente entenderem essa linguagem, sem qualquer relação com fronteiras nacionais<sup>5</sup>.

O termo *signo*, por sua vez, é um sinônimo mais técnico de sinal<sup>6</sup>. De maneira simples, algo constitui um signo quando a mente de determinado indivíduo, componente de determinada comunidade linguística (e, portanto, sujeito à cristalização social) o relaciona com outra coisa ou acontecimento<sup>7</sup>. De fato, uma característica comum entre os diversos signos é que todos eles são “coisas em função de outras coisas, que representam ou caracterizam”, ou *aliquid stat pro aliquo* (algo que está por algo). Ao serem sinais, são sempre sinais *de algo*. Os signos, portanto, são *relacionais*. O estudo dos sinais é tradicionalmente conhecido como *Semiótica*<sup>8</sup>.

4 SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de Linguística Geral**. Organizado por BALLY, Charles; SECHEHAYE, Albert; com colaboração de RIEDLINGER, Albert. Tradução de CHELINI, Antônio; PAES, José Paulo; BLIKSTEIN, Izidoro, a partir do original Cours de Linguistique Générale. São Paulo: Editora Cultrix, 27ª ed., 2006, p. 17-23.

5 AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; e RAFFO, Julio. **Introducción al derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 3ª ed., 1999, p. 78.

6 FIDALGO, Antônio; GRADIM, Anabela. **Manual de Semiótica**. Universidade da Beira Interior (UBI). Covilhã, Portugal: Livro eletrônico, 2005, p. 15. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/fidalgo-antonio-manual-semiotica-2005.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2020.

7 AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; e RAFFO, Julio. **Introducción al derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 3ª ed., 1999, p. 80.

8 FIDALGO, Antônio; GRADIM, Anabela. **Manual de Semiótica**. Universidade da Beira Interior (UBI). Covilhã, Portugal: Livro eletrônico, 2005, p. 8-14. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/fidalgo-antonio-manual-semiotica-2005.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2020.

Todo signo é composto de duas facetas indissociáveis. A primeira é o *significado*, que é o conceito do objeto ou evento ao qual se está referindo. A segunda é o *significante*, que é a imagem que traz o conceito. Essa imagem pode ser visual (no caso de uma palavra escrita), acústica (no caso de uma palavra falada), olfativo (no caso de um odor), gustativa (no caso de um sabor), ou até tátil (no caso de um toque)<sup>9</sup>. O estudo das relações entre significante e significado é denominado de Semântica, a qual é considerada um dos três planos da Semiótica, situado logo após a Sintaxe e imediatamente antes da Pragmática.

A Filosofia da Linguagem, por sua vez, é a tentativa de proporcionar descrições filosóficas de certas características gerais da linguagem, tais como a verdade, o significado e a necessidade. Este ramo da Filosofia parte do pressuposto de que é observável que as pessoas se comunicam e que, dentre essas comunicações, dizem coisas que efetivamente queriam dizer; entendem o que foi dito; fazem perguntas; dão ordens; fazem promessas, pedem desculpas, dentre outros. Com efeito, dentro da Filosofia da Linguagem, é possível levantar uma miríade de questionamentos de ordem filosófica e com significativa relevância para o estudo do Direito, dentre os quais destaca-se o seguinte problema: *como um enunciado pode ser considerado verdadeiro e como pode ser considerado falso?*<sup>10</sup>.

Neste ponto, é válido definir o que são *enunciados (sentences)* ou *sentenças*, os quais são termos utilizados como sinônimos neste trabalho. De acordo com Riccardo Guastini, enunciado é qualquer expressão linguística sob forma acabada<sup>11</sup>.

Os enunciados, assim como os signos, também são compostos de duas facetas: as *orações* e as *proposições*. As orações são as estruturas formadas pela combinação de significantes, enquanto as proposições são os conceitos completos por traz das orações, ou seja, seus significados<sup>12</sup>. Diz-se que as orações são atadas a um determinado idioma e suas regras gramaticais, contudo, as proposições não estão atadas a nenhuma destas<sup>13</sup>. Isso porque a proposição não é a oração em si própria (esta composta por palavras em algum idioma determinado, ordenadas sob regras gramaticais específicas, ou seja, na forma de um conjunto de significantes), mas sim o conteúdo da oração<sup>14</sup>.

Quando se migra do estudo da Linguística feito por linguistas, para o estudo feito por juristas, passa a ter maior importância a diferenciação da linguagem entre descritiva e prescritiva. O discurso descritivo é aquele cuja função é de formular e transmitir informação e conhecimento. O discurso prescritivo, por sua vez, é aquele cuja função é de modificar, influenciar ou dirigir o comportamento das pessoas<sup>15</sup>.

9 SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de Linguística Geral**. Organizado por BALLY, Charles; SECHEHAYE, Albert; com colaboração de RIEDLINGER, Albert. Tradução de CHELINI, Antônio; PAES, José Paulo; BLIKSTEIN, Izidoro, a partir do original Cours de Linguistique Générale. São Paulo: Editora Cultrix, 27ª ed., 2006, p. 79-81.

10 SEARLE, John. **Actos de habla: Ensayos de Filosofía del Lenguaje**. Tradução de VILLANUEVA, Luis M. Valdés, a partir do original Speech Acts: Na Essay in the Philosophy of Language, 1969. Barcelona: Planeta-Agostini, 7ª ed., 1994, p. 13-14.

11 GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de BINI, Edson. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 25.

12 AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; e RAFFO, Julio. **Introducción al derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 3ª ed., 1999, p. 86-87.

13 COPI, Irving M; COHEN, Carl. **Introducción a la lógica**. Tradução de SANDOVAL, Jorge Alejandro Rangel, do original Introduction to Logic. México: Limusa, 2ª ed., 2013, p. 5.

14 ECHAVE, Delia Teresa; URQUIJO, María Eugenia; GUIBOURG, Ricardo A. **Lógica, proposición y norma**. Buenos Aires: Coleção Filosofía y Derecho, nº 9, Editorial Astrea, 2ª reimpressão, 1986, p. 36-37.

15 GUASTINI, Riccardo. **Distinguendo: estudios de teoría y metateoría del derecho**. Tradução de BELTRÁN, Jordi Ferrer i. Barcelona: Gedisa Editorial, Coleção ClaDeMa/Derecho de Filosofía del derecho, 1ª ed., 1999, p. 92.

A verdade, por sua vez, é uma propriedade que está associada à proposição (ou seja, ao significado) e não à oração<sup>16</sup>. Quando um enunciado faz referência a certos estados de coisas, de tal forma que é possível determinar se a proposição que este enunciado traz é verdadeira ou falsa, se está diante de um enunciado descritivo (também chamado “declarativo”), cuja verdade depende da existência real dos estado de coisas descrito<sup>17</sup>. Dentro da situação hipotética que motiva o presente estudo, é possível observar, sem dificuldades, por exemplo, que:

*r: A infração em questão foi punida com penalidade de advertência.*

Na prática, a melhor forma de indagar se um enunciado é verdadeiro é comparar a experiência atual com as experiências passadas que serviram para cunhar a oração em questão dentro uma determinada comunidade linguística<sup>18</sup>. Assim, o enunciado “*r*” faz referência a um estado de coisas verdadeiro, já que, comparando-se a situação em questão com as experiências anteriores, é verificável que a decisão administrativa da Autoridade competente corresponde ao que a comunidade linguística convencionou chamar de ato administrativo e que a consequência de tal ato, quando transitado em julgado, é a efetiva penalização do servidor com aquilo que socialmente se cristalizou como uma advertência. Nesse sentido, a verdade nada mais é do que “o atributo de uma proposição que afirma o que realmente é o caso”<sup>19</sup>.

Sentenças prescritivas, por sua vez, não podem ser verdadeiras, nem falsas. Echave, Urquijo e Guibourg, nesse diapasão, entendem que quanto à determinado enunciado, o mais relevante é saber se ele pode ser verdadeiro ou falso, caso no qual será descritivo. Um enunciado prescritivo, por sua vez, não poderia ser verdadeiro, nem falso<sup>20</sup>. Na situação hipotética ora analisada, um exemplo pertinente de enunciado prescritivo seria:

*p: A celebração de TAC é obrigatória se, e somente se, a infração é de lesividade mínima e todos os outros requisitos restam verificados.*

Veja-se que o enunciado em questão não tem qualquer valor veritativo, até porque não faz referência a nenhuma situação específica. Outro ponto relevante a se destacar é que está escrito no modo indicativo da Língua Portuguesa, como uma afirmação, e não no modo imperativo, na forma de um comando, como se poderia pensar que apareceriam enunciados cujo objetivo é de dirigir o comportamento dos indivíduos.

16 AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; e RAFFO, Julio. **Introducción al derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 3ª ed., 1999, p. 87.

17 ECHAVE, Delia Teresa; URQUIJO, Maria Eugenia; GUIBOURG, Ricardo A. **Lógica, proposición y norma**. Buenos Aires: Coleção Filosofía y Derecho, nº 9, Editorial Astrea, 2ª reimpressão, 1986, p. 37.

18 AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; e RAFFO, Julio. **Introducción al derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 3ª ed., 1999, p. 87.

19 COPI, Irving M; COHEN, Carl. **Introducción a la lógica**. Tradução de SANDOVAL, Jorge Alejandro Rangel, do original Introduction to Logic. México: Limusa, 2ª ed., 2013, p. 17.

20 ECHAVE, Delia Teresa; URQUIJO, Maria Eugenia; GUIBOURG, Ricardo A. **Lógica, proposición y norma**. Buenos Aires: Coleção Filosofía y Derecho, nº 9, Editorial Astrea, 2ª reimpressão, 1986, p. 37-38.

## 2.2. LÓGICA, VERDADE E VALIDADE

A Lógica é o estudo dos princípios e métodos utilizados para distinguir o raciocínio correto do raciocínio incorreto<sup>21</sup>. As proposições, como já se definiu, são os conceitos completos por traz das orações (ou seja, seus significados), o efetivo conteúdo do enunciado<sup>22</sup>. Estas proposições, por sua vez, são “os ladrilhos dos quais são feitos os argumentos”, pois os *argumentos* são um grupo de proposições do qual se diz que uma delas se segue à outra (ou outras), tomada como base (ou fundamento) para a verdade da primeira. Às proposições que servem de base (ou fundamento) para que se ateste a veracidade de outra, chama-se *premissas*. À proposição que resulta das premissas chama-se *conclusão*<sup>23</sup>.

Dito de outra forma, um argumento é um conjunto estruturado de proposições, que ensejam uma inferência. Uma *inferência*, por sua vez, é o processo que liga (ou pode ligar) um conjunto de proposições. Assim, cada argumento, simples ou complexo, consiste em um grupo de proposições, das quais uma é a conclusão e as outras são as premissas oferecidas como suporte. Daí se conclui que, sendo um argumento composto de diversas proposições, nenhuma proposição pode, por si mesma, ser um argumento<sup>24</sup>.

Navarro e Rodríguez complementam este conceito afirmando que um argumento pode ser definido como “um grupo de proposições, em determinado idioma, no qual a veracidade de um deles (a conclusão) é garantida pela veracidade das outras (as premissas)”<sup>25</sup>.

Todo argumento afirma que suas premissas oferecem fundamentos para a verdade de sua conclusão, mas há duas maneiras distintas nas quais uma conclusão se sustenta em suas premissas e, portanto, há duas classes de argumentos. Os *argumentos indutivos* são aqueles que não são conclusivos, de modo que, mesmo que as premissas sejam verdadeiras, não necessariamente a conclusão também o será. Isso porque as premissas suportam apenas um certo grau de probabilidade acerca da conclusão. Quanto maior for esta probabilidade, maior é o mérito do argumento indutivo<sup>26</sup>.

Os *argumentos dedutivos*, por sua vez, são aqueles que afirmam que sua conclusão está apoiada por suas premissas de maneira conclusiva, ou seja, que se suas premissas são verdadeiras, sua conclusão, necessariamente, também assim será. Caso esta afirmação esteja correta, o argumento é *válido*. Caso esta afirmação esteja incorreta, o argumento é *inválido*. Dizer que um argumento é válido, portanto,

21 COPI, Irving M; COHEN, Carl. **Introducción a la lógica**. Tradução de SANDOVAL, Jorge Alejandro Rangel, do original Introduction to Logic. México: Limusa, 2ª ed., 2013, p. 4.

22 ECHAVE, Delia Teresa; URQUIJO, María Eugenia; GUIBOURG, Ricardo A. **Lógica, proposición y norma**. Buenos Aires: Coleção Filosofía y Derecho, nº 9, Editorial Astrea, 2ª reimpressão, 1986, p. 36-37.

23 COPI, Irving M; COHEN, Carl. **Introducción a la lógica**. Tradução de SANDOVAL, Jorge Alejandro Rangel, do original Introduction to Logic. México: Limusa, 2ª ed., 2013, p. 7.

24 COPI, Irving M; COHEN, Carl. **Introducción a la lógica**. Tradução de SANDOVAL, Jorge Alejandro Rangel, do original Introduction to Logic. México: Limusa, 2ª ed., 2013, p. 7-8.

25 NAVARRO, Pablo. E.; RODRÍGUEZ, Jorge L. **Deontic logic and legal systems**. Nova York, Estados Unidos: Cambridge University Press, Cambridge Introduction to Philosophy and Law Series, 2014, p. 3.

26 COPI, Irving M; COHEN, Carl. **Introducción a la lógica**. Tradução de SANDOVAL, Jorge Alejandro Rangel, do original Introduction to Logic. México: Limusa, 2ª ed., 2013, p. 14-16.

é dizer que não é possível que sua conclusão seja falsa se suas premissas são verdadeiras<sup>27</sup>. Do ponto de vista da relação da Lógica com a argumentação, o próprio objetivo da Lógica seria de codificar esquemas argumentativos que garantiriam que a conclusão será verdadeira caso as premissas sejam verdadeiras<sup>28</sup>.

Pelo exposto, se conclui que verdade e falsidade são atributos das proposições individualmente consideradas, enquanto validade e invalidade são atributos dos argumentos. Vale dizer que as relações entre proposições verdadeiras (ou falsas) e argumentos válidos (ou inválidos) são de natureza complexa, de modo que há várias combinações possíveis<sup>29</sup>.

A ligação entre verdade e validade, portanto, é meramente condicional. A verdade é determinada pelo conteúdo das premissas (ou seja, o significado das proposições), enquanto a validade é determinada pela estrutura formal dos enunciados<sup>30</sup>.

Importa destacar que a validade e a invalidade são características restritas aos argumentos dedutivos. Argumentos indutivos não podem ser válidos ou inválidos. O argumento dedutivo, portanto, é aquele que estabelece sua conclusão se segue suas premissas, e este estabelecimento não é uma questão de grau, não dependendo, de nenhuma maneira, de qualquer outro elemento<sup>31</sup>.

### 2.3. NORMA, ARGUMENTAÇÃO E A FORMALIZAÇÃO DO PARADOXO LÓGICO

Em sentido estrito, uma norma poderia ser entendida como uma prescrição, ou uma regra de conduta, cujo objetivo é qualificar determinado comportamento como obrigatório. A norma que qualifica uma *obrigação* é um mandato e a obediência a um mandato se chama *execução*. Paralelamente, a norma que qualifica uma *omissão* se chama *proibição*. Ocorre que também se pode entender por norma, em sentido mais amplo, tudo aquilo que é pertencente ao direito, significando a linguagem das fontes, ou linguagem do legislador (Constituição, leis, regulamentos, dentre outros discursos produtivos de direito)<sup>32</sup>.

Para Hans Kelsen, norma, de fato, traduz algo que deve ser ou deve acontecer, contudo, o autor também defende que esse dever não é somente um comando, mas sim também uma permissão (à qual chama de *autorização*) e/ou uma conferência do poder de realizar algo, especialmente o poder de estabelecer outras normas, ao qual chama de *competência*. No uso corrente da linguagem, apenas ao ordenar (comandar)

27 COPI, Irving M; COHEN, Carl. **Introducción a la lógica**. Tradução de SANDOVAL, Jorge Alejandro Rangel, do original Introduction to Logic. México: Limusa, 2ª ed., 2013, p. 13-16.

28 NAVARRO, Pablo. E.; RODRÍGUEZ, Jorge L. **Deontic logic and legal systems**. Nova York, Estados Unidos: Cambridge University Press, Cambridge Introduction to Philosophy and Law Series, 2014, p. 3-4.

29 COPI, Irving M; COHEN, Carl. **Introducción a la lógica**. Tradução de SANDOVAL, Jorge Alejandro Rangel, do original Introduction to Logic. México: Limusa, 2ª ed., 2013, p. 17.

30 NAVARRO, Pablo. E.; RODRÍGUEZ, Jorge L. **Deontic logic and legal systems**. Nova York, Estados Unidos: Cambridge University Press, Cambridge Introduction to Philosophy and Law Series, 2014, p. 4.

31 COPI, Irving M; COHEN, Carl. **Introducción a la lógica**. Tradução de SANDOVAL, Jorge Alejandro Rangel, do original Introduction to Logic. México: Limusa, 2ª ed., 2013, p. 13.

32 GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de BINI, Edson. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 45-46.

corresponderia um dever, contudo, no Direito, *dever* seria todo ato intencionalmente direcionado à pessoa de outrem, de modo que nele se incluem o *ter permissão* e o *poder* (este último no sentido de *ter competência*)<sup>33</sup>.

Nesse sentido, observa-se que todo discurso legislativo está repleto de enunciados que não são, exatamente, prescrições. Exemplos significativos são os enunciados que definem termos da linguagem normativa, ou seja, que trazem a maneira correta de se compreender determinado termo jurídico. Na situação hipotética ora analisada, um enunciado assim seria:

**Norma:** *Uma infração disciplinar é de lesividade mínima (menor potencial ofensivo) se, e somente se, for punível com advertência.*

Nessa toada, Riccardo Guastini apresenta o conceito de “disposição”, como “qualquer enunciado que faça parte de um documento normativo” (ou de uma fonte do Direito). Em cima do conceito de disposição, tenta construir uma definição ampla de norma, que seja capaz de abarcar enunciados como os do exemplo anterior. Para o autor, norma poderia ser definida como “todo enunciado que constitua o sentido ou significado atribuído (por qualquer um) a uma disposição (ou a um fragmento de disposição, ou a uma combinação de disposições, ou a uma combinação de fragmentos de disposições)”<sup>34</sup>.

Paralelamente, sob o ponto de vista sintático, os enunciados do discurso descritivo estão, em geral, no modo indicativo. Enquanto isso, os enunciados do discurso prescritivo têm, na maioria das vezes, forma imperativa ou forma de sentenças deônticas, as quais são aquelas formuladas mediante o emprego do verbo auxiliar *dever* ou expressões traduzíveis em termos de dever, como *obrigação*, *obrigatório*, *proibido*, *permitido*, dentre outras. Deve-se ressaltar, no entanto, segundo Guastini, que a forma (ou o modo) na qual se encontra o enunciado é apenas um indício – e não uma prova conclusiva – para se definir se o caráter de determinada norma é prescritivo ou descritivo<sup>35</sup>.

No mesmo sentido, Von Wright denota que sentenças indicativas podem ser usadas para expressar normas, em especial quando usadas no tempo presente ou no tempo futuro. Para o autor, o uso do modo imperativo como formulação de normas não é exclusivo. Em verdade, nem sempre é possível, para uma norma, ainda que prescritiva, ser formulada no modo imperativo. No caso de mandatos (prescrições tipo “O”), parece sempre ser possível – ainda que não necessariamente obrigatório – escrevê-las em modo imperativo. Contudo, as prescrições permissivas (prescrições tipo “P”), se expressam na forma de sentenças deônticas, usando o verbo auxiliar *poder*. Ainda que seja possível, em alguns casos, usar o imperativo de forma permissiva, como nos casos de enunciados do tipo “faça isto, se assim desejar”

33 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de MACHADO, João Baptista. São Paulo: WMF Martins Fontes, 8ª ed., 8ª tiragem, 2009, p. 5-6.

34 GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de BINI, Edson. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 25-26.

35 GUASTINI, Riccardo. **Distinguendo: estudios de teoría y metateoría del derecho**. Tradução de BELTRÁN, Jordi Ferrer i. Barcelona: Gedisa Editorial, Coleção ClaDeMa/Derecho de Filosofía del derecho, 1ª ed., 1999, p. 93.

(por exemplo, a luz verde de um semáforo indica “cruze, se assim desejar” e não “cruze” somente), este uso não é comum, de modo que as normas podem, sim, ser formuladas na forma de enunciados deônticos (e frequentemente o são)<sup>36</sup>.

Assim, observa-se que, para Von Wright, jamais serão os aspectos mórficos (sintaxe) da norma que dirão se determinado enunciado é ou não uma norma. É, em verdade, o uso da sentença, e não seu aspecto (ou seja, é o *significado*), que determinaria se o significante em questão constitui ou não uma formulação de norma. A noção de norma, portanto, é primária (ou anterior) à noção de formulação da norma, já que, na prática, se usa a própria noção de norma para determinar se determinada sentença foi usada como uma formulação de norma ou não<sup>37</sup>.

Esta conclusão parece estar significativamente bem alinhada com aquela de Guastini, de que não existe uma correspondência biunívoca entre a forma sintática dos enunciados e sua função (descritiva ou prescritiva)<sup>38</sup>.

Em contraposição, sob o ponto de vista semântico, como já se abordou, a linguagem descritiva tem como principal característica a possibilidade de se lhe atribuir o valor veritativo. Assim, enunciados descritivos podem ser verdadeiros ou falsos. Sentenças prescritivas, por sua vez, não podem ser verdadeiras, nem falsas.

Nesse sentido, de acordo com Kelsen, é inteiramente possível, em uma mesma ordem jurídica, que normas com sentidos inconciliáveis sejam produzidas. Nestes casos, ocorrerá um conflito de normas, que poderá ser resolvido seguindo os mecanismos específicos para este fim, previamente estabelecidos pela ordem jurídica, em especial pela interpretação. Não se trata, no entanto, de uma contradição. Isso porque uma *contradição* ocorre, em verdade, quando dentre duas afirmações somente uma pode ser verdadeira<sup>39</sup>.

Vale ressaltar que o autor utiliza o termo *afirmações* no sentido de sentenças descritivas, mas, como já anteriormente se evidenciou, nem toda afirmação – e nem toda sentença no modo indicativo – é descritiva (podendo, por certo, ser prescritiva). Assim, o ensinamento de Kelsen poderia ser melhor entendido como *há contradição quando dentre dois enunciados descritivos, somente um pode ser verdadeiro*.

Esta concepção está em total harmonia com o entendimento desenvolvido até o presente momento, em especial com a posição de Riccardo Guastini, para quem as sentenças prescritivas não podem ser verdadeiras, nem falsas, de modo que a linguagem prescritiva, quanto a valores de verdade, não tem semântica alguma<sup>40</sup>.

Von Wright, por sua vez, adiciona uma camada adicional de complexidade à discussão em tela. Concorda com Guastini quando aponta que as prescrições

36 VON WRIGHT, Georg Henrik. **Norma y acción: una investigación lógica**. Tradução de FERRERO, Pedro García, a partir do original Norm and Action: A logical Enquiry. Madrid: Editorial Tecnos, Coleção Estructura y función, nº 30, 1970, p. 112-117.

37 VON WRIGHT, Georg Henrik. **Norma y acción: una investigación lógica**. Tradução de FERRERO, Pedro García, a partir do original Norm and Action: A logical Enquiry. Madrid: Editorial Tecnos, Coleção Estructura y función, nº 30, 1970, p. 117-118.

38 GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de BINI, Edson. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 50.

39 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de MACHADO, João Baptista. São Paulo: WMF Martins Fontes, 8ª ed., 8ª tiragem, 2009, p. 229-230.

40 GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de BINI, Edson. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 52.

carecem de valor veritativo, mas adiciona que isso não constitui impedimento para que formulações de norma (significantes) denotem determinado sentido (significado). O autor exemplifica seu raciocínio com a sentença “Pode estacionar o carro em frente à minha casa”, a qual pode ser interpretada de duas maneiras. A primeira é de que se está dando permissão para que alguém estacione. Nesse caso, a sentença seria uma formulação de norma prescritiva e, portanto, não haveria que se falar em verdade ou falsidade. As mesmas palavras, no entanto, poderiam ser usadas para dar informação, a quem perguntava, acerca das regras vigentes a respeito do estacionamento de carros naquela determinada região, caso no qual se trataria de uma sentença descritiva e que, portanto, poderia ser verdadeira (caso existisse norma permitindo o estacionamento ou não existisse norma proibindo) ou falsa (caso existisse norma proibitiva)<sup>41</sup>.

A existência ou não desta norma (que permite ou não o estacionamento) é o próprio fundamento veritativo da sentença descritiva. Assim, para o Direito, o fundamento de verdade de sentenças descritivas nada mais é do que a própria *existência* de norma sobre a matéria. Segundo Von Wright, isto é válido para qualquer tipo de norma, estando ela no modo imperativo, no modo indicativo, ou sendo ela uma sentença deontica. À proposição de que determinada norma existe, Von Wright denomina *proposição normativa*. Assim, a proposição normativa é descritiva e, portanto, pode ser verdadeira ou falsa dependendo se a norma existe ou não (o que é um fato empiricamente observável, no qual descansa o próprio vínculo das normas com a realidade), contudo, à norma em si não se aplicam as definições de verdade ou falsidade<sup>42</sup>.

As duas normas até então elaboradas, relativas ao caso hipotético que conduz o presente trabalho, portanto, poderiam ser enunciadas como proposições normativas (associadas a prescrições de tipo “O”) da seguinte maneira, conforme a notação preconizada por Echave, Urquijo e Guibourg<sup>43</sup>:

**Op:** *Existe uma norma que declara que a celebração de TAC é obrigatória se, e somente se, a infração é de lesividade mínima e todos os outros requisitos restam verificados.*

**Constante A:** *Verificação da lesividade mínima*

**Constante B:** *Obrigatoriedade de oferecimento de TAC*

**Constante C:** *Verificação dos demais requisitos*

**Variável x:** *Uma infração qualquer*

**( $\forall x$ ) [(Ax.Cx)  $\equiv$  Bx]**

**Oq:** *Existe uma norma que declara que uma infração disciplinar é de lesividade mínima (menor potencial ofensivo) se, e somente se, for punível com advertência.*

41 VON WRIGHT, Georg Henrik. **Norma y acción: una investigación lógica**. Tradução de FERRERO, Pedro García, a partir do original Norm and Action: A logical Enquiry. Madrid: Editorial Tecnos, Coleção Estructura y función, nº 30, 1970, p. 118-119.

42 VON WRIGHT, Georg Henrik. **Norma y acción: una investigación lógica**. Tradução de FERRERO, Pedro García, a partir do original Norm and Action: A logical Enquiry. Madrid: Editorial Tecnos, Coleção Estructura y función, nº 30, 1970, p. 120-121.

43 ECHAVE, Delia Teresa; URQUIJO, María Eugenia; GUIBOURG, Ricardo A. **Lógica, proposición y norma**. Buenos Aires: Coleção Filosofía y Derecho, nº 9, Editorial Astrea, 2ª reimpressão, 1986.

**Constante D:** Punível com advertência

**Constante A:** Verificação da lesividade mínima

**Variável x:** Uma infração qualquer

**( $\forall x$ ) (Dx  $\equiv$  Ax)**

Sabendo-se que todos os outros requisitos para oferecimento de TAC, foram cumpridos, bem como que a decisão administrativa, de fato, condenou o servidor à penalidade de advertência, é possível transformar as proposições normativas anteriormente apresentadas em premissas especificamente relativas ao caso em tela (este representado pela constante "Y", tal que " $x = Y$ " e "Y" é a infração específica verificada no caso concreto) como segue:

**p:** A celebração de TAC é obrigatória, no caso em tela se, e somente se, a infração é de lesividade mínima e todos os outros requisitos restam verificados.

**(AY.CY)  $\equiv$  BY**

**q:** A infração em questão é de lesividade mínima (menor potencial ofensivo) se, e somente se, for punível com advertência.

**DY  $\equiv$  AY**

**r:** A infração em questão foi punida com penalidade de advertência.

**r é uma premissa verdadeira (DY é verdadeiro)**

**s:** Todos os demais requisitos para o oferecimento de TAC restam preenchidos.

**s é uma premissa verdadeira (CY é verdadeiro)**

Utilizando-se o método dedutivo de argumentação, sabe-se que, em um argumento válido, se as premissas são verdadeiras, a conclusão, necessariamente, também será<sup>44</sup>.

Assim, quanto à premissa "q", se **DY** é verdadeiro (ou seja, é verdadeira a premissa "r") e trata-se de proposição bicondicional, infere-se que **AY** também será, necessariamente, verdadeiro:

DY	AY	DY $\equiv$ AY
V	V	V
F	V	F
V	F	F
F	F	V

Assim, a proposição "t" a seguir será, necessariamente, verdadeira:

**t:** A infração em questão é de lesividade mínima.

**t é uma proposição verdadeira (AY é verdadeiro)**

44 COPI, Irving M; COHEN, Carl. **Introducción a la lógica**. Tradução de SANDOVAL, Jorge Alejandro Rangel, do original Introduction to Logic. México: Limusa, 2ª ed., 2013, p. 13-14.

Quanto à premissa “*p*”, se **CY** é verdadeiro (ou seja, é verdadeira a proposição “*s*”), infere-se que **AY.CY ≡ BY** também será, necessariamente, verdadeiro:

AY	CY	AY.CY	BY	(AY.CY) ≡ BY
V	V	V	V	V
F	V	F	V	V
V	F	F	F	F
F	F	F	F	V

A consequência, portanto, é que **BY** também será verdadeiro, ou seja, que é obrigatório o oferecimento de TAC no caso concreto:

**u:** *No caso em tela, é obrigatório o oferecimento de TAC.*

**u é uma conclusão verdadeira (BY é verdadeiro)**

Considere-se, agora, as seguintes premissas, também pertinentes ao caso concreto e derivadas da decisão administrativa (ato administrativo) que aplicou a penalidade de advertência:

**v:** *Se a infração em questão importa em privação indevida à liberdade – pequena ou grande – ela é grave.*

**EY ⊃ FY**

**w:** *A infração em questão implicou em privação indevida à liberdade.*

**v é uma premissa verdadeira (EY é verdadeiro)**

**z:** *Se a infração em questão é grave, então ela não é de lesividade mínima.*

**FY ⊃ -AY**

No âmbito da lógica proposicional, ainda utilizando-se o método dedutivo, seguindo a lei “*modus ponens*”, diante de uma proposição condicional, quando se afirma o antecedente, pode-se concluir que o conseqüente será verdadeiro<sup>45</sup>.

Assim, quanto à proposição “*v*”, como não é possível existir antecedente verdadeiro com conseqüente falso, e sabendo-se que **EY** é verdadeiro (ou seja, é verdadeiro a proposição “*w*”), infere-se que (EY ⊃ FY) também será, necessariamente, verdadeiro. Veja-se a tabela-verdade:

EY	FY	EY ⊃ FY
V	V	V
F	V	V
V	F	F
F	F	V

45 ECHAVE, Delia Teresa; URQUIJO, María Eugenia; GUIBOURG, Ricardo A. **Lógica, proposición y norma**. Buenos Aires: Coleção Filosofia y Derecho, nº 9, Editorial Astrea, 2ª reimpressão, 1986, p. 104.

Pela mesma lei, se **FY** é verdadeiro, então **AY** será, necessariamente, falso no âmbito da proposição "**z**", porque o consequente de **(FY → -AY)** é a negação de **AY**:

FY	AY	-AY	FY $\supset$ -AY
V	V	F	F
F	V	F	V
V	F	V	V
F	F	V	V

Assim, a proposição "**t**" a seguir será, necessariamente, verdadeira:

**t'**: *A infração em questão não é de lesividade mínima.*

**t' é uma proposição verdadeira (AY é falsa)**

Assim, quanto à premissa "**p**", se **CY** é verdadeiro (ou seja, é verdadeira a proposição "**s**"), infere-se que **AY.CY** será, necessariamente, falso.

AY	CY	AY.CY
V	V	V
F	V	F
V	F	F
F	F	F

Pela lógica do bicondicional, no entanto, se **AY.CY** é falso, infere-se que **[(AY.CY)  $\equiv$  BY]** somente poderá ser verdadeiro se **BY** for falso:

AY.CY	BY	(AY.CY) $\equiv$ BY
V	V	V
F	V	F
V	F	F
F	F	V

A consequência, portanto, é que **BY** também será falso, ou seja, que não é obrigatório o oferecimento de TAC no caso concreto:

**u'**: *Na infração em questão, não deve ser oferecido TAC.*

**u' é uma conclusão verdadeira (BY é falso)**

Ocorre que a proposição "**t**" é a negação de "**t'**", enquanto a proposição "**u**" é a negação de "**u'**". Na situação posta, portanto, a afirmação de que a infração em questão seria de lesividade mínima é, ao mesmo tempo, verdadeira e falsa. Isso também se dá para a afirmação de que o oferecimento de TAC é obrigatório. Sabe-se, no entanto, que isto não é possível no mundo observável, posto que, quando uma das proposições em questão for verdadeira, a outra deve, necessariamente, ser

falsa<sup>46</sup>. Observa-se, então, uma *contradição*, a qual é aplicável tendo em vista que se trata de proposições descritivas.

Pelo princípio lógico da não-contradição, no entanto, nenhuma proposição – seja ela uma premissa ou uma conclusão – pode ser verdadeira e falsa ao mesmo tempo. Assim, qualquer enunciado lógico que leve a essa conclusão será *formalmente falso*. Vale ressaltar que a não-contradição está estreitamente vinculada à ideia de que a linguagem deve servir para transmitir informações, de modo que não somente é necessário que cada proposição tenha sempre o mesmo valor de verdade, mas também é imprescindível que esse valor seja um só. É justamente por essa razão que as tabelas-verdade atribuem somente um valor a cada fórmula, em cada caso possível<sup>47</sup>.

Comprova-se, portanto, formalmente, que a situação hipotética posta apresenta evidente inconsistência argumentativa do ponto de vista lógico. A partir deste ponto, passa-se a discutir qual o efeito desta contradição sobre o ato administrativo decisório que a carrega.

### 3. INCONSISTÊNCIA LÓGICO-ARGUMENTATIVA COMO VÍCIO DE MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO E A POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL POSTERIOR

Um ato administrativo unilateral pode ser definido, para Hely Lopes Meirelles, como uma “manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir; resguardar; transferir; modificar; extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria”<sup>48</sup>.

A decisão administrativa hipotética ora analisada (que, como demonstrado, apresenta inconsistência lógica), portanto, se enquadra nesta classificação, visto que modifica direito e impõe obrigação ao administrado, servidor condenado à penalidade de advertência.

Todo ato administrativo é composto por cinco elementos básicos, (i) competência; (ii) finalidade; (iii) forma; (iv) objeto e (v) motivo<sup>49</sup>. A competência é o poder atribuído ao agente da Administração Pública para o desempenho de suas funções, a qual resulta de lei e é por ela delimitada, tratando-se elemento vinculado do ato administrativo<sup>50</sup>.

Outro elemento vinculado do ato administrativo é a finalidade, que pode ser definida como o resultado que a Administração Pública deseja alcançar com a prática

46 ECHAVE, Delia Teresa; URQUIJO, María Eugenia; GUIBOURG, Ricardo A. **Lógica, proposición y norma**. Buenos Aires: Coleção Filosofía y Derecho, nº 9, Editorial Astrea, 2ª reimpressão, 1986, p. 115.

47 ECHAVE, Delia Teresa; URQUIJO, María Eugenia; GUIBOURG, Ricardo A. **Lógica, proposición y norma**. Buenos Aires: Coleção Filosofía y Derecho, nº 9, Editorial Astrea, 2ª reimpressão, 1986, p. 84-88.

48 MEIRELLES, Hely, Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Obra continuada por BURLE FILHO, José Emmanuel, com colaboração de BURLE, Carlo Rosado. São Paulo: Malheiros Editores, 42ª ed., 2016, p. 173.

49 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 28ª ed. Revista, ampliada e atualizada até 31.12.2014, 2015, p. 101.

50 MEIRELLES, Hely, Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Obra continuada por BURLE FILHO, José Emmanuel, com colaboração de BURLE, Carlo Rosado. São Paulo: Malheiros Editores, 42ª ed., 2016, p. 175.

do ato<sup>51</sup>, o qual sempre deve estar voltado ao atendimento do interesse público, sob pena de abuso de poder, na espécie desvio de finalidade<sup>52</sup>. No caso hipotético ora discutido, a finalidade da advertência é punir o servidor faltoso e impedir que novas ocorrências da falta venham a ocorrer.

Também a forma é elemento vinculado. Em sentido estrito, ela pode ser definida como o modo como o revestimento exteriorizador do ato administrativo, que pode ser uma portaria, uma instrução normativa, ou uma decisão, como no caso, dentre outros. Em sentido amplo, corresponde ao caminho procedimental que deve ser observado para o aperfeiçoamento do ato, ou seja, são os procedimentos que devem ser seguidos na formação do ato administrativo<sup>53</sup>.

O objeto, a seu turno, é um elemento discricionário, correspondente ao efeito jurídico imediato que o ato produz<sup>54</sup>. No caso em tela, é a advertência em si e seu registro na ficha funcional do servidor, constituem o objeto da decisão administrativa.

O motivo, por sua vez, é a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo<sup>55</sup>. Dentro do estudo do motivo, no entanto, também se faz necessária a diferenciação quanto à motivação, a qual nada mais é do que a própria exposição dos motivos, sua fundamentação. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, são três os elementos da motivação: (i) a regra de Direito habilitante, que é a norma com base na qual se fundamenta o ato administrativo (no caso do ato administrativo de decisão pela aplicação da advertência, a regra de direito é a norma que prevê tal punição); (ii) os fatos nos quais o agente se estribou para decidir (a ocorrência do erro do servidor que resultou em um excesso de prisão) e (iii) a enunciação da “relação de pertinência lógica entre os fatos ocorridos e o ato praticado”<sup>56</sup>.

Há dúvidas, na doutrina, sobre se a motivação é elemento vinculado ou discricionário do ato administrativo, contudo, no caso do PAD, trata-se de elemento vinculado por expressa previsão legal no art. 50, II e §1º, da Lei nº 9.784/99<sup>57</sup>.

No mesmo sentido vai Marcos Augusto Perez, quando sugere o chamado *Teste de Motivo* como mecanismo necessário para averiguar a legalidade de determinado ato administrativo. Para o autor, dentre outras questões, é necessário saber se (i) houve exposição dos motivos de fato e de direito para a fundamentação da decisão administrativa em causa; (ii) se houve indicação de uma norma jurídica como

51 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 30ª ed. Revista, atualizada e ampliada, 2017, p. 289.

52 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 28ª ed. Revista, ampliada e atualizada até 31.12.2014, 2015, p. 121.

53 MEIRELLES, Hely, Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Obra continuada por BURLE FILHO, José Emmanuel, com colaboração de BURLE, Carlo Rosado. São Paulo: Malheiros Editores, 42ª ed., 2016, p. 177.

54 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 30ª ed. Revista, atualizada e ampliada, 2017, p. 286.

55 MEIRELLES, Hely, Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Obra continuada por BURLE FILHO, José Emmanuel, com colaboração de BURLE, Carlo Rosado. São Paulo: Malheiros Editores, 42ª ed., 2016, p. 177.

56 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 27ª ed. Revista, atualizada e ampliada, 2010, p. 400.

57 Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: [...] II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; [...] §1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

fundamento da decisão e (iii) se houve correta qualificação jurídica dos fatos. Uma das formas pelas quais a qualificação jurídica pode conter equívoco, segundo Perez, ocorre com a constatação de que a decisão administrativa não tem consistência do ponto de vista da argumentação lógico-jurídica<sup>58</sup>.

O reconhecimento da necessidade de adequada qualificação jurídica, inclusive, também encontra eco no sistema normativo posto: o art. 2º, parágrafo único, alínea “d”, da Lei nº 4.717/65, dispõe que “a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido”.

Não parece haver dúvidas, portanto de que a inconsistência lógico-argumentativa corresponde a um vício de motivação e, portanto, é ligado ao elemento *motivo* do ato administrativo. Resta, então, saber se um ato administrativo decisório que contenha uma inconsistência lógico-argumentativa é ou não passível de controle judicial.

Vale ressaltar que o controle judicial é “o poder de fiscalização que os órgãos do Poder Judiciário exercem sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário”<sup>59</sup>. Para Maria Sylvia Zanella di Pietro, o Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, independentemente de serem vinculados ou discricionários ou de qualquer outra característica de sua natureza, mas sempre sob o aspecto da legalidade ou da moralidade<sup>60</sup>. Assim, caso se possa dizer que um vício de motivação pode ser entendido como uma violação da legalidade, então, seguindo a lei “*modus ponens*”, a inconsistência lógico-argumentativa, que é um vício de motivação, também constituirá violação da legalidade, pois quando se afirma o antecedente, pode-se concluir que o conseqüente será verdadeiro<sup>61</sup>.

A resposta para este questionamento parece estar na jurisprudência do STJ e na Teoria dos Motivos Determinantes. Esta teoria postula que o administrador se vincula aos motivos elencados para a prática do ato administrativo. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, os motivos que determinam a vontade do agente público e servem de suporte à sua decisão integram a validade do ato, de modo que motivos falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados constituem violações ao princípio da legalidade, passíveis de controle judicial<sup>62</sup>.

Mesmo nos casos de atos administrativos que não precisavam ser motivados, mas cuja motivação foi apresentada, a motivação passa a ser vinculante, ou seja, os motivos passam a integrar a estrutura do ato e se tornam condição para sua validade<sup>63</sup>. Isso

58 PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de Legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2020, p. 256-259.

59 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 28ª ed. Revista, ampliada e atualizada até 31.12.2014, 2015, p. 1050.

60 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 30ª ed. Revista, atualizada e ampliada, 2017, p. 989-990.

61 ECHAVE, Delia Teresa; URQUIJO, María Eugenia; GUIBOURG, Ricardo A. **Lógica, proposición y norma**. Buenos Aires: Coleção Filosofía y Derecho, nº 9, Editorial Astrea, 2ª reimpressão, 1986, p. 104.

62 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 27ª ed. Revista, atualizada e ampliada, 2010, p. 404.

63 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 30ª ed. Revista, atualizada e ampliada, 2017, p. 291.

porque são os motivos que determinam e justificam a realização do ato, e, por isso mesmo, deve haver correspondência entre estes e a realidade<sup>64</sup>.

Na situação hipotética posta, como já se apontou anteriormente, as afirmações de que a infração seria de lesividade mínima e de que o oferecimento de TAC é obrigatório são, ao mesmo tempo, verdadeiras e falsas, o que, como bem se sabe, não é possível no mundo observável, posto que, quando uma destas proposições for verdadeira, a outra deve ser falsa<sup>65</sup>. Quando se verifica uma contradição lógica em um ato administrativo, portanto, é inevitável concluir que não há correspondência entre seus motivos determinantes e a realidade fática. Na mesma toada vem Marcos Augusto Perez, para quem

[...] motivo e processo administrativo se associam, na atualidade, como elementos essenciais da legalidade na estruturação da decisão administrativa. Ademais, com a disseminação da discricionariedade administrativa, o exame dos motivos, por meio dos quais as autoridades justificam a conveniência e oportunidade de suas ações, passou a centralizar, sob o prisma do controle jurisdicional, boa parte da atenção do Direito Administrativo.<sup>66</sup>

Tanto é assim que o STJ já vem compreendendo, em entendimento até mais abrangente que aquele preconizado por Bandeira de Mello e outros doutrinadores, que há vício de legalidade não apenas quando inexistentes ou inverídicos os motivos suscitados pela Administração Pública, mas também quando verificada a falta de congruência entre as razões explicitadas no ato e o resultado nele contido<sup>67</sup>. A inconsistência lógico-argumentativa nada mais é, por certo, que uma falta de congruência. Na hipótese aqui discutida, tal incongruência é da espécie lógica *contradição*. Relembra-se que, nesse diapasão, há contradição quando dentre dois enunciados descritivos, somente um pode ser verdadeiro<sup>68</sup>.

Ademais, a Corte Superior também já reconheceu, no esteio da Teoria dos Motivos Determinantes, que a motivação da punição administrativa é indispensável para sua validade e que, quando a sanção imposta não guarda observância com as conclusões da Comissão Processante, verifica-se ilegal a punição aplicada por afronta aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade<sup>69</sup>.

64 MEIRELLES, Hely, Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Obra continuada por BURLE FILHO, José Emmnauel, com colaboração de BURLE, Carlo Rosado. São Paulo: Malheiros Editores, 42ª ed., 2016, p. 223.

65 ECHAVE, Delia Teresa; URQUIJO, María Eugenia; GUIBOURG, Ricardo A. **Lógica, proposición y norma**. Buenos Aires: Coleção Filosofía y Derecho, nº 9, Editorial Astrea, 2ª reimpressão, 1986, p. 115.

66 PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de Legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2020, p. 254.

67 [...] II. Na esteira da jurisprudência desta Corte, “consoante a teoria dos motivos determinantes, o administrador vincula-se aos motivos elencados para a prática do ato administrativo. Nesse contexto, há vício de legalidade não apenas quando inexistentes ou inverídicos os motivos suscitados pela administração, mas também quando verificada a falta de congruência entre as razões explicitadas no ato e o resultado nele contido” (STJ, MS 15.290/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe de 14/11/2011). [...] IV. Agravo interno improvido. (AgInt no AREsp nº 153.740/MS, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, STJ, j. 24 mai. 2016, DJe 02 jun. 2016).

68 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de MACHADO, João Baptista. São Paulo: WMF Martins Fontes, 8ª ed., 8ª tiragem, 2009, p. 229-230.

69 [...] 2. A motivação da punição é indispensável para a sua validade, pois é ela que permite a averiguação da conformidade da sanção com a falta imputada ao servidor. Sendo assim, a afronta ao princípio da proporcionalidade da pena no procedimento administrativo, isto é, quando a sanção imposta não guarda observância com as conclusões da Comissão Processante, torna ilegal a reprimenda aplicada, sujeitando-se, portanto, à revisão pelo Poder Judiciário, o qual possui competência para realizar o controle de legalidade e legitimidade dos atos administrativos. [...] (RMS nº 20.665/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, STJ, j. 05 nov. 2009, DJe 30 nov. 2009)

Assim, parece que há, ainda, mais um ponto de contato significativo entre o vício de motivação e a violação da legalidade, na forma dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade<sup>70</sup>. De fato, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é consolidada no entendimento de que o controle de legalidade de atos administrativos pelo Judiciário é possível quando verificada violação a estes princípios<sup>71</sup>. A razoabilidade, portanto, “vai se atrelar à congruência lógica entre as situações postas e as decisões administrativas”<sup>72</sup>.

Nesse sentido, para Carvalho Filho, a falta de congruência viola, de fato, o princípio da legalidade, porque, “no caso, ou há vício nas razões impulsionadoras da vontade, ou o vício estará no objeto desta. A falta de razoabilidade, na hipótese, é puro reflexo da inobservância de requisitos exigidos para a validade da conduta”<sup>73</sup>. Como vício de motivação, portanto, a inconsistência lógico-argumentativa é, na prática, uma violação à legalidade, seja por ofensa direta aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, seja por ofensa reflexa.

#### 4. CONCLUSÃO

O presente artigo buscou, em primeiro lugar, apresentar alguns fundamentos básicos da Lógica, calcados em conceitos de Filosofia da Linguagem, com especial centralidade na relação entre verdade (ou falsidade), validade (ou invalidade) e lógica argumentativa.

Apontou-se que todo signo tem duas facetas: o significado, que é o conceito do objeto ou evento ao qual se está referindo, e o significante, que é a imagem que traz o conceito. Da mesma forma, também os enunciados têm dois aspectos indissociáveis: as orações, que são as estruturas formadas pela combinação de significantes, e as proposições, que são os conceitos completos por traz das orações, ou seja, seus significados.

Sob a égide da Filosofia da Linguagem, um dos questionamentos mais significativos para o Direito é a conceituação de *verdade*. A verdade seria, então, uma propriedade associada à proposição (ou seja, ao significado) e não à oração (significante).

Sob a luz da Lógica, os *argumentos* são um grupo de proposições que contêm *premissas*, as quais são proposições que servem de base para que se ateste a veracidade de outra, chamada de *conclusão*. Os *argumentos dedutivos*, por sua vez,

70 Para Luís Roberto Barroso os dois termos, proporcionalidade e razoabilidade, quando utilizados como instrumentos de ponderação, podem ser utilizados de forma intercambiável, visto que, essencialmente, “abrigam os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos” (BARROSO, Luís Roberto. Interpretação constitucional como interpretação específica. In: CANOTILHO, J. J. G., et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 94).

71 [...] 7. Esta Corte entende possível o controle de legalidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário quando verificada violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Precedentes. [...] (AgInt no RMS nº 51.731/RS, Rel. Min. Gurgel De Faria, Primeira Turma, STJ, j. 16 dez. 2019, DJe 19 dez. 2019)

Além deste, também, MS nº 18.229/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, STJ, j. 26 out. 2016, DJe 19 dez. 2016; MS nº 14.253/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, Terceira Seção, STJ, j. 25 mai. 2011, DJe 23 set. 2011; e MS nº 9.621/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Terceira Seção, STJ, j. 13 abr. 2005, DJe 24 jun. 2008.

72 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 7ª ed., 2004, p. 46.

73 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 28ª ed. Revista, ampliada e atualizada até 31.12.2014, 2015, p. 41.

são aqueles que afirmam que se suas premissas são verdadeiras, sua conclusão, necessariamente, também será.

A seu turno, definiu-se *norma* como um enunciado que constitui o significado atribuído a uma determinada disposição. Paralelamente, à proposição de que determinada norma existe, denominou-se *proposição normativa*, a qual, por ter caráter descritivo, é dotada de valor veritativo, diferentemente das normas em si, às quais não se aplicam as definições de verdade ou falsidade.

Aplicou-se, então, estes conceitos ao caso hipotético proposto e, por meio de tabelas-verdade e da notação proposta por Echave, Urquijo e Guibourg<sup>74</sup>, demonstrou-se formalmente que há inconsistência lógica do tipo *contradição* no caso hipotético do servidor que é condenado, em PAD, à penalidade de advertência, mas ao qual é negada a possibilidade de celebração de TAC por ausência de lesividade mínima da infração, ainda que a definição de lesividade mínima seja dada em função da punição, em tese, com advertência.

Em seguida, passou-se a analisar qual o efeito desta inconsistência lógico-argumentativa sobre o ato administrativo decisório que a carrega. A partir da conceituação de atos administrativos e, principalmente, do elemento do motivo, assentou-se que o ato administrativo que contém incongruência lógica padece de vício de motivação.

Depois, avaliou-se a relação entre o vício de motivação e o aspecto da legalidade, encontrando-se uma possível resposta na Teoria dos Motivos Determinantes e na aplicação abrangente que o STJ, com base nela, vem conferindo ao controle judicial de atos administrativos. Nesse sentido, a Corte vem entendendo que, quando verificada a falta de congruência entre as razões explicitadas no ato e o resultado nele contido, também há vício de legalidade, o qual é passível, então, de controle judicial.

Outro ponto de contato significativo encontrado entre o vício de motivação e a violação da legalidade, está consubstanciado nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo-se assentado que, como vício de motivação, a inconsistência lógico-argumentativa é, na prática, uma violação à legalidade, seja por ofensa direta aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, seja por ofensa reflexa.

Em suma, conclui-se, do presente trabalho, que há, sim, fundamento legal, doutrinário e jurisprudencial para que se defenda o controle judicial posterior de decisões administrativas dotadas de vício de legalidade, quando tal vício for consistente com a contaminação da motivação do ato administrativo por inconsistências lógico-argumentativas.

74 ECHAVE, Delia Teresa; URQUIJO, Maria Eugenia; GUIBOURG, Ricardo A. **Lógica, proposición y norma**. Buenos Aires: Coleção Filosofia y Derecho, nº 9, Editorial Astrea, 2ª reimpressão, 1986.

## REFERÊNCIAS

- AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; e RAFFO, Julio. **Introducción al derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 3ª ed., 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. Interpretação constitucional como interpretação específica. In: CANOTILHO, J. J. G., et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- BRASIL. Advocacia Geral da União (AGU). **Portaria nº 248, de 10 de agosto de 2018**. [Estabelece o Termo de Ajustamento de Conduta como meio alternativo à instauração de processo disciplinar nas hipóteses de irregularidades de menor potencial ofensivo]. Publicada no Suplemento B: Boletim de Serviço Eletrônico nº 32. Poder Executivo Federal, Brasília/DF, 10 ago. 2018.
- BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU). Gabinete do Ministro. **Instrução Normativa nº 2, de 30 de maio de 2017**. Publicada no DOU em 31 mai. 2017: ed. 103: seção 1: p. 43. Poder Executivo Federal, Brasília/DF, 30 mai. 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. **RMS nº 20.665/SC**, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, STJ, j. 05 nov. 2009, Dje 30 nov. 2009. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200501534621&dt\\_publicacao=30/11/2009](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200501534621&dt_publicacao=30/11/2009)>. Acesso em 21 out. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno em Agravo em Recurso Especial. **AgInt no AREsp nº 153.740/MS**, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, STJ, j. 24 mai. 2016, Dje 02 jun. 2016. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201200596337&dt\\_publicacao=02/06/2016](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201200596337&dt_publicacao=02/06/2016)>. Acesso em 21 out. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno em Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. **AgInt no RMS nº 51.731/RS**, Rel. Min. Gurgel De Faria, Primeira Turma, STJ, j. 16 dez. 2019, Dje 19 dez. 2019. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201602092173&dt\\_publicacao=19/12/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602092173&dt_publicacao=19/12/2019)>. Acesso em 21 out. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança. **MS nº 18.229/DF**, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, STJ, j. 26 out. 2016, Dje 19 dez. 2016. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201200363832&dt\\_publicacao=19/12/2016](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201200363832&dt_publicacao=19/12/2016)>. Acesso em 21 out. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança. **MS nº 14.253/DF**, Rel. Min. Jorge Mussi, Terceira Seção, STJ, j. 25 mai. 2011, Dje 23 set. 2011. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200900616678&dt\\_publicacao=23/09/2011](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200900616678&dt_publicacao=23/09/2011)>. Acesso em 21 out. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança. **MS nº 9.621/DF**, Rel. Min. Laurita Vaz, Terceira Seção, STJ, j. 13 abr. 2005, Dje 24 jun. 2008. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200400428811&dt\\_publicacao=24/06/2008](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200400428811&dt_publicacao=24/06/2008)>. Acesso em 21 out. 2020.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 28ª ed. Revista, ampliada e atualizada até 31.12.2014, 2015.
- COPI, Irving M; COHEN, Carl. **Introducción a la lógica**. Tradução de SANDOVAL, Jorge Alejandro Rangel, do original Introduction to Logic. México: Limusa, 2ª ed., 2013.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 30ª ed. Revista, atualizada e ampliada, 2017.
- ECHAVE, Delia Teresa; URQUIJO, Maria Eugenia; GUIBOURG, Ricardo A. **Lógica, proposición y norma**. Buenos Aires: Coleção Filosofía y Derecho, nº 9, Editorial Astrea, 2ª reimpressão, 1986.
- FIDALGO, António; GRADIM, Anabela. **Manual de Semiótica**. Universidade da Beira Interior (UBI). Covilhã, Portugal: Livro eletrônico, 2005. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/fidalgo-antonio-manual-semiotica-2005.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2020.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 7ª ed., 2004.
- GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de BINI, Edson. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005.

GUASTINI, Riccardo. **Distinguendo: estudios de teoría y metateoría del derecho**. Tradução de BELTRÁN, Jordi Ferrer i. Barcelona: Gedisa Editorial, Coleção ClaDeMa/Derecho de Filosofía del derecho, 1ª ed., 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de MACHADO, João Baptista. São Paulo: WMF Martins Fontes, 8ª ed., 8ª tiragem, 2009.

MEIRELLES, Hely, Lopes. **Direito Admsitrativo Brasileiro**. Obra continuada por BURLE FILHO, José Emmmanuel, com colaboração de BURLE, Carlo Rosado. São Paulo: Malheiros Editores, 42ª ed., 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 27ª ed. Revista, atualizada e ampliada, 2010.

NAVARRO, Pablo. E.; RODRÍGUEZ, Jorge L. **Deontic logic and legal systems**. Nova York, Estados Unidos: Cambridge University Press, Cambridge Introduction to Philosophy and Law Series, 2014.

PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de Legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2020.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de Linguística Geral**. Organizado por BALLY, Charles; SECHEHAYE, Albert; com colaboração de RIEDLINGER, Albert. Tradução de CHELINI, Antônio; PAES, José Paulo; BLIKSTEIN, Izidoro, a partir do original Cours de Linguistique Générale. São Paulo: Editora Cultrix, 27ª ed., 2006.

SEARLE, John. **Actos de habla: Ensayos de Filosofía del Lenguaje**. Tradução de VILLANUEVA, Luis M. Valdés, a partir do original Speech Acts: Na Essay in the Philosophy of Language, 1969. Barcelona: Planeta-Agostini, 7ª ed., 1994.

VON WRIGHT, Georg Henrik. **Norma y acción: una investigación lógica**. Tradução de FERRERO, Pedro Garcia, a partir do original Norm and Action: A logical Enquiry. Madrid: Editorial Tecnos, Coleção Estructura y función, nº 30, 1970.

**THE IMPACT OF TOPIC N° 942 OF GENERAL REPERCUSSION OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT ON THE SPECIAL SOCIAL WELFARE POLICY: IS THERE A LIMITATION ON THE CONCESSION AND REVIEW OF THE SOCIAL SECURITY BENEFITS?**

**O IMPACTO DO TEMA N° 942 DE REPERCUSSÃO GERAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL: HÁ LIMITAÇÃO PARA A CONCESSÃO E REVISÃO DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS?**

**Leticia Maria Gonçalves Santos<sup>1</sup>**  
*leticiamgs97@gmail.com*

**Marcus Vinícius Passos Rosa<sup>2</sup>**  
*marcus@kanayama.adv.br*

**Suelen Isabel Estevam da Silva<sup>3</sup>**  
*suelenisabelsilva@gmail.com*

Recebido/Received: 15.11.2021/ November 15th, 2021.  
Aprovado/Approved: 18.01.2022/ January 18th, 2022.

**RESUMO**

Prevista desde a Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), a aposentadoria especial foi reiterada pelo art. 201, § 1º, da Emenda Constitucional 20/1998, que estabeleceu a vedação para a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de benefícios, exceto para aqueles trabalhadores expostos a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e às pessoas com deficiência.

A controvérsia, no entanto, reside na disciplina da atividade especial no âmbito dos Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS), uma vez que, em que pese a previsão constitucional de adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de benefícios aos trabalhadores expostos a condições especiais, a regulamentação do art. 201, § 1º, foi destinada à Lei Complementar, até hoje não editada no âmbito do RPPS.

A lacuna legislativa deu ensejo a uma série de discussões administrativas e judiciais, culminando na edição da Súmula nº 33 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que autorizou que as regras sobre aposentadoria especial do regime geral de previdência social (RGPS) fossem utilizadas no âmbito do RPPS até a edição de norma específica para a regulação para os servidores públicos. Contudo, perdurou a omissão em relação ao direito à conversão, em tempo comum, do prestado sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física de servidor público, dando ensejo ao julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.014.286/SP (Tema nº 942), objeto do presente estudo.

Deste modo, a partir do levantamento jurisprudencial e do entendimento pátrio, a pesquisa busca analisar o contexto histórico da regulamentação da atividade especial

1 Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pós-graduanda em Direito e Prática Processual Previdenciária pelo Instituto de Estudos em Direito Previdenciário. Advogada.

2 Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pós-graduando em Direito e Processo Tributário pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Pesquisador do Centro de Estudos da Constituição do PPGD/UFPR. Advogado.

3 Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Previdenciário e pós-graduanda em Regimes Próprios de Previdência Social pela Escola da Magistratura Federal do Paraná. Advogada.

no RPPS para, em seguida, examinar os contornos da tese definida pelo STF no Tema nº 942, as regulamentações administrativas após o julgamento, bem como as perspectivas futuras em relação ao tema, especialmente no que se refere às possíveis concessões e revisões, administrativas e judiciais, de benefícios previdenciários autorizadas pelo precedente.

O estudo revela que o julgamento do Supremo Tribunal Federal acarretará inúmeros impactos aos Regimes Próprios, que, ainda sem regulamentação administrativa para a conversão da atividade especial em comum, tenderão a concluir pela negativa da aplicação do precedente, relegando ao próprio Poder Judiciário a adoção da tese fixada pelo STF e abrindo margem para a concessão e revisão de benefícios até então sem previsão orçamentária, o que poderá resultar, inclusive, na hipótese do efeito *backlash*.

**Palavras-chave:** Direito Previdenciário; Regimes Próprios de Previdência Social; Benefícios Previdenciários; Atividade Especial; Tema nº 942 do STF.

#### ABSTRACT

*Provided for since the Organic Law of Social Security (LOPS), the special retirement was reiterated by art. 201, §1st of Constitutional Amendment 20/1998, which established the prohibition to adopt different requirements and criteria for the concession of benefits, except for those workers exposed to special conditions that harm health or physical integrity and for handicapped people.*

*The controversy, however, resides in the discipline of special activities in the ambit of the Special Social Security Systems (RPPS), since, in spite of the constitutional provision for the adoption of differentiated requirements and criteria for the concession of benefits to workers exposed to special conditions, the regulation of art. 201, §1, was destined to a Complementary Law, which until today has not been edited in the ambit of the RPPS.*

*The lack of legislation gave rise to a series of administrative and judicial discussions, culminating in the issue of Precedent No. 33 by the Brazilian Supreme Court (STF), which authorized that the rules on special retirement of the General Social Security System (RGPS) be used in the ambit of the RPPS until the issue of a specific rule for the regulation of public servants. However, the omission with regard to the right to conversion, into common time, of the time spent under special conditions that harm the health or physical integrity of the public servant persisted, giving rise to the judgment of Extraordinary Appeal No. 1.014.286/SP (Topic No. 942), object of the present study.*

*Thus, from the survey of case law and the understanding of the country, the research seeks to analyze the historical context of the regulation of special activity in the RPPS to then examine the contours of the thesis defined by the STF in Topic No. 942, the administrative regulations after the judgment, as well as future prospects in relation to the subject, especially with regard to the possible concessions and reviews, administrative and judicial, of pension benefits authorized by the precedent.*

*The study reveals that the judgment of the Brazilian Supreme Court will have countless impacts on the Special Systems, which, still without administrative regulations for the conversion of special into common activity, will tend to conclude that the precedent should not be applied, relegating to the Judiciary itself the adoption of the thesis set by the STF and opening a margin for the concession and revision of benefits until then without budgetary forecast, which may even result in the hypothesis of the backlash effect.*

**Keywords:** *Social Security Law; Special Social Welfare Policy; Social Security Benefit; Special Activity; Topic n° 942 of the Brazilian Supreme Court.*

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO; 2. BREVE HISTÓRICO DA ATIVIDADE ESPECIAL NO ÂMBITO DOS REGIMES PRÓPRIOS; 3. O JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.014.286/SP (TEMA Nº 942 DO STF); 4. REGULAMENTAÇÕES ADMINISTRATIVAS APÓS O JULGAMENTO DO TEMA Nº 942; 5. PERSPECTIVAS SOBRE A CONCESSÃO E REVISÃO DE BENEFÍCIOS APÓS O JULGAMENTO DO TEMA Nº 942; 6. CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

## 1. INTRODUÇÃO

O artigo examina o conteúdo do julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.014.286/SP (Tema nº 942), com trânsito em julgado em 04/08/2021, que estabeleceu que até a edição da Emenda Constitucional nº 103/2019, o servidor público que laborou sob condições especiais que prejudiquem sua saúde ou integridade física tem direito à conversão do tempo especial em tempo comum, devendo ser aplicadas as normas do Regime Geral de Previdência Social relativas à aposentadoria especial contidas na Lei nº 8.213/1991, para viabilizar sua concretização enquanto não sobrevier lei complementar disciplinadora da matéria.

De início, o estudo realiza uma breve análise do histórico da atividade especial no âmbito dos regimes próprios de previdência social no Brasil, uma vez que, em que pese existir previsão constitucional de adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de benefícios aos trabalhadores expostos a condições especiais que prejudiquem sua saúde ou a integridade física, houve omissão legislativa no que se refere à regulamentação da matéria no âmbito dos Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS). A lacuna deu ensejo a uma série de discussões administrativas e judiciais, culminando na edição da Súmula nº 33 pelo Supremo Tribunal Federal<sup>4</sup> e, mais recentemente, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.014.286/SP, que deu origem ao Tema nº 942, objeto do presente estudo.

Na sequência, o estudo passa a analisar o que restou definido no Tema nº 942, bem como as regulamentações subsequentes ao julgamento pela Corte Superior, examinando as definições e omissões deixadas pelo precedente para, por último, investigar quais benefícios previdenciários poderão ser concedidos e revistos a partir das novas diretrizes.

<sup>4</sup> Súmula Vinculante nº 33: "Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do Regime Geral de Previdência Social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, parágrafo 4º, inciso III, da Constituição Federal, até edição de lei complementar específica."

Longe de esgotar a matéria em debate, a pesquisa se propõe a examinar o histórico e as perspectivas da atividade especial no âmbito dos regimes próprios de previdência social na esteira do que restou definido pelo precedente do Supremo Tribunal Federal, utilizando como metodologia o exame da literatura pertinente, das legislações relacionadas e dos precedentes oportunos ao tema.

## 2. BREVE HISTÓRICO DA ATIVIDADE ESPECIAL NO ÂMBITO DOS REGIMES PRÓPRIOS

Quando tratamos dos trabalhadores da iniciativa privada, pouco se discute quanto aos períodos de atividade especial, que são aquelas em que há exposição dos trabalhadores a agentes nocivos. O trabalho em condições especiais gera o direito ao cálculo diferenciado deste período, o que pode levar à concessão da aposentadoria com 15, 20 ou 25 anos de contribuição, ou ainda, à hipótese de conversão destes períodos em atividade comum urbana, com o devido acréscimo de tempo, para que posteriormente sejam somados aos demais períodos contributivos do segurado.

Prevista desde a Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), a aposentadoria especial foi reiterada pelo art. 201, § 1º, da Emenda Constitucional 20/1998, que estabeleceu a vedação para a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de benefícios, com exceção para aqueles trabalhadores expostos a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e às pessoas com deficiência. Contudo, a regulamentação do art. 201, § 1º, foi destinada à Lei Complementar.

Ainda que regulamentado para os trabalhadores da iniciativa privada por meio da Lei nº 8.213/91, tal condição não é a mesma no caso dos servidores públicos, que em muito foram e são abalados pela demora legislativa para tal regulamentação do tema, o que tornou a atividade especial uma verdadeira incógnita no serviço público.<sup>5</sup>

Da mesma forma, o art. 40, § 4º, da Constituição Federal reiterava a necessidade de regulamentação por lei complementar. Assim, diante da impossibilidade de exercer o direito à concessão destas modalidades de benefício no regime público, inúmeros foram os Mandados de Injunção impetrados para fins de reconhecer a morosidade legislativa e o direito à aplicação de critérios diferenciados, com consequente permissão para o uso das regras relativas à aposentadoria especial do regime geral no âmbito do regime próprio.

As ementas dos Mandados de Injunção relembavam a demora legislativa e a imposição de adoção das regras do regime geral. Apenas a título de exemplo, veja-se as ementas do MI 4.158/MT e do MI 795/DF:

A aposentadoria especial de servidor público portador de deficiência é assegurada mediante o preenchimento dos requisitos previstos na

5 CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. **Direitos previdenciários expectados: a segurança na relação jurídica previdenciária dos servidores públicos**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 223.

legislação **aplicável à aposentadoria especial dos segurados do Regime Geral de Previdência Social, até que seja editada a lei complementar exigida pelo art. 40, § 4º, II, da CF/1988.** (...) 2. A eficácia do direito à aposentadoria especial objeto do art. 40, § 4º, da CF/1988 exige regulamentação mediante lei complementar de iniciativa privativa do presidente da República, de modo que cabe ao Supremo Tribunal Federal, ex vi do art. 102, I, q, da Lei Maior, o julgamento do mandado de injunção impetrado com o objetivo de viabilizar o seu exercício.

(STF - MI 4.158 AgR-segundo, rel. min. Luiz Fux, P, j. 18-12-2013, DJE 34 de 19-2-2014.). (destaques não presentes no original).

MANDADO DE INJUNÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO. ART. 40, § 4º, DA CF/1988. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR A DISCIPLINAR A MATÉRIA. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO LEGISLATIVA. 1. Servidor público.

Investigador da polícia civil do Estado de São Paulo. Alegado exercício de atividade sob condições de periculosidade e insalubridade.

**2. Reconhecida a omissão legislativa em razão da ausência de lei complementar a definir as condições para o implemento da aposentadoria especial.** 3. Mandado de injunção conhecido e concedido para comunicar a mora à autoridade competente e determinar a aplicação, no que couber, do art. 57 da Lei 8.213/1991.

(STF- MI 795, rel. min. Cáren Lúcia, P, j. 15-4-2009, DJE 94 de 22-5-2009). (destaques não presentes no original).

Por consequência dos inúmeros casos de servidores amparados por Mandados de Injunção, sobreveio a Orientação Normativa SRH nº 10 de 05/11/2010, que uniformizava, no âmbito do Sistema de Pessoal Civil da União - SIPEC, os procedimentos relacionados à concessão de aposentadoria especial prevista no art. 57 da Lei nº 8.213/91, ao servidor público federal amparado por decisão em Mandado de Injunção.

Com a regulamentação administrativa, restou delimitado que a aposentadoria especial seria concedida aos servidores públicos federais alcançados por decisões em Mandados de Injunção, individualmente, ou substituídos em ações coletivas, enquanto não sobreviesse lei complementar, desde que cumprido o período mínimo de 25 (vinte e cinco) anos de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente com exposição a agentes nocivos diretamente relacionada à prestação do serviço público.

Cumprir destacar brevemente que, naquele momento, havia a possibilidade de conversão dos períodos de atividade especial em comum, conforme previsão do art. 9º e 10 da Orientação Normativa SRH nº 10 de 05/11/2010, o que foi alterado posteriormente, e que será objeto de análise adiante.

Logo, a morosidade legislativa era, indubitavelmente, conhecida. Ato contínuo, referido tema foi alvo de proposta de edição de Súmula Vinculante, apresentada pelo Ministro Gilmar Mendes. Aprovada em Sessão Plenária de 09/04/2014, a Súmula Vinculante nº 33 resultou com o seguinte enunciado:

Súmula Vinculante 33: Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica.

Com efeito, tornou-se cabível tão somente a possibilidade de utilização das normas do regime geral de previdência social no âmbito do regime próprio até a edição de norma específica para a regulação para os servidores públicos. O teor da Súmula, na realidade, trata-se de ordem indireta, tendo em vista que para a concessão da aposentadoria especial, a verificação da existência dos requisitos necessários para tanto será feita pela autoridade responsável pelo regime próprio.<sup>6</sup>

A Súmula nada dispôs sobre a possibilidade de conversão dos períodos de atividade especial. Paralelamente, inúmeros eram os precedentes que firmavam o entendimento de vedação da conversão. Como exemplo, destaca-se o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Mandado de Injunção nº 1.320/DF,<sup>7</sup> em que o voto do Ministro Teori Zavaski é fundado na impossibilidade de cômputo de tempo ficto no âmbito dos regimes próprios:

Ainda segundo a jurisprudência firmada no STF, não se admite a conversão de períodos especiais em comuns, mas apenas a concessão da aposentadoria especial mediante a prova do exercício de atividades exercidas em condições nocivas. Apesar de ser permitida no RGPS, no serviço público é expressamente vedada a contagem de tempo ficto, com fundamento no art. 40, § 10, da Constituição ("A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício"). Nesse sentido: MI 3875 AgR/RS, Pleno, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 09/06/2011, DJe 03/08/2011.

Além da impossibilidade de cômputo de tempo ficto, a fundamentação para a negativa do reconhecimento da conversão também recebeu como base a inexistência de previsão constitucional do dever de regulamentação da matéria e, dessa forma, sequer seria cabível o mandado de injunção. Quanto ao ponto, insta destacar que no julgamento do MI 1.481/DF,<sup>8</sup> a Relatora Ministra Rosa Weber alertou sobre a impossibilidade de uso do mandado de injunção para que houvesse permissão para a conversão, exatamente em razão da inexistência do dever constitucional de legislar sobre a matéria.

Assim sendo, estabeleceu-se a jurisprudência quanto à inadmissão de conversão do período de atividade especial em comum, com relevância do fundamento de impossibilidade de reconhecimento do tempo ficto no âmbito dos regimes próprios, prevista pelo art. 40, § 10º, da Constituição Federal, o que merece análise neste momento.

6 CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. **Regime próprio de previdência social dos servidores públicos**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 208.

7 STF - MI 1320 AgR, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 24/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-098 DIVULG 23-05-2013 PUBLIC 24-05-2013.

8 STF - MI 1481 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-120 DIVULG 21-06-2013 PUBLIC 24-06-2013.

Anteriormente, os artigos 9º e 10 da Orientação Normativa SRH nº 10 de 05/11/2010, previam a possibilidade de conversão do período de atividade especial em comum, inclusive prevendo os fatores de conversão que deveriam ser aplicados, da seguinte maneira:

Art. 9º O tempo de serviço exercido em condições especiais será convertido em tempo comum, utilizando-se os fatores de conversão de 1,2 para a mulher e de 1,4 para o homem.

Parágrafo único. O tempo convertido na forma do caput poderá ser utilizado para a aposentadoria prevista no art. 40 da Constituição Federal, na Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e na Emenda Constitucional nº 47, de 05 de junho de 2005, exceto nos casos da aposentadoria especial de professor de que trata o § 5º do art. 40 da Constituição Federal.

Art. 10. O tempo de serviço especial convertido em tempo comum poderá ser utilizado para revisão de abono de permanência e de aposentadoria, quando for o caso.

Contudo, a partir dos precedentes do Supremo Tribunal Federal que reiteraram a impossibilidade de conversão, sobreveio a Orientação Normativa nº 16/2013, que revogou a Orientação Normativa nº 10/2010 e, em seu art. 24, extinguiu o direito à conversão do tempo especial em comum, limitando-a à existência de decisão judicial e parecer de força executória. Além disso, o art. 28, da ON nº 16/2013, ainda previa a necessidade de revisão das aposentadorias e abonos de permanência concedidos com a utilização de períodos convertidos.

No que tange à vedação do cômputo de tempo ficto, prevista no art. 40, § 10º, da Constituição Federal, de acordo com Marcelo Barroso Lima Brito de Campos, o tempo ficto ou fictício é aquele que “na prática não se realizou, mas por construção jurídica é computado para o servidor como se fosse de efetivo exercício”,<sup>9</sup> o que, de imediato, vê-se que não possui qualquer relação com a contagem diferenciada para a atividade especial.

Quando tratamos da atividade especial, tratamos de período em que houve efetivo tempo de contribuição com exposição dos trabalhadores a agentes nocivos que geram prejuízos à saúde humana. Trata-se de medida de proteção prévia do risco social a que estes trabalhadores são submetidos, posto que a exposição aos agentes pode resultar em patologias e até mesmo em consequente incapacidade laboral de forma antecipada. Portanto, a natureza desse benefício e da regra de cálculo diferenciada é preventiva.<sup>10</sup>

Pode-se dizer que negar o reconhecimento do direito à conversão, é, na realidade, medida que viola a igualdade aos trabalhadores que expostos a idênticas condições de trabalho deixam de receber tratamento idêntico, única e exclusivamente pela demora legislativa em regulamentar o tema no âmbito público de previdência.

9 CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. **Direitos previdenciários expectados: a segurança na relação jurídica previdenciária dos servidores públicos**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 217.

10 LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. **Aposentadoria especial: teoria e prática**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 31.

Fato é que não se trata de tempo ficto, mas sim de tempo com aplicação de contagem diferenciada, verdadeiro critério de equivalência, tendo em vista que os períodos de contribuição com diferentes formas de cálculos não podem se somar sem antes tornarem-se iguais.<sup>11</sup>

O reconhecimento da conversão enquanto mero critério de equivalência é disposto inclusive na Instrução Normativa nº 77/2015, do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) que assim prevê:

Art. 257. Será considerado, para fins de alternância entre períodos comum e especial, o tempo de serviço militar, mandato eletivo, aprendizado profissional, tempo de atividade rural, contribuinte em dobro ou facultativo, período de CTC do serviço público e benefício por incapacidade previdenciário (intercalado). **A conversão nada mais faz do que atender à isonomia, onde as adversidades do ambiente laboral pernicioso possam, através dela, fazer justiça, reconhecendo que a exposição a diferentes graus de nocividade deve ter tratamento diferenciado.** (destaques não presentes no original).

Por consequência da vedação da conversão, aqueles servidores públicos que não cumprirem o período mínimo previsto em lei para a concessão da aposentadoria especial propriamente dita, estariam impossibilitados de utilizar os períodos especiais para qualquer fim, sendo estes, ainda que prejudiciais à saúde, considerados comuns, sem qualquer critério diferenciador.

Neste sentido, no julgamento do Mandado de Injunção nº 1.481/DF anteriormente citado, em voto, o Ministro Marco Aurélio bem alertou quanto à ausência de lógica da impossibilidade de conversão da atividade especial em comum, nos seguintes termos:

Presidente, reconheço que a óptica prevalecente é realmente essa, mas continuo convencido de que, se cabe a aplicação da lei alusiva à previdência dos trabalhadores em geral, deve haver a tomada do tempo de serviço em condições nocivas à saúde do trabalhador de forma proporcional. Cheguei mesmo a figurar uma situação. **Imaginemos um servidor que permaneça em ambiente nocivo à saúde durante vinte e quatro anos e que, antes de completar os vinte e cinco, seja deslocado para uma função normal. Esse tempo de vinte e quatro anos não será considerado, segundo o trabalho desempenhado, nocivo à saúde?** Para mim, deve ser como ocorre quanto aos trabalhadores em geral. Por isso, provejo os agravos, que são dos servidores. (MI 1481 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-120 DIVULG 21-06-2013 PUBLIC 24-06-2013). (destaques não presentes no original).

O mesmo entendimento foi trazido à baila pelo Ministro Roberto Barroso em decisão proferida no MI nº 4.204/DF (ainda pendente de julgamento), oportunidade em que destacou que a aposentadoria especial e a contagem diferenciada de tempo especial não são coisas absolutamente distintas. São, na realidade, hipóteses que decorrem diretamente uma da outra. Pela relevância, confira-se trecho:

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 178.

(...) 10. Por outro lado, ao afirmar que o âmbito do dever constitucional de legislar seria restrito à concessão do direito à aposentadoria especial – não se estendendo à averbação e contagem diferenciada do tempo de serviço –, a Corte trata a aposentadoria especial e a contagem diferenciada de tempo especial como coisas absolutamente distintas, quando, em verdade, uma decorre diretamente da outra.

11. É certo que nem todo servidor que exerce atividades em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física ter direito à aposentadoria especial propriamente dita. Isto porque a aquisição do referido direito exige prova do trabalho com “exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais”, durante 25 anos (como regra), em caráter “permanente, não ocasional nem intermitente”, tudo demonstrado a partir de “laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho” (arts. 57, §§ 3º e 4º, e 58, § 1º, da Lei nº 8.213/1991). Porém, é fora de dúvida que o tempo exercido nessas condições deve ser computado de forma diferenciada: é o art. 40, § 4º, III, da Constituição que o impõe. Veja-se que o dispositivo nem se refere especificamente à “aposentadoria especial”, e sim a “requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria”.

**12. A atual jurisprudência do Tribunal adota a lógica do “tudo ou nada”: ou o servidor possui tempo integral para a aposentadoria especial (e.g. : 25 anos), ou de nada valerá o trabalho exercido em condições prejudiciais à saúde e à integridade física por, e.g., 20 anos. Isto porque o servidor, impedido de contar tal período de forma diferenciada, terá de completar o tempo de serviço necessário à aposentadoria como se tivesse sempre trabalhado em condições não prejudiciais à saúde.**

(...) 14. A meu ver, tal interpretação é contrária ao sentido do art. 40, § 4º, da Constituição, que exige justamente a “adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria (...) [a]os servidores cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física”. Assim, entendo aplicável o art. 57, § 5º, da Lei nº 8.213/1991, até porque não há motivo razoável para diferenciar, neste particular, os trabalhadores da iniciativa privada dos servidores públicos, restringindo-se aos primeiros a contagem diferenciada de tempo especial. (...). (destaques não presentes no original).

A diferenciação dos dois regimes deve-se à interpretação do art. 40, § 4º, da Constituição Federal, em que há nítida distinção quanto aos períodos de atividade especial para o âmbito público, tendo em vista que o dispositivo bem destaca a necessidade exclusiva de exercício sob condições especiais, o que limitaria a possibilidade de conversão,<sup>12</sup> nos seguintes termos:

§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados os casos de atividades exercidas **exclusivamente** sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar. (destaques não presentes no original).

12 LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. **Aposentadoria especial: teoria e prática**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 442.

No entanto, não há qualquer motivo para diferenciar os trabalhadores da iniciativa privada dos servidores públicos, que, expostos a agentes nocivos por tempo inferior a 25 (vinte e cinco) anos, devem, ainda sim, receber a proteção previdenciária pretendida pelo cálculo diferenciado da atividade especial.

Em semelhante raciocínio, a proibição de conversão do tempo especial em comum após 13 de novembro de 2019, também para os segurados vinculados ao regime geral, inteligência trazida pelo art. 25, § 2º, da EC nº 103/19, já tem sido apontada como ilegítima. De acordo com Fábio Nobre Brandão e João Batista Lazzari,<sup>13</sup> referida alteração é flagrantemente arbitrária e, além de conferir um tratamento indigno ao trabalhador, desconsidera o valor social do trabalho:

Como referido, a justificativa para a existência da aposentadoria especial – para a qual se exige idade e tempo de contribuição inferior à regra geral – é a constatação científica de que determinadas atividades expõem a saúde do segurado a riscos exacerbados, legitimando, assim, a instituição de tratamento normativo mais benéfico em seu favor. (...) Sem a existência de tal discrimen, o benefício seria inegavelmente inconstitucional.

Ocorre que este mesmo fator de distinção é verificado não só no caso dos trabalhadores que tenham trabalhado exatos 25 anos em atividades especiais e, por isso, façam jus à aposentadoria especial, mas também daqueles que, expostos aos mesmos agentes nocivos em um dado período, não preencham o requisito temporal para a concessão daquela espécie de aposentadoria.

É como se os segurados que se expusessem aos agentes nocivos por pelo menos 25 anos sofressem seus efeitos; o absurdo da proposição é intuitivo, contudo. As consequências prejudiciais da exposição existem em qualquer período de tempo, variando tão somente no seu aspecto quantitativo.

Imaginem-se dois segurados trabalhando na mesma empresa e setor, ambos expostos a agentes nocivos capaz de caracterizar, segundo a lei previdenciária, sua atividade como especial. Durante tal atividade, ambos sujeitam-se, igualmente, aos efeitos nocivos daqueles mesmos agentes sobre sua saúde, efeitos estes considerados pelo legislador constituinte – originário e derivado – como legitimadores da concessão de aposentadoria especial ao fim de determinado período reduzido de tempo.

Destarte, os entendimentos fixados pelo Supremo Tribunal Federal limitavam a aplicação das regras do regime geral previstas na Lei nº 8.213/91, no regime próprio à hipótese única e exclusiva da concessão da aposentadoria especial propriamente dita, vedando a possibilidade de conversão da atividade especial em comum, o que, diante da desproteção previdenciária gerada para aqueles servidores públicos submetidos a agentes nocivos à saúde por período inferior a 25 (vinte e cinco) anos, levou nova discussão ao Supremo Tribunal Federal, desta vez, por meio do Tema de Repercussão Geral nº 942, que será a seguir analisado.

13 BRANDÃO, Fábio Nobre; LAZZARI, João Batista. Reforma da Previdência (EC nº 103/2019): inconstitucionalidade da vedação à conversão do tempo de atividade especial em comum. *Juris – Revista da Faculdade de Direito*. v. 30. n. 2, p. 111-133, 2020, p. 121.

### 3. O JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.014.286/SP (TEMA Nº 942 DO STF)

O Tema de Repercussão Geral nº 942 (*Leading Case* RE nº 1.014.286/SP), do Supremo Tribunal Federal possuía como objetivo a definição de tese quanto à possibilidade de aplicação das regras do regime geral de previdência social para a averbação do tempo de serviço prestado em atividades exercidas sob condições especiais, nocivas à saúde ou à integridade física de servidor público, com conversão do tempo especial em comum, mediante contagem diferenciada.

O *Leading Case* RE nº 1.014.286/SP se trata de Recurso Extraordinário interposto pelo Estado de São Paulo contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que reconheceu o direito à conversão do tempo especial em tempo comum urbano.

Como demonstrado no tópico anterior, a jurisprudência do STF havia consolidado a impossibilidade de conversão da atividade especial em comum, entendimento que restou alterado pelo julgamento do Tema nº 942, que fixou o direito à conversão, com aplicação das regras estabelecidas para o regime geral até que sobrevenha lei complementar. Confira-se:

Até a edição da Emenda Constitucional 103/19, o direito à conversão, em tempo comum, do prestado sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física de servidor público decorre da previsão de adoção de requisitos e critérios diferenciados para a jubilação daquele enquadrado na hipótese prevista no então vigente inciso III do § 4º do art. 40 da Constituição da República, devendo ser aplicadas as normas do regime geral de previdência social relativas à aposentadoria especial contidas na lei 8.213/91 para viabilizar sua concretização enquanto não sobrevier lei complementar disciplinadora da matéria. Após a vigência da EC 103/19, o direito à conversão em tempo comum, do prestado sob condições especiais pelos servidores obedecerá à legislação complementar dos entes federados, nos termos da competência conferida pelo art. 40, § 4º - C, da Constituição da República.

Com efeito, a mudança de entendimento foi abrupta. E, de fato, coerente com a necessidade de que os servidores possam fazer jus à contagem de tempo diferenciada cabível à atividade especial.

No voto do relator, o Ministro Luiz Fux reconheceu a inexistência do direito subjetivo à conversão, pelas mesmas razões já abordadas nesta pesquisa que vedam o cômputo de tempo ficto no âmbito dos regimes próprios, além de lembrar que as decisões proferidas devem ponderar acerca das consequências econômicas que serão surtidas. Consequentemente, o voto do relator provia o recurso interposto pelo Estado de São Paulo, fixando tese que reiterava a jurisprudência da Suprema Corte.

Paralelamente, em posicionamento contrário, os votos dos Ministros Alexandre de Moraes e Marco Aurélio apontaram a necessidade de que o recurso fosse

desprovido. Pela pertinência, destaca-se trecho do voto do Ministro Marco Aurélio, em que se considera que a hipótese de conversão não se trata de tempo ficto, mas sim de tempo de contribuição que merece trato diferenciado:

Não se trata de contagem alcançada pelo artigo 40, § 10, da Carta da República, no que preceitua não poder a lei estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício. Em primeiro lugar, o tempo de contribuição existe, no caso, estando ligado ao período trabalhado em condições nocivas à saúde. Em segundo, a vedação constitucional abarca a consideração de períodos em que não haja trabalho propriamente dito. Na espécie, há apenas a observância do trato diferenciado previsto, em termos de aposentadoria, quando o ambiente onde são desempenhadas as funções se mostra prejudicial à saúde. Em síntese, não é o fato de o prestador não completar o tempo mínimo para a aposentadoria especial que implicará a perda da contagem do período de forma própria, mitigando-se os efeitos danosos a que esteve submetido.

No voto-vogal, o Ministro Edison Fachin, adotando o posicionamento divergente, compreendeu a necessidade de conversão do tempo especial como preceito de isonomia e que, uma vez prevista a aposentadoria especial, por decorrência lógica, há também possibilidade de conversão. Veja-se trecho do voto:

Se o ente federado está autorizado pelo texto constitucional, conforme disposto no art. 40, § 4º-C, a estabelecer por lei complementar idade e tempo de contribuição diferenciados para aposentadoria de servidores cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação, é consectário lógico de tal previsão que também possa dispor acerca dos fatores de conversão.

Assim, a tese proposta e efetivamente estabelecida permitiu a possibilidade de conversão dos períodos especiais em comuns até a vigência da EC nº 103/2019, tendo em vista que essa, por intermédio do art. 25, § 2º, limitou a conversão da atividade especial após a data de 13 de novembro de 2019.

Opostos Embargos de Declaração pelo Colégio Nacional de Procuradores Gerais dos Estados e do Distrito Federal – CONPEG, dentre outros aspectos, apontou-se a omissão do acordão no que tange aos reflexos da decisão na concessão de outros benefícios, como abono de permanência, quinquênios, triênios e sexta-parte e, ainda, a necessidade de modulação dos efeitos para que a hipótese de conversão seja destinada tão somente àqueles que não possuam o tempo integral para a concessão da aposentadoria especial e para garantia de segurança jurídica, tendo em vista que, com a conversão, haveria resultado direto na aposentadoria de áreas importantes do serviço público.

Mesmo que garantida a oportunidade de modular os efeitos, em nada o julgado proferido foi modificado e, inclusive, nos termos do acordão, não havia qualquer motivo de interesse social que levasse à modulação. Veja-se:

Além disso, não ficou demonstrada a ocorrência de motivos excepcionais de interesse social, tendo em vista que a alegação da parte Recorrente foi baseada em situação hipotética, envolvendo aposentadorias futuras de servidores públicos da área de saúde, nestes termos: “fatalmente implicará na antecipação de aposentadorias de enfermeiros, médicos, farmacêuticos, engenheiros químicos ou bioquímicos; repercutindo em área sensível do serviço público, qual seja a área da saúde” (eDOC 190, p. 7), **o que não é suficiente para justificar a supressão de direitos.** (destaques não presentes no original).

Logo, com o julgamento do Tema nº 942, o Supremo Tribunal Federal fixou a possibilidade de que os períodos de atividade especial sejam convertidos em comum, com acréscimo de tempo prevista pelas regras do regime geral de previdência. Consequentemente, tanto períodos de atividade especial do regime geral poderão ser averbados junto aos regimes próprios para posterior conversão, como períodos do regime próprio poderão ser convertidos para que o servidor alcance de forma mais breve os requisitos para a concessão de benefício.

O que se vê é que os impactos que serão ocasionados aos regimes próprios de previdência não foram devidamente abordados pelo Tribunal e, assim, muito ainda há que se discutir quanto à aplicabilidade da tese fixada.

#### 4. REGULAMENTAÇÕES ADMINISTRATIVAS APÓS O JULGAMENTO DO TEMA Nº 942

Dentre as principais problemáticas que o novo entendimento do Supremo descortina, sem dúvida, a tensão entre a legalidade administrativa e a aplicabilidade da decisão é a maior delas. A discussão que se apresenta é: se faz necessária autorização legislativa em cada entidade para a possibilidade de conversão? A mera regulamentação administrativa é legítima e suficiente para conversão? Será necessária uma autorização judicial individual para cada agente que pretende gozar do benefício ou a decisão do STF vincula a administração pública em todos os níveis federativos?

A resposta para essas e outras questões exige que se remonte à construção sobre a legalidade administrativa, especialmente, à noção contemporânea de juridicidade.

Desde Aristóteles, com sua frase célebre, “não existe república onde as leis não reinem”, tem-se cunhada a noção de limitação das condutas pela lei a fim de salvaguardar o interesse comum. Nessa esteira, ensina Guido Zanobini que “tudo aquilo que é juridicamente garantido é também juridicamente limitado”,<sup>14</sup> de modo que a previsão de normas limitadoras da atividade particular e pública constitui um verdadeiro sistema de garantias.

“*L’État, dis-je, est limite par le droit, oui*”.<sup>15</sup> Com estas palavras Leon Duguit sintetizou o “*Principe de Légalité*”, fixando um importante axioma que acompanha até os dias

14 ZANOBINI, Guido. **Curso di Diritto Administrativo** - 5ª ed - vol. IV. Milão: A. Giuffrè Editore, 1968. Página 191.

15 “O Estado, já disse, é limitado pela lei sim.” DUGUIT, Leon. **Traité de Droit Constitutionnel**. Tome 3. Paris: Boccard, 1921. Página 549.

atuais o nosso paradigma de organização política e administrativa. *O Estado é limitado pelo direito* a fim de constituir um sistema com garantias contra a arbitrariedade e o favoritismo, conforme também ensinam a doutrina italiana<sup>16</sup> e a alemã,<sup>17</sup> como sendo criador e criatura do Estado de Direito.

No entanto, o arranjo original de poderes atribuído ao Legislativo a primazia da elaboração das leis e ao Executivo a tarefa de governar e administrar<sup>18</sup> pautado naquelas. Trata-se, por um lado, de uma baliza para restringir o abuso do poder<sup>19</sup> e, por outro, de um cerceamento engessador da atividade administrativa. Isto remonta à clássica discussão da lei como sendo a expressão da vontade popular, como já colocava Carré de Malberg,<sup>20</sup> e afirmava Antônio Joaquim Ribas: “o legislador é a inteligência que formula a regra; a Administração é a força mecânica que a executa.”<sup>21</sup>

A vinculação estrita do administrador à lei conduziu à visão monista do Direito Administrativo enquanto regime jurídico, sendo percebido como mero braço mecânico do legislador. Por consequência, o princípio da legalidade administrativa foi construído com base na sacralização da lei formal,<sup>22</sup> preceituando que a Administração deva agir mediante a autorização legislativa. Contudo, não é nem conveniente (pelo engessamento do gestor), nem possível que a lei preveja todas as situações sem que houvesse lacunas e interpretações distintas.

Por essa razão, o conceito de *bloco de legalidade* ou *juridicidade*, como propõe Cármen Lúcia Antunes Rocha, é mais adequado. Nos seus termos, “A legalidade específica não exaure a juridicidade administrativa, porquanto esta permite a entronização, no sistema jurídico, de normas infralegais a direcionarem e limitarem a conduta do administrador público”.<sup>23</sup>

Compreende-se por princípio da juridicidade a expressão da complexidade de fontes manifestas no sistema jurídico, tais como a Constituição, as leis formais, os princípios estruturantes do direito, os princípios setoriais, as normas infralegais,

16 Sobre o assunto, Anna Pintore, Professora da Universidade de Palermo, ensina que “Lo Stato di diritto si oppone insomma a quello in cui governa la volontà arbitraria di un singolo o di una moltitudine, perché nel suo operare si ispira al principio di legalità”. PINTORE, Anna. *Stato di Diritto*. **Diritto & Questioni Pubbliche**, nº11/2011, Palermo. Página 878. Disponível em: <<http://www.dirittoquestionipubbliche.org/>> Acesso em: 25/01/2020.

17 Sobre o assunto, Rainer Grote, Professor do Max Planck Institute for Public Comparative Law e do Public International Law Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, ensina que “Los conceptos de rule law, Rechtsstaat y État de Droit se refieren al problema de la **imposición de límites efectivos al ejercicio de la autoridad pública para salvaguardar los derechos y libertades del ciudadano**. Su definición precisa depende de los conceptos prevalecientes de ley y de autoridad pública los mismos que también son susceptibles de cambiar. [...] La constitución no solamente contiene normas sobre la distribución de poderes entre los distintos órganos estatales, sino que también **incorpora valores sustantivos en la forma de garantías** para los derechos fundamentales **que dirigen y limitan el ejercicio de la autoridad pública**”. GROTE, Rainer. Rule of Law, Rechtsstaat, y Etat de Droit. **Revista Pensamiento Constitucional**, nº 8, Albacete, 2002. Página 174. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/issue/view/362>> Acesso em: 25/01/2020.

18 Compreende-se aqui governar e administrar em sentido lato, sem adentrar na discussão conceitual sobre as diferenças de Estado, Governo e Administração.

19 Remete-se aqui à noção, emprestada de Bourdieu, supraorganicista de poder, detentor do atributo de horror vacui e tendente à expansão ao monopólio. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Teoria do poder**: Sistema de direito político: estudo juspolítico do poder. Parte I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. Página 65.) (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Poder, organização política e Constituição: as relações de poder em evolução e seu controle. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos**. Barueri: Manole, 2005. Páginas 258 a 259).

20 CARRE DE MALBERG, Raymond. **La loi, expression de la volonté générale**: é tude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875. Paris: Recueil Sirey, 1931.

21 RIBAS, Antônio Joaquim. **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: F.L Pinto e C. Livresiros-Editores, 1866. Páginas 66-67.

22 SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos** – 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017. Página 240 - 241.

23 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. Página 86.

as decisões judiciais e administrativas, as consultas,<sup>24</sup> e até mesmo a interpretação analógica.

A racionalidade que conduz essa teoria reside na compreensão de que a Administração Pública é uma das facetas do Direito: a dinâmica. A faceta estática do Direito é a lei, enquanto o Direito em movimento consubstancia-se na própria Administração, que concretiza as normas.<sup>25</sup> Salienta Cármen Lúcia Antunes Rocha:<sup>26</sup>

A Administração Pública tem como finalidade fazer com que os efeitos determinados pelas normas jurídicas se concretizarem. [...] A aplicação do princípio da juridicidade administrativa tem o seu conteúdo marcado pela adequação perfeita entre o quanto posto no Direito e o quanto realizado pela entidade na sequência daquela disposição.

Dessa maneira, a Administração Pública deve ser concebida como parte do Direito, o que implica a acertada aplicação de todo o bloco de legalidade, estando o administrador vinculado a todo o ordenamento, não só à lei formal. A dissintonia entre a atuação do administrador e o sistema jurídico é controlada mediante o poder hierárquico estatal ou externamente por meio do Judiciário, Legislativo ou as Cortes de Contas. Rememora Carlos Ari Sundfeld:<sup>27</sup>

Ao desempenharem o poder, os governantes exercitam competências, não direitos subjetivos. O juiz, o legislador, o administrador, não têm o direito de, respectivamente, julgar, legislar ou administrar, mas sim competência para fazê-lo. [...] A competência é um poder intensamente condicionado.

Isso quer significar que a função pública é um dever. Eros Roberto Grau<sup>28</sup> explica que o dever jurídico, imposto pelo ordenamento, expressa a vinculação ou a limitação à vontade daquele que é paciente na relação, cujo descumprimento implica sanções jurídicas. Valendo-se deste pensamento, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>29</sup> afirma que a racionalidade do Direito Público deve pautar-se pela ideia de dever e não a de poder, isto porque a Administração Pública desempenha uma função, que é a atuação vinculada, por comando normativo, à persecução de interesse alheio, logo, o cumprimento estrito do dever, instrumentalizado pelo poder. Isto não quer significar a ausência de discricionariedade administrativa, mas seu resguardo à moldura da juridicidade no regime jurídico-administrativo.

Como se sabe, o regime jurídico-administrativo pauta-se na centralidade do interesse público. Independentemente da doutrina que se utilize para explicar a

24 Compreenda-se aqui a orientação trazida pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro nos artigos 29 e 30.

25 Comenta Cármen Lúcia Antunes Rocha: "O princípio da juridicidade administrativa significa, portanto, que a Administração Pública é o Direito em um de seus momentos: o de sua dinâmica. Nem é, pois, que ela se submete ao Direito, mas tão-somente que ela é o próprio Direito tornada movimento realizador de seus efeitos para intervir e modificar a realidade social sobre a qual incide." E segue: "Como o indivíduo não ouve dois sons diferentes por ter dois ouvidos, ou vê duas figuras diversas por ter dois olhos, o Estado não tem duas razões de Direito por ter dois órgãos para executar o seu padrão jurídico de comportamento". (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. Página 82 - 84).

26 *Ibidem*.

27 SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. São Paulo: Malheiros, 1992. Página 104.

28 GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 77, p. 177-183, 1 jan. 1982. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66950>>. Acesso em 21 ago. 2020. Página 178.

29 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional** - 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. Página 14.

composição deste sistema<sup>30</sup>, todas elas convergem para a conjugação de normas que enalteçam o interesse público, especialmente a preservação de valores fundamentais e a possibilidade efetiva de construção do *welfare state*.<sup>31</sup>

Como ensina Agustín Gordillo,<sup>32</sup> com o Estado de Direito e o desenvolvimento do Estado de Bem-Estar Social têm-se a conformação do sistema administrativo moderno, com olhos voltados os interesses coletivos:

En este momento se da el germen del moderno derecho administrativo, pues al tomarse conciencia de que existen derechos del individuo frente al Estado y que el primero es un sujeto que está frente a él, no un objeto que éste pueda simplemente mandar, surge automáticamente la necesidad de analizar el contenido de esa relación entre sujetos y de construir los principios con los cuales ella se rige.<sup>33</sup>

Nessa mesma esteira, extrai-se do magistério de Maurice Hauriou: *“L’Etat chose publique est essentiellement fait des intérêts communs ou, si l’on veut, de ce qu’il y a de commun dans tous les intérêts, même les plus particuliers”*<sup>34</sup>. Isto é, o Estado enquanto questão pública é essencialmente constituído por interesses comuns ou, ainda, pelo que há em comum em todos os interesses, mesmo os mais particulares. Tais interesses devem ser garantidos, porquanto ser o objetivo precípua estatal e a *raison d’être* da arrecadação realizada por meio dos tributos.

O contexto que se tem, portanto, é o Estado balizado por todas as fontes do Direito para dar efeito aos direitos dos administrados. No entanto, essa perspectiva é muito incipiente. A noção de Administração Pública como mera força mecânica do Poder Legiferante se perpetua no Brasil, o que leva aos Tribunais muitas demandas que discutem a legitimidade da regulamentação administrativa e o limite da reserva legal. Explica Carlos Ari Sunfeld<sup>35</sup> que:

Há, por parte dos homens do Direito, um persistente preconceito contra funcionários e dirigentes públicos, estigmatizados como autoritários ou patrimonialistas. Isso tem justificado as tendências de restringir o alcance da função criadora e da competência desses agentes públicos para fazer deliberações em nome da sociedade.

30 Maria Sylvia Zanella di Pietro compreende o regime jurídico-administrativo, a partir da doutrina francesa de Jean Rivero, como conjunto de prerrogativas especiais e sujeições especiais ao qual se submete a Administração Pública, sendo as primeiras faculdades especiais conferidas ao Poder Público - *puissance publique* - quando decide agir contra o particular e as últimas seriam restrições a que está sujeita a Administração, devendo atuar sempre na observância da finalidade pública. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo** - Edição do Kindle. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Página p. 228.) (RIVERO, Jean. **Droit administratif**. Paris: Dalloz, 1973. Página 35.). Para Celso Antônio Bandeira de Mello, de forma não adversária, o regime jurídico-administrativo *“resulta da caracterização normativa de determinados interesses como pertinentes à sociedade e não aos particulares considerados em sua individualidade singularidade. Juridicamente esta caracterização consiste, no Direito Administrativo, na atribuição de uma disciplina normativa peculiar que, fundamentalmente, se delinea em função da consagração de dois princípios: I – supremacia do interesse público sobre o privado; e II – indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos (...). Todo o sistema de Direito Administrativo se constrói sobre os princípios, por isso são considerados estruturantes.”* (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo – 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015. Páginas 55-56).

31 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional** – 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Página 935.

32 GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas**: Parte general. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017. Página II-4.

33 Tradução aproximada: “Nesse momento, dá-se o germen do direito administrativo moderno, pois ao tomar consciência de que existem direitos do indivíduo contra o Estado e que o primeiro é um sujeito que está diante dele, não um objeto que ele pode simplesmente comandar, surge automaticamente a necessidade de analisar o conteúdo dessa relação entre os sujeitos e de construir os princípios com os quais se rege.”

34 Tradução aproximada: “O Estado como coisa pública é feito essencialmente de interesses comuns ou, se quiserem, do que é comum a todos os interesses, mesmo os mais particulares.” HAURIUO, Maurice. **Precis de droit administratif et de droit public general**: a l’usage des étudiants en licence et en doctorat es-sciences politiques. Paris: Larose Et Forcel, 1903. Página 16.

35 SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos** – 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017. Página 239.

Na mesma medida, a Administração Pública evita o caminho da deslegalização e da intensificação normativa em diversos setores. Cuida-se de um câmbio de cultura jurídica: da legalidade estrita à juridicidade administrativa. Compreender a decisão do STF como fundamento normativo para a emissão de regulamentos, mesmo que por analogia, é fundamental à garantia dos direitos.

Com base nisso, em 28 de janeiro de 2019, sobreveio a Nota Técnica SEI nº 1/2019/CONOR/CGNAL/SRPPS/SPREV-ME, em que o Ministério da Economia trouxe o panorama geral da contagem recíproca da atividade especial no âmbito dos Regimes Próprios. Naquele momento, já havia o entendimento de que o reconhecimento da atividade especial não se tratava de cômputo de tempo ficto e assim, previa-se que não haveria óbice para a averbação dos períodos especiais. No entanto, afirmava-se que estes deveriam ser averbados sem conversão, contando somente com o atributo de atividade especial. Em razão da dependência do julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.014.286/SP, não houve definição do debate pelo Ministério da Economia à época.

Contudo, diante da posterior decisão do Supremo Tribunal Federal, o despacho do Ministério da Economia nº 846/2021/SPREV/SEPRT-ME aprovou as Notas Técnicas SEI nº 792/2021/SRPPS/SPREV/SEPRT/ME, de 21 de janeiro de 2021, da Subsecretaria dos Regimes Próprios de Previdência Social - SRPPS/SPREV (12908723,) e a Nota Técnica SEI nº 6178/2021/SGPS/SPREV/SEPRT/ME, de 10/02/2021, para fins de orientação da atuação dos Regimes Próprios após o julgamento do Tema nº 942.

A orientação conclui pela necessidade de reconhecimento da conversão da atividade especial em comum, o que deverá ser observado tanto pelo Regime Geral de Previdência como pelos Regimes Próprios. Confira-se trechos:

XII - Além disso, a tese fixada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário - RE nº 1014286 (representativo do Tema nº 942 da Repercussão Geral) concorre para que **a conversão de tempo especial em tempo comum seja observada pelo RGPS e pelos RPPS para o tempo cumprido até 13.11.2019**, quer por se tratar de um precedente relevante da Corte Maior, cuja orientação firmada é sem dúvida persuasiva para os demais órgãos do Poder Judiciário, não obstante tenha sido adotada em controle difuso de constitucionalidade, quer por ter ampliado, em substância, o alcance da Súmula Vinculante nº 33 do STF, pois ficou assente que, na hipótese prevista no inciso III do § 4º do art. 40 da Constituição (na redação anterior à EC nº 103, de 2019), o direito à conversão, em tempo comum, do prestado sob condições especiais prejudiciais à saúde ou à integridade física, decorre logicamente da isonomia na proteção dos trabalhadores expostos a agentes nocivos. Assim, a nosso ver, o STF acabou por reinterpretar a Súmula Vinculante nº 33, já que a aplicação analógica das regras de aposentadoria especial do RGPS ao servidor público, “no que couber”, passa, numa releitura, a incluir necessariamente a possibilidade de conversão de tempo especial em tempo comum, cumprido até 13.11.2019. (destaques não presentes no original).

A regulamentação administrativa entende que a decisão proferida pelo STF se trata de reinterpretação da Súmula Vinculante nº 33 e que o direito à conversão nada mais é do que uma decorrência lógica da isonomia que deve ser garantida aos trabalhadores.

Como acima demonstrado, fato é que o próprio Ministério da Economia orientou a aplicação do julgado *“por se tratar de um precedente relevante da Corte Maior, cuja orientação firmada é sem dúvida persuasiva para os demais órgãos do Poder Judiciário, não obstante tenha sido adotada em controle difuso de constitucionalidade”*.

Ainda que se oriente dessa forma, é necessário que se vislumbre que a ausência de regulamentação administrativa no âmbito de cada Regime Próprio poderá obstar a aplicação da tese fixada no Tema nº 942.

## 5. **PERSPECTIVAS SOBRE A CONCESSÃO E REVISÃO DE BENEFÍCIOS APÓS O JULGAMENTO DO TEMA Nº 942**

Conforme delineado no tópico anterior, as matérias fixadas no Tema nº 942 serão direcionadas, a princípio, pelas Notas Técnicas e Despachos da União, bem como pelos próprios acórdãos publicados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.014.286/SP.

Nesse sentido, em que pese o Despacho nº 846/2021/SPREV/SEPRT-ME, do Ministério da Economia, ter orientado os regimes próprios a acatarem a decisão proferida pelo STF no Tema nº 942, é fato notório que o servidor público, usualmente, enfrenta uma série de dificuldades na aplicação de decisões judiciais em âmbito administrativo, ainda que em sede de repercussão geral, uma vez que, por vezes, os regimes próprios impõem diversos entraves à concessão do benefício, à exemplo da exigência de lei local.

Nesse caso, a resistência administrativa na aplicação do Tema nº 942 deve ser considerada, e dela decorrerá, por consequência lógica, o inevitável papel fundamental do Poder Judiciário na aplicação do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

De início, oportuno registrar que em razão da amplitude da tese fixada pelo STF, inúmeras são as possibilidades aos servidores públicos que, com a possibilidade de conversão do tempo especial em comum, podem alcançar novas regras de aposentadoria que outrora não possuíam direito, antecipar aposentadorias, revisar benefícios já concedidos, dentre diversas outras hipóteses.

Com efeito, em que pese exista uma série de questões já fixadas pelo julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.014.286/SP e, conjuntamente, pelas Notas Técnicas e Despacho do Ministério da Economia, conforme esmiuçado na seção anterior, a decisão do Supremo Tribunal Federal também deixou diversas lacunas que deverão ser enfrentadas, senão pela Administração Pública, então pelo Poder Judiciário.

A título de exemplo, além da revisão das próprias aposentadorias, o precedente abre espaço à possibilidade de revisão do benefício de pensão por morte de servidor público, já que a renda da benesse tem por base o valor da aposentadoria do servidor falecido. Essa possibilidade beneficia especialmente as pensões por morte que tiveram incidência das regras previstas na EC nº 103/2019, uma vez que esses benefícios têm por base o valor de eventual aposentadoria por invalidez do servidor falecido, que, em regra, possui valor proporcional ao seu tempo de contribuição. Nessa senda, também é possível a revisão da aposentadoria do servidor que exerceu atividade especial e se aposentou por invalidez após a EC nº 103/19.

Ocorre, porém, que mesmo após o trânsito em julgado da decisão que fixou a tese do Tema nº 942 do Supremo Tribunal Federal, os regimes próprios vêm indeferindo os pedidos de revisão ora apresentados, sob o argumento de que lei não pode relativizar os atos jurídicos regularmente consolidados entre as partes, sob pena de insegurança jurídica, e de que as aposentadorias foram concedidas através de ato jurídico perfeito, de modo que a decisão do Tema nº 942 não seria apta a alterar direitos subjetivos cujos atos estão regularmente consolidados na lei à época em vigor.

Todavia, os mesmos argumentos foram lançados pelo Estado de São Paulo contra o acórdão que fixou a tese do Tema nº 942, ocasião em que o ente estatal opôs embargos de declaração em face da referida decisão, alegando omissão e contradição quanto à necessidade de respeito ao princípio da segurança jurídica, sustentando-se a necessidade de modulação dos efeitos da decisão, a criação de um regime de transição ou uma nova orientação em torno da questão dos autos, referente à contagem diferenciada de tempo especial em tempo comum.

O STF, entretanto, afastou expressamente o pleito de modulação de efeitos, sustentando que não houve mudança de entendimento em torno da matéria, eis que a questão não havia sido consolidada pela jurisprudência da Corte até então. Além disso, entendeu que não existiam motivos excepcionais de interesse social que justificassem eventual supressão de direitos. Confira-se:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 942. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA ESPECIAL. TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO EM ATIVIDADES EXERCIDAS SOB CONDIÇÕES ESPECIAIS QUE PREJUDIQUEM A SAÚDE OU A INTEGRIDADE FÍSICA. CONVERSÃO DO TEMPO ESPECIAL EM COMUM. CONTAGEM DIFERENCIADA. APLICABILIDADE DAS NORMAS DO RGPS. POSSIBILIDADE ATÉ A EDIÇÃO DA EC 103/2019. **PLEITO DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. ALEGADO IMPACTO NO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE MUDANÇA DE ENTENDIMENTO. QUESTÃO ATÉ ENTÃO NÃO CONSOLIDADA PELA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. IMPOSSIBILIDADE DE MODULAÇÃO NA HIPÓTESE.** EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS APENAS PARA PRESTAR ESCLARECIMENTOS.(...) 4. **Não houve mudança de entendimento em torno da matéria no âmbito deste Supremo Tribunal Federal, de modo que não há que se falar em afronta ao princípio da segurança jurídica.**

**5. Além disso, não ficou demonstrada a ocorrência de motivos excepcionais de interesse social, tendo em vista que as alegações da parte Recorrente foram baseadas em previsão de dados que informam futuro impacto financeiro nos regimes próprios do Estado de São Paulo, o que não é suficiente para justificar a supressão de direitos.**

6. Ausentes, portanto, os requisitos necessários à pretendida modulação de efeitos da decisão proferida sob a sistemática da repercussão geral.

7. Embargos de declaração acolhidos apenas para prestar esclarecimentos, sem atribuição de efeitos infringentes.

(RE 1.014.286/SP ED, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 17/05/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-109 DIVULG 08-06-2021 PUBLIC 09-06-2021). (destaques não presentes no original).

Restou incontroverso, portanto, que inexistente retroação de lei ou entendimento jurisprudencial, mas mera declaração de que a aplicação do art. 57, §5º, da Lei nº 8.213/91, aos servidores públicos não implica em ofensa ao art. 40, §§4º e 10, da Constituição Federal. Assim, a Corte deixou de fixar qualquer limitação em relação ao alcance da conversão do tempo prestado sob condições especiais que prejudiquem sua saúde ou integridade física em tempo comum, bem como afastou a tese do ente estatal de que o entendimento implicaria em insegurança jurídica.

Na mesma esteira, os tribunais já vêm se manifestando pela possibilidade de revisão da aposentadoria dos servidores públicos com base no entendimento emanado pelo STF. Confira-se:

**PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. CONTAGEM RECÍPROCA. POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DO TEMPO ESPECIAL EM COMUM EXERCIDO NO REGIME PRÓPRIO. ENGENHEIRO CIVIL. ENQUADRAMENTO. SÚMULA VINCULANTE 33 STF. TEMA 942 EM RG. REAFIRMAÇÃO DA DER PARA A DDB. SUCUMBÊNCIA.**

- O tempo de trabalho sob condições especiais poderá ser convertido em comum, observada a legislação aplicada à época na qual o trabalho foi prestado (art. 70 do Decreto n. 3.048/1999, com a redação dada pelo Decreto n. 4.827/2003). Superadas, portanto, a limitação temporal prevista no artigo 28 da Lei n. 9.711/1998 e qualquer alegação quanto à impossibilidade de enquadramento e conversão dos lapsos anteriores à vigência da Lei n. 6.887/1980.

**- Possibilidade de conversão em tempo comum do lapso em condições insalutíferas executado no âmbito do regime próprio.**

- Compreensão adotada no verbete da Súmula Vinculante n. 33 do C. Supremo Tribunal Federal (STF) e conforme julgamento do Tema 942 em sede de repercussão geral. Precedente.(...)

(TRF 3ª Região, 9ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5002542-29.2018.4.03.6183, Rel. Desembargador Federal VANESSA VIEIRA DE MELLO, julgado em 04/12/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 09/12/2020). (destaques não presentes no original)

De se reparar que o art. 57, §5º, da Lei 8.213/91, garante que o tempo de trabalho exercido sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas

prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, segundo critérios estabelecidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, para efeito de concessão de qualquer benefício, não trazendo quaisquer limitadores em relação ao tempo, bem como admitindo que este poderá utilizado para qualquer benefício.

Tem-se, portanto, no ponto de vista destes autores, que, diante da expressa ausência de modulação de efeitos pelo STF, a tese fixada no Tema nº 942 se estende tanto aos segurados que ainda não tiveram concedida sua aposentadoria, quanto àqueles que já se aposentaram e pretendem revisar seus proventos a partir da conversão ora autorizada.

Ademais, importa destacar outro relevante aspecto que se apresenta, a princípio, como empecilho à autorização da conversão do tempo especial em tempo comum aos servidores públicos efetivos: a possibilidade de eventual desequilíbrio financeiro e atuarial dos regimes próprios de previdência social.

Esse era, aliás, um dos principais argumentos utilizados pelo próprio Poder Judiciário para afastar a possibilidade de conversão antes da fixação da tese firmada no Tema nº 942.

Não obstante, necessário ponderar, em primeiro lugar, que o ordenamento jurídico brasileiro prevê a possibilidade de contagem recíproca do tempo de contribuição nos artigos 40, §9º, e 201, §§9º e 9º-A, da Constituição Federal.

Essa contagem recíproca, que nada mais é do que a possibilidade de cômputo, para fins de aposentadoria, do período trabalhado no serviço público e daquele prestado na iniciativa privada, permite a comunicação entre os sistemas previdenciários, eis que estes deverão se compensar financeiramente, conforme regra prevista no §9º do art. 201 da Constituição Federal.

De se reparar, por outro lado, que para que ocorra a conversão de tempo de atividade especial em tempo de atividade comum no âmbito do RGPS, o sistema previdenciário estabelece uma série de medidas relativas ao custeio, as quais são suficientes para atender a necessidade de prévia fonte de custeio (art. 195, §5º, da Constituição Federal), conforme se depreende dos artigos 22, II, da Lei 8.212/91 e 57, §§6º e 7º, da Lei 8.213/91:

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de: (...) II - para o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos: (...)  
(...) § 6º O benefício previsto neste artigo será financiado com os recursos provenientes da contribuição de que trata o inciso II do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, cujas alíquotas serão acrescidas de doze,

nove ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente.

§ 7º O acréscimo de que trata o parágrafo anterior incide exclusivamente sobre a remuneração do segurado sujeito às condições especiais referidas no caput.

Destarte, na medida em que a conversão do tempo de atividade especial em tempo comum no RGPS demonstra satisfatório respaldo contributivo, não se apresenta razoável afastar a possibilidade de conversão do tempo especial em tempo comum também no RPPS, especialmente porque há evidente comunicabilidade entre os regimes previdenciários.

É o entendimento que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina vem adotando, admitindo, inclusive, o reflexo quanto ao pagamento de abono de permanência:

RECURSOS INOMINADOS. SERVIDOR PÚBLICO. **AÇÃO DE AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL, CONCESSÃO DE APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA E PAGAMENTO DE ABONO DE PERMANÊNCIA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA.** INSURGÊNCIA DO IPREV E DO ESTADO DE SANTA CATARINA. RECURSO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ALEGAÇÃO DE QUE A AUTORA NÃO LABORA EM SITUAÇÃO ESPECIAL DE TRABALHO. RECEBIMENTO, CONTUDO, DE ADICIONAL DE INSALUBRIDADE PELA SERVIDORA. PRESUNÇÃO DE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE INSALUBRE NÃO DERRUÍDA. RECURSO DO IPREV. **CONVERSÃO DO TEMPO ESPECIAL EM COMUM PARA APOSENTADORIA NO SERVIÇO PÚBLICO. ALEGAÇÃO DE ÓBICE AO RECONHECIMENTO DO DIREITO ANTE A INEXISTÊNCIA DE LEI QUE DISCIPLINE A MATÉRIA. INOCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE DAS REGRAS INERENTES AO REGIME PRÓPRIO DOS TRABALHADORES EM GERAL. DIREITO À CONVERSÃO DO TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM COMUM QUE DECORRE DIRETAMENTE DO DIREITO À APOSENTADORIA ESPECIAL (ART. 40, § 4º, DA CF). INEXISTÊNCIA DE ÓBICE AO CÔMPUTO DE TEMPO FICTO. APLICABILIDADE, ADEMAIS, DA SÚMULA VINCULANTE N. 33. SUPOSTO DESENCADEAMENTO DE DESEQUILÍBRIO FINANCEIRO E ATUARIAL QUE NÃO PODE REPRESENTAR ÓBICE À CONCESSÃO DO DIREITO À SERVIDORA.** SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

(TJSC, Recurso Inominado n. 0303388-61.2016.8.24.0023, da Capital - Norte da Ilha, rel. Antonio Augusto Baggio e Ubaldo, Terceira Turma Recursal, j. 10-06-2020). (destaques não presentes no original).

Neste cenário, diante da evidente tendência da Administração Pública em resistir às questões definidas pelo STF no Tema 942, reitera-se o importante papel do Poder Judiciário, especialmente porque, como é sabido, decisões de repercussão geral possuem efeito vinculante somente em relação aos órgãos do Poder Judiciário (art. 927, CPC), de modo que o controle efetivo sobre a questão se dará em âmbito judicial.

Com efeito, a expectativa é de que a jurisprudência permaneça no sentido de expandir os direitos dos servidores públicos vinculados ao RPPS, uma vez que não se trata de óbice expreso previsto pelo ordenamento jurídico, mas sim de lacuna normativa que deve ser compreendida em favor dos segurados. Ademais, espera-se que os impactos oriundos da tese fixada nos regimes próprios sirvam como fator propulsor para que a aposentadoria especial e as demais hipóteses de conversão sejam devidamente regulamentadas por intermédio de lei complementar.

## 6. CONCLUSÃO

A partir da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Tema nº 942 (*Leading Case* RE nº 1.014.286/SP), a possibilidade de conversão da atividade especial em comum tornou-se possível no âmbito dos Regimes Próprios de Previdência Social. O julgamento afastou a alegação da conversão se tratar meramente de tempo ficto.

A conversão, assim, foi considerada medida de isonomia e proteção previdenciária aos trabalhadores da iniciativa privada, que exercem ou exerceram suas atividades em condições consideradas especiais.

Feito isso, ainda que a tese não possua caráter vinculante para fins de determinar a atuação da administração pública em cada regime próprio, o precedente gera vinculação no Poder Judiciário e, havendo negativas administrativas para a concessão e revisão de benefícios, os servidores públicos sujeitos ao regime próprio encontram fundamento legítimo para a busca da tutela jurisdicional de seus direitos, sem qualquer limitação previamente determinada pelo Tribunal, o qual entendeu possível a conversão de períodos especiais em comuns exercidos até a data de 13 de novembro de 2019, data de início de vigência da EC nº 103/2019.

O que se vislumbra, de imediato, é que o julgamento do Supremo Tribunal Federal acarretará inúmeros impactos aos Regimes Próprios, que, sem regulamentação administrativa para a conversão da atividade especial em comum, provavelmente concluirão pela negativa da aplicação desta e, com a negativa, caberá ao Poder Judiciário a aplicação da tese fixada pelo Tema nº 942, em que o Tribunal, mesmo com a possibilidade de modular os efeitos, assim não o fez, abrindo margem para a concessão e revisão de benefícios até então sem previsão orçamentária.

A possibilidade de crises geradas nos regimes próprios é nítida, o que poderá resultar, inclusive, na hipótese de *backlash*, em que norma posterior do Poder Executivo limite os efeitos da decisão judicial, e com isso, ainda que fixada a tese pelo Supremo Tribunal Federal, muito há que se debruçar sobre a matéria para que se alcance medida efetiva de garantia de proteção os servidores públicos, e também para evitar danos irreparáveis aos regimes próprios.

## REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Fábio Nobre; LAZZARI, João Batista. Reforma da Previdência (EC nº 103/2019): inconstitucionalidade da vedação à conversão do tempo de atividade especial em comum. **Juris – Revista da Faculdade de Direito**. v. 30. n. 2, p. 111-133, 2020.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 31 out. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. MI 1.320 AgR, Rel. Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 24/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-098 DIVULG 23-05-2013 PUBLIC 24-05-2013.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. MI 1481 AgR, Rel. Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-120 DIVULG 21-06-2013 PUBLIC 24-06-2013.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. MI 4.158 AgR-segundo, Rel. Ministro Luiz Fux, P, j. 18-12-2013, DJe 34 de 19-2-2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. MI 795, Rel. Ministra. Cármen Lúcia, P, j. 15-4-2009, DJE 94 de 22-5-2009.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE 1014286, Relator(a): LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 31/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-235 DIVULG23-09-2020, PUBLIC 24-09-2020.

CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. **Direitos previdenciários esperados: a segurança na relação jurídica previdenciária dos servidores públicos**. Curitiba: Juruá, 2012.

CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. **Regime próprio de previdência social dos servidores públicos**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2011.

CARRE DE MALBERG, Raymond. **La loi, expression de la volonté générale**: é tude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875. Paris: Recueil Sirey, 1931.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo** - Edição do Kindle. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DUGUIT, Leon. **Traité de Droit Constitutionnel**. Tome 3. Paris: Boccard, 1921.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas**: Parte general. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017.

GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 77, p. 177-183, 1 jan. 1982. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66950>>. Acesso em 21 ago. 2020.

GROTE, Rainer. Rule of Law, Rechtsstaat, y Etat de Droit. **Revista Pensamiento Constitucional**, nº 8, Albacete, 2002. Página 174. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/issue/view/362>> Acesso em: 25/01/2020.

HAURIUO, Maurice. **Precis de droit administratif et de droit public general**: a l'usage des étudiants en licence et en doctorat es-sciences politiques. Paris: Larose Et Forcel, 1903.

LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. **Aposentadoria especial: teoria e prática**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo** – 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional** – 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional** – 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Poder, organização política e Constituição: as relações de poder em evolução e seu controle. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos**. Barueri: Manole, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Teoria do poder**: Sistema de direito político: estudo juspolítico do poder. Parte I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

PINTORE, Anna. Stato di Diritto. **Diritto & Questioni Pubbliche**, nº11/2011, Palermo. Página 878. Disponível em: <<http://www.dirittoequestionipubbliche.org/>> Acesso em: 25/01/2020.

RIBAS, Antônio Joaquim. **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: F.L Pinto e C. Livreiros-Editores, 1866.

RIVERO, Jean. **Droit administratif**. Paris: Dalloz, 1973.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio; SANTOS, Roberto de Carvalho. **Nota Técnica**: Tema 942 do STF. Belo Horizonte: IEPREV, 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos** – 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. São Paulo: Malheiros, 1992.

ZANOBINI, Guido. **Corso di Diritto Amministrativo** - 5ª ed - vol. IV. Milão: A. Giuffrè Editore, 1968.



# orientações para envio de artigos

O Conselho Editorial da Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná (MPC/PR) convida servidores, pesquisadores, docentes e estudantes de pós-graduação, mestrado e doutorado, a apresentarem artigos para publicação.

A linha editorial da Revista é centrada no Controle Externo da Administração Pública, admitindo-se à publicação artigos alinhados às seguintes disciplinas: direito administrativo, direito constitucional, direito financeiro, direito econômico, políticas públicas, planejamento.

Os artigos serão submetidos à dupla revisão cega por pares (*double blind peer review*), de modo que a publicação estará condicionada à aprovação pelos avaliadores.

Os artigos deverão ser submetidos diretamente no site da Revista (<https://revista.mpc.pr.gov.br/>), no campo “Enviar Submissão”. Para tanto, basta fazer simples cadastro no site e seguir as etapas que serão indicadas.

As “Diretrizes para Autores” podem ser acessadas na página: <https://revista.mpc.pr.gov.br/index.php/RMPCPR/information/authors>.

Destacam-se, de antemão, as seguintes orientações:

- O texto deve possuir preferencialmente entre 15 e 30 páginas (tamanho A4 - 21 cm × 29,7 cm), compreendendo a introdução, desenvolvimento, conclusão (não necessariamente com esses títulos) e uma lista de referências bibliográficas; as margens utilizadas são: esquerda e superior de 3 cm e direita e inferior de 2 cm; no corpo do texto deve ser utilizada Fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento entre linhas de 1,5, e espaçamento de 0 pt antes e depois dos parágrafos; nas notas de rodapé deve-se utilizar Fonte Times New Roman, tamanho 10, espaçamento simples entre linhas; no desenvolvimento do texto, os parágrafos devem conter recuo de 1,5 cm em relação à margem esquerda; títulos e subtítulos estão alinhados à margem esquerda, sem recuo; as figuras e tabelas estão inseridas no texto, não no final do documento na forma de anexos
- As citações deverão seguir o sistema numérico (em notas de rodapé). Os artigos devem vir acompanhados de título em português e inglês, resumo e abstract, palavras-chave e Keywords, amoldando-se, também, ao estabelecido nas normas da ABNT referentes à apresentação de artigos em publicações periódicas.



