



Associação dos Procuradores do
Município de Londrina – APROLON



Procuradoria-Geral do Município de
Londrina

Revista de Direito Público

da Procuradoria-Geral do
Município de Londrina

Vol. 10, Nº 2, Dezembro 2021
Londrina

RDP-PGM Londrina	Londrina	V. 10 – Nº 2	200 p.	Dezembro 2021
------------------	----------	--------------	--------	---------------

Revista de Direito Público

da Procuradoria-Geral
do Município de Londrina

Conselho Editorial

Carlos Renato Cunha (Coordenador)

João Luiz Martins Esteves

Vinícius Caleffi de Moraes

Esthevam Lermen Eidt

Renato Cavalcante Calixto

As opiniões emitidas nos artigos são de
responsabilidade exclusiva de seus autores.

Publicação conjunta da Procuradoria-Geral do
Município de Londrina e da Associação dos
Procuradores Municipais de Londrina –
APROLON.

Endereço eletrônico para remessa de artigos: revista@aprolon.com.br

Catálogo na publicação por Waléria de Luza – CRB 9/1402

Revista de Direito Público da Procuradoria –Geral do Município de
Londrina/ Associação dos Procuradores do Município de
Londrina – APROLON / Procuradoria –Geral do Município de
Londrina, - v.10, n.2, (Dez, 2021) – Londrina, 2021.

Anual

ISSN: 2317-4188 (on-line)

Disponível em:

<<http://www.aprolon.com.br/pkp/ojs/index.php/rdp-pgmlondrina>>

1. Direito Público - Periódicos. I. Associação dos Procuradores
do Município de Londrina – APROLON / Procuradoria –Geral do
Município de Londrina .

CDU 342

Revisão e Editoração: APROLON e Cíntia Bocchi Sonoda

Publicação: dez. 2021

Associação dos Procuradores do Município de Londrina -
APROLON

Av. Madre Leônia Milito, 1170

Apto 201 - Londrina-PR

CEP 86.050-270

aprolon@aprolon.com.br

www.aprolon.com.br

Procuradoria-Geral do Município de Londrina

Av. Duque de Caxias, 635,

Prefeitura Municipal - Centro Cívico

Bairro Petrópolis - Londrina-PR

CEP 86.015-901

(43) 3372-4305

www.londrina.pr.gov.br



Administração da Procuradoria-Geral do Município de Londrina

Procurador-Geral do Município

João Luiz Martins Esteves

Procurador-Geral Adjunto de Gestão do Contencioso

Sérgio Veríssimo de Oliveira Filho

Procuradora-Geral Adjunta de Gestão da Consultoria

Renata Kawasaki Siqueira

Corregedor-Geral do Município

Jefferson Bento Costa

Diretor Executivo do Núcleo Municipal de Proteção e Defesa do Consumidor Procon-Ld

Thiago Mota Romero

Gerente de Assuntos de Pessoal - GAP

Diego Ribeiro Vieira

Gerente de Serviços Públicos - GSP

Vinícius Caleffi de Moraes

Gerente de Patrimônio Público, Urbanismo e Meio Ambiente - GPPUMA

Renata Kawasaki Siqueira

Gerente de Assuntos Legislativos e Normativos - GALN

Marcelo Moreira Candeloro

Gerente de Assuntos Fiscais e Tributários – GAFT

Carlos Renato Cunha

Gerente de Execução Fiscal – GEF

Leonardo Martin Garcia

Gerente de Licitações e Contratos – GLC

Sérgio Veríssimo de Oliveira Filho

Diretor Técnico Orçamentário e Financeiro

Lucas Norihiko Shimada

Diretora Técnica Administrativa

Aline Cássia Diana

Os cargos até aqui nominados são os que compõem o Conselho Superior da PGM-Londrina.

Assessora-Técnica Administrativa de Gabinete – ATAG

Cíntia Bocchi Sonoda



Coordenador de Apoio Administrativo ao Gabinete – CAA-Gab

Lucas Ferreira Santana

Coordenadora de Apoio Administrativo à Execução Fiscal – CAAEF

Eliza Tizuru Sonomura

Coordenadora de Apoio à Arrecadação Fiscal – CAAF

Amanda Maia Fracaroli

Coordenadora de Apoio Administrativo de Grandes Devedores e Habilitação de Crédito – CGD

Marianne Paola de Assis

Coordenadora de Análise de RPVs e Precatórios - CARP

Queila Justo de Oliveira

Coordenador de Análise Técnica do Ambiente Urbano - CATAU

Cesar Ricardo Benini

Coordenadora de Apoio ao Setor de Ações em Massa da Justiça do Trabalho - CSAMJT

Bárbara Maria Moraes da Luz



**Diretoria da Associação dos Procuradores do Município de Londrina -
APROLON**

Presidente

Marcelo Moreira Candeloro

Diretor de Assuntos Jurídicos e Institucionais (Vice-Presidente)

Carlos Renato Cunha

Diretora Administrativa

Lia Correia

Diretora Financeira

Sabrina Favero Rezende

Diretor de Comunicação

Sérgio Correa

Diretor de Eventos

Leonardo Martin Garcia

Diretor do Núcleo de Estudos Jurídicos

Esthevam Lermen Eidt

Conselho Fiscal

Vinícius Caleffi de Moraes

Sérgio Veríssimo de Oliveira Filho

Paulo César Tieni

Diego Ribeiro Vieira (suplente)

SUMÁRIO

EDITORIAL.....	09
ARTIGOS	
A CORRETA APLICAÇÃO DA DECADÊNCIA NO ICMS EM CASOS DE AUTO DE INFRAÇÃO <i>Gleison do Prado de Oliveira</i> <i>Bruno Cesar Marsolla</i> <i>João Marcos Santana Xavier.....</i>	11
DA NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS HUMANOS: UM OLHAR ADENTRO DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO <i>Gabriel Cavalcante Cortez</i> <i>Álvaro Paixão Costa.....</i>	39
A ISENÇÃO DO IPTU PARA OS IDOSOS EM LONDRINA COMO MEDIDA EXTRAFISCAL <i>Kawany Victória Ricci</i> <i>Vitória Santana Frizon.....</i>	55
AS DIMENSÕES DO RECONHECIMENTO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: POSSIBILIDADES DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E NOVAS PERSPECTIVAS DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO <i>Bernardo Camargo Burlamaqui.....</i>	69
PARA ALÉM DO CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: NECESSÁRIO DIÁLOGO INSTITUCIONAL COMO FORMA DE LEGITIMAÇÃO DA ATUAÇÃO DISCRICIONÁRIA DO ADMINISTRADOR PÚBLICO <i>Rafael Diogo Diógenes Lemos.....</i>	89
UMA APROXIMAÇÃO ENTRE O DIREITO MODERNO E O CLÁSSICO: AS RELAÇÕES ENTRE OS POSTULADOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE E A DEFINIÇÃO COMUM DE JUSTIÇA E A EQUIDADE <i>Guilherme Bohrer Lopes Cunha.....</i>	113
O DIREITO PENAL E O MEDO: UM FLERTE ENTRE A “SOCIEDADE DE RISCO” E A TEORIA FUNCIONALISTA DE GÜNTHER JAKOBS <i>Ederson Luiz Reis dos Santos</i> <i>Eduardo Diniz Neto.....</i>	135
ANÁLISE DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR <i>Tales Rafael Garcia da Hora.....</i>	155

PARECERES**MULTAS E JUROS COBRADOS DE SERVIDORES PÚBLICOS**

Carlos Renato Cunha.....171

ABERTURA DE POÇOS ARTESIANOS NA ZONA URBANA

Esthevam Lermen Eidt.....189

EDITORIAL

Chegamos a mais um volume da 10ª Edição da Revista de Direito Público da Procuradoria-Geral do Município de Londrina com artigos e pareceres de relevância dos profissionais que integram o corpo jurídico da PGM - Londrina, bem como de outros colegas profissionais de outras localidades e acadêmicos.

É muito gratificante chegar a mais um volume da 10ª Edição com um trabalho consistente e relevante, que tem aumentado sua abrangência e impacto.

Como nas edições anteriores, os artigos e pareceres ora veiculados são de diversas áreas do direito e podem contribuir para o estudo e melhor compreensão dos temas propostos.

Novamente, nossos agradecimentos aos que contribuíram com seus trabalhos, e aos que se dedicam na organização da Revista.

Boa leitura a todos.

Londrina-PR
Dezembro de 2021.

João Luiz Martins Esteves
Procurador-Geral do Município

Carlos Renato Cunha
Coordenador da Revista

Marcelo Moreira Candeloro
Presidente da APROLON

Esthevam Lermen Eidt
Diretor do Núcleo de Estudos Jurídicos da APROLON

A CORRETA APLICAÇÃO DA DECADÊNCIA NO ICMS EM CASOS DE AUTO DE INFRAÇÃO

Gleison do Prado de Oliveira¹

Bruno Cesar Marsolla²

João Marcos Santana Xavier³

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo apresentar, dentro do Ordenamento Jurídico Brasileiro, o instituto da Decadência, previsto nos Artigos 150, §4º e 173, I, do Código Tributário Nacional, e sua subsunção aos casos concretos, nas searas processuais cabíveis. A pesquisa permeia o crédito tributário, desde sua origem aos procedimentos fiscais, culminando na discrepância entre as sentenças administrativas e judiciais, a partir da análise de decisões fáticas no tocante à constituição do ICMS em razão do período decadencial. Por fim, são apresentadas possíveis soluções para a problemática, sempre à luz das mais especializadas Doutrinas e dos Princípios Constitucionais explícitos e implícitos.

Palavras-chave: Direito Tributário; ICMS; Decadência; Lançamento por Homologação; Auto de Infração.

ABSTRACT

The present paper objective to show, inside the Brazilian Juridical Ordering, the institute of Laches, foreseen in the Articles 150, §4 and 173, I, from Brazilian Tax Law, and his subsumption to real cases, in the appropriate processual spheres. The research walks through the tax credit, from the beginning until the controller process, culminating in the discrepancy between administrative and judicial sentences, by the analysis of fact decisions, in what concerns ICMS's constitution, due to the laches time. Ending, the paper shows possible solutions for this huge problem, always

¹ Gleison do Prado de Oliveira: Graduando em Direito (2020-2024) pela Universidade Paranaense - UNIPAR, Umuarama/PR. Graduado em Ciências Contábeis (2015-2018) pela Universidade Paranaense - UNIPAR, Umuarama/PR. Pós-Graduando em Direito Tributário, Direito do Trabalho, e Gestão Pública (2020-2021) pela Faculdade Unina de Curitiba/PR. Pós-Graduado em Docência do Ensino Superior, Controladoria e Finanças (2019-2020) pela Faculdade Unina de Curitiba/PR. Membro do Grupo de Pesquisa em Tributação, Eficiência e Direitos Fundamentais da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Campus de Londrina. Integrante do Projeto de Iniciação Científica da Universidade Paranaense - UNIPAR, Umuarama/PR. E-mail: gleisondoprado@gmail.com.

² Contador, graduado em Ciências Contábeis pela UNIPAR - Universidade Paranaense. Pós-Graduado em Contabilidade e Planejamento Tributário pela FCV - Faculdade Cidade Verde e está cursando Direito pela UNIPAR. Consultor tributário especialista em ICMS, PIS e COFINS da Virtual Super Soluções Tecnológicas. Professor credenciado da academia APRAS - Associação Paranaense de Supermercados. E-mail: bruno@virtualsuper.com.br.

³ Acadêmico do 3º ano do curso de Direito na Universidade Paranaense, UNIPAR. Aluno tutor de Tecnologias G. Suite For Education, pela Google Brasil e diplomado internacionalmente em Língua Inglesa pelo Michigan English Test, MET. Atualmente, labora na seara Tributário/Fiscal, como Auxiliar Jurídico da Virtual Super Soluções Tecnológicas. E-mail: joao@virtualsuper.com.br.

backlit by specialized Doctrine and the explicit and implicit Constitutional's Principles.

Keywords: Tax Law; ICMS; Laches; Homologation Assessment; Infraction Notice.

Sumário: 1 Introdução; 2 Constituição do Crédito Tributário; 2.1 Natureza do Lançamento; 2.2 Modalidades do Lançamento; 2.2.1 Lançamento de Ofício; 2.2.2 Lançamento por Declaração; 2.2.3 Lançamento por Homologação/Autolancamento; 3 Lançamento e Auto de Infração; 4 Decadência como Meio de Extinção do Crédito Tributário; 5 Princípios Constitucionais; 5.1 Estrita Legalidade; 5.2 Isonomia; 5.3 Razoabilidade; 6 Análise dos Dispositivos Legais do Prazo Decadencial do ICMS; 6.1 Aplicabilidade dos artigos 150 § 4º e 173 inciso I do CTN em relação a autos de infração de ICMS; 7 Jurisprudência Judicial e Administrativa sobre a Aplicada a Autos de Infração de ICMS; 8 Análise Hierárquica e Pacificação das Decisões dos Tribunais do Sistema Jurídico; 9 Considerações Finais.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo principal do Direito Tributário consiste na proteção do contribuinte ao abuso de poder do Estado. Deste modo, está presente no Código Tributário Nacional de 1966 o instituto da decadência, que por sua vez, alcança o próprio direito, impedindo que a autoridade administrativa faça o lançamento do crédito, suprimindo a relação jurídica, extinguindo o crédito tributário.

No Código Tributário, o art. 173, inciso I, disciplina a regra geral do período decadencial para a instituição dos tributos pela Fazenda Pública, iniciando-se no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido realizado. No entanto, tributos sujeitos ao lançamento por homologação/autolancamento, são regidos pelo art. 150, § 4º, que por seu turno, estabelece que na ausência de manifestação da Fazenda Pública, o prazo para homologação do lançamento será de cinco anos a contar do fato gerador do tributo, e, decorrido esse prazo, ocorrerá a extinção da espécie tributária.

Desta maneira, o presente estudo demonstra que o Superior Tribunal de Justiça, visando sanar as discussões sobre o prazo decadencial dos tributos por homologação, publicou a súmula 555, enunciando que nos casos em que o contribuinte deixar de declarar o tributo, o período

decadencial observará o art. 173, inciso I, do CTN. Inclusive, as decisões posteriores do STJ foram pautadas no posicionamento sumulado, de tal maneira a considerar para os casos de não declaração o início da contagem como o primeiro dia do exercício seguinte em que o tributo deveria ter sido declarado. Já para os casos em que o tributo foi declarado e pago, ainda que parcialmente, o STJ vem entendendo que se deve aplicar a regra do art. 150, §4º, do CTN, sendo o prazo decadencial iniciado a partir da ocorrência do fato gerador.

Não obstante, os Tribunais Administrativos Tributários estaduais não uniformizaram suas decisões, sendo que alguns decidiram contrariamente ao enunciado da súmula 555 do Superior Tribunal de Justiça, favorecendo, deste modo, o Fisco, que amparado pelo art. 173, I, do CTN, desfrutou de prazo superior ao de cinco anos da ocorrência do fato gerador para a instituição do crédito tributário por meio de autos de infração. A conduta contrária dos tribunais administrativos em relação às decisões do STJ fere, fundamentalmente, os princípios constitucionais da estrita legalidade, isonomia e razoabilidade, além de desconsiderarem o previsto no art. 927, IV, do CPC/2015, em que os tribunais observarão as decisões do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional.

Deste modo, busca-se explorar os entornos dos dispositivos legais que disciplinam a correta aplicação do prazo decadencial dos Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Intermunicipal e Interestadual e de Comunicação (ICMS), tributo sujeito ao lançamento por homologação. Além disso, analisar as decisões dos Tribunais Administrativos Tributários dos Estados de Santa Catarina, Paraná e São Paulo.

2 CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Crédito tributário, no entendimento do eminente Prof. Dr. Paulo de Barros Carvalho⁴, é “o direito subjetivo de que é portador o sujeito ativo de uma obrigação tributária e que lhe permite exigir o objeto prestacional, representado por uma importância em dinheiro”. Facilitando o brilhante entendimento acima, pode-se dizer que tal sorte de crédito é a competência do Estado - outorgada por meio do Poder Constituinte e positivada no ordenamento jurídico pelo Poder Legislativo, a quem a Constituição entregou os poderes de legislar, ou seja, de alterar o ordenamento quando necessário para a manutenção do corpo social ali representado - para impor ao contribuinte, chamado de sujeito passivo da obrigação, a necessidade de pagamento de uma determinada

⁴ CARVALHO, P. B. Curso de Direito Tributário. 30. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 448.

importância, em prestação pecuniária, ou seja, pagamento em espécie da moeda nacional corrente, sobre determinadas circunstâncias fáticas.

A constituição do crédito tributário é de responsabilidade exclusiva da Autoridade Administrativa, de modo que possa ser dito: o crédito tributário é o vínculo jurídico entre o sujeito ativo e passivo da obrigação de pagar o tributo. A título de diferenciação entre os sujeitos e suas obrigações dentro do vínculo obrigacional, visando facilitar o entendimento acerca da matéria, podemos replicar as palavras do eminente Prof. Paulo de Barros “sim, porque o crédito nada mais é que o direito subjetivo de que o sujeito ativo se vê investido de exigir a prestação, enquanto débito, seu contraponto, é o dever jurídico de cumprir aquela conduta”⁵. Portanto, tendo ocorrido o fato social e, sendo positivado pela ciência jurídica, tornando-se fato jurídico, nasce para o sujeito ativo, Estado, na figura de seus agentes de jurisdição, o crédito tributário, e, para o sujeito passivo, contribuinte, nasce o débito tributário, ou seja, o dever jurídico de pagar o que for cobrado pelo sujeito ativo.

Segundo Hugo de Brito Machado⁶, no procedimento administrativo de lançamento do tributo, o contribuinte ou responsável pelo pagamento do crédito deverá ter a sua oportunidade de defesa assegurada, pois, não tendo a oportunidade, o lançamento será nulo e sem validade jurídica. Observa-se, neste mesmo prisma, a necessidade de observância aos princípios do contraditório e ampla defesa, ambos garantidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 5º, LV, como direito dos litigantes, seja em processo judicial ou administrativo.

Cabe relatar, dentro do universo jurídico, que todo direito possui uma gênese, ou seja, um momento de nascimento. Isso não seria diferente no prisma do crédito tributário. Todo tributo, de qualquer natureza ou de quem quer que seja a competência para opô-lo, nasce, enquanto fato jurídico, a partir da fenomenologia jurídica denominada de fato gerador.

O fato gerador está essencialmente ligado ao tributo nos termos lógicos de uma sequência de eventos, e o legislador assim entendeu quando redigiu o art. 16 do Código Tributário Nacional: “imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte”⁷. Desta forma, tornando explícita a necessidade de um para a efetivação do outro. Ademais, descreveu o conceito de fato gerador no art. 114 do mesmo Código: “fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência”.

A Doutrina também se dedica a explicar e expandir as possibilidades de incidência de um conceito aos casos concretos. O notório jurista Ruy Barbosa Nogueira, definiu com maestria o

⁵ CARVALHO, P. B. *Curso de Direito*, cit., p. 449.

⁶ MACHADO, H. B. *Curso de Direito Tributário*. 41. ed. São Paulo: Malheiros. 2020. p. 173.

⁷ BRASIL. Código Tributário Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 20 jan. 2021.

conceito de fato gerador: “Fato gerador do tributo é o conjunto dos pressupostos abstratos descritos na norma de direito material, de cuja concreta realização decorrem os efeitos jurídicos previstos”.⁸

Para delimitarmos, portanto, uma linha que contenha a cadeia de eventos da obrigação tributária, teremos: 01) Fato Gerador: pressupostos abstratos para a concretização de um dispositivo jurídico, que ocorre no plano fático e, de maneira intrínseca, repercute no plano do Direito Positivo. 02) Lançamento Tributário: momento no qual o Fato Gerador será delimitado, deixando de ser abstrato e genérico para tornar-se denotativo e enquadrado numa norma jurídica existente, tendo por competente para tal a Autoridade Tributária. 03) Crédito Tributário: a faculdade de cobrança por parte do sujeito ativo e a obrigação jurídica de pagar do sujeito passivo.⁹

Apesar das críticas doutrinárias acerca de alguns aspectos e detalhes da legislação vigente, o caminho traçado pelo legislador, em termos gerais, possui uma qualidade essencial por ser dotado de certa lógica, ainda que com uma linguagem não tão acertada. A sucessão dos eventos previstos no texto legal é compatível com os acontecimentos do mundo material, o que demonstra um alinhamento entre os fatos sociais e seus consequentes fatos jurídicos, nascidos da subsunção daqueles à norma vigente.

2.1 Natureza do Lançamento

O lançamento do tributo é, na corrente adotada pelo legislador, o procedimento pelo qual haverá o cálculo ou definição do valor a ser pago. Determina o art. 142 do Código Tributário Nacional de 1966:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Paulo de Barros Carvalho, salienta que o termo procedimento, por si só, é simples e restrito demais para explicar o fenômeno do lançamento, trazendo uma ideia puramente regimental. Segundo ele, os aspectos semânticos dos termos procedimento, ato e norma, denotam a correta

⁸ NOGUEIRA, R. B. Curso de Direito Tributário. 15ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999. p. 142.

⁹ MAZZA, A. Manual de Direito Tributário. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 940-941.

conceituação de lançamento tributário, não se referindo apenas à parte burocrática da atividade administrativa/fiscal, mas sim o todo da ação e seu resultado. Vejamos:

[...] podemos aludir ao “lançamento”, concebido como norma, como procedimento ou como ato. Norma, no singular, para reduzir as complexidades de referência aos vários dispositivos que regulam o desdobramento procedimental para a produção do ato (i); procedimento, como a sucessão de atos praticados pela autoridade competente, na forma da lei (ii); e ato, como o resultado da atividade desenvolvida no curso do procedimento (iii). Isto significa afirmar que são semanticamente válidos os três ângulos de análise. Tanto será “lançamento” a norma do art. 142 do CTN, como a atividade dos agentes administrativos, desenvolvida na conformidade daquele preceito, como o documento que a atesta, por eles assinado, com a ciência do destinatário.¹⁰

A definição mais eficaz de lançamento tributário, portanto, encontra suas palavras nas ideias do tributarista utilizado como base em todo este prisma de discussão. Nestes termos, o notório professor Paulo de Barros traz a seguinte definição:

Lançamento tributário é o ato jurídico administrativo, da categoria dos simples, constitutivos e vinculados, mediante o qual se insere na ordem jurídica brasileira uma norma individual e concreta, que tem como antecedente o fato jurídico tributário e, como consequente, a formalização do vínculo obrigacional, pela individualização dos sujeitos ativo e passivo, a determinação do objeto da prestação, formado pela base de cálculo e correspondente alíquota, bem como pelo estabelecimento dos termos espaço-temporais em que o crédito há de ser exigido.¹¹

Todavia, o legislador, incumbido de seu poder pela Constituição, escrevera o texto legal tratando o lançamento como procedimento e, por não haver modificação legal até o presente momento, bem como qualquer jurisprudência firmada em tom controverso ao texto do Código Tributário Nacional, a definição adotada consiste no lançamento como um procedimento que irá conhecer e definir a situação fática nascida do fato gerador, subsumindo-a na norma vigente e, conseqüentemente, averiguando o montante, em prestação pecuniária, a ser pago à Administração Pública.

¹⁰ CARVALHO. P. B. *Curso de Direito*, cit., p. 469.

¹¹ CARVALHO. P. B. *Curso de Direito*, cit., p. 474.

Importante salientar que no crédito tributário, incluem-se, oportunamente, a penalidade pecuniária, logo, o lançamento administrativo possui caráter vinculado e obrigatório, sob pena de responsabilidade funcional (CTN, art. 142, parágrafo único). Tal obrigatoriedade poderia contrastar antagonicamente com outros dois dispositivos do mesmo Código, a saber, o art. 156, IV c/c o art. 172, que trazem a possibilidade de remissão total ou parcial da dívida, o que desoneraria o servidor da aplicação da penalidade pecuniária e, por estar presente no próprio texto legal, afastaria a responsabilidade funcional. Todavia, há a necessidade de texto normativo diverso que regulamente tal remissão, para que possa ser aplicada pela Autoridade Administrativa.

2.2 Modalidades do Lançamento

Existe em nosso ordenamento jurídico, o direito potestativo e o direito a uma prestação. O primeiro é consagrado pela satisfação do credor, enquanto que o segundo depende da prestação do devedor. Assim sendo, o Estado, como sujeito ativo, tem o direito potestativo de criar o crédito tributário, ao passo que a Autoridade Administrativa estará incumbida do dever de realizar o lançamento. Em suma, o sistema tributário brasileiro nacional conta com três modalidades de lançamento: de ofício, por declaração e por homologação.

2.2.1 Lançamento de Ofício

O Art. 149, I do CTN dispõe sobre o lançamento de ofício. Nesta modalidade de lançamento, a Autoridade Administrativa tem o dever inicial de constituir o crédito tributário, não cabendo ao sujeito passivo prestar declarações ou realizar o pagamento antecipado do tributo. O IPTU (Imposto sobre Propriedade Territorial Urbana) é um dos maiores exemplos desta modalidade de lançamento.

2.2.2 Lançamento por Declaração

O lançamento por declaração ou lançamento misto é caracterizado pelas informações que o sujeito passivo deve prestar ao fisco para apuração do valor do tributo. São

informações indispensáveis para que a Autoridade Administrativa possa lançar o crédito tributário (CTN, Art. 147). Há, portanto, um trabalho conjunto entre sujeito ativo e sujeito passivo.

Um exemplo clássico de lançamento por declaração está presente no ITCMD (Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doações, de Quaisquer Bens e Direitos), de competência Estadual. Segundo Eduardo M. L. Rodrigues de Castro¹², o ITCMD será apurado mediante informações contidas em inventário. Ou seja, com base nas informações do inventário de um determinado bem móvel ou imóvel, o sujeito ativo, representado pela Autoridade Administrativa, realizará o lançamento do crédito tributário.

2.2.3 Lançamento por Homologação/Autolancamento

No lançamento por homologação, sujeito ativo e sujeito passivo trabalham em conjunto, sendo dever do contribuinte efetuar o pagamento dos tributos desta modalidade, nas previsões legais, enquanto o Estado estará incumbido de fiscalizar e homologar, tácita ou expressamente, o tributo - ou iniciar os processos administrativos fiscais, quando detectada inconsistência. Nas palavras do eminente Hugo de Brito Machado, “o lançamento por homologação é aquele que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribui ao sujeito passivo o dever de fazer a apuração do valor devido e antecipar o respectivo pagamento”¹³. Desta maneira, o pagamento do tributo não está necessariamente ligado a ação da Autoridade Administrativa, uma vez que incumbe ao contribuinte ou responsável, fazer a apuração do valor devido, efetuar o recolhimento aos cofres públicos e, por fim, cumprir com as obrigações acessórias de tal maneira a facilitar a fiscalização do procedimento relacionado a espécie tributária. O ICMS, objeto do nosso estudo, é um autêntico exemplo de lançamento por homologação.

Ainda nesta modalidade, o contribuinte apura, destaca e paga o imposto devido para a operação realizada, tendo como marco inicial o fato gerador, utilizando-se das ferramentas de conhecimento exaradas pelo texto legal e pelos órgãos competentes (Receita Federal e Receitas Estaduais).

O Estado presume que o contribuinte sabe o que deve ser pago e a forma com que deve ocorrer tal pagamento. Roque Antonio Carrazza assevera que não há um lançamento propriamente dito, vez que o agente da Administração Pública faz a acareação dos dados apresentados

¹² CASTRO, E. R. Impostos Estaduais para Concursos. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 13.

¹³ MACHADO, H. B. *Curso de Direito*, cit., p. 183.

com os dados reais, visando encontrar possíveis diferenças. Não há um lançamento, apenas a sua fiscalização e posterior homologação. No tocante ao ICMS, o autor propõe a seguinte reflexão:

É um tributo *sem lançamento*, já que se torna pagável por iniciativa do próprio contribuinte, ou seja, sem que a Fazenda Pública tenha a necessidade de apurar o *quantum debeat*, mediante a prática do ato administrativo de lançamento. Ou, se preferirmos, o ICMS - como tem sido dito e redito - não depende do lançamento para se tornar exigível; tanto não, que o próprio contribuinte apura o montante a pagar. Somente se ele se omite é que é dado à Fazenda Estadual entrar em ação, lavrando o competente auto de infração e praticando o *lançamento de ofício*.¹⁴

Vemos então, uma discussão pertinente relativa ao Direito Tributário e os pormenores de sua aplicação. Tal discussão, como bem se deve imaginar, são a força motriz para as alterações positivas dentro do ordenamento, de sorte que, quanto mais se debate, maior a probabilidade de alterações significativas para o Direito e para a sociedade. Dentro de todo este universo, o Crédito Tributário - oriundo dos lançamentos tributários que, por sua vez, são oriundos dos fatos geradores - é a fase inicial de estudos para todo e qualquer norte a ser rumado.

3 LANÇAMENTO E AUTO DE INFRAÇÃO

Após a correta definição e necessários esclarecimentos sobre o lançamento tributário, cabe entender o que é um Auto de Infração e fazer a devida distinção entre os dois. Via de regra a diferença é simples, os dois são atos administrativos que podem resultar em norma individual e concreta no ordenamento positivo, entretanto no Auto de Infração o antecedente é um fato ilícito, já no lançamento o fato sempre é lícito.

Segundo Paulo de Barros Carvalho, o auto de infração é “um ato administrativo que consubstancia a aplicação de uma providência sancionatória a quem, tendo violado preceito de conduta obrigatória, realizou evento inscrito na lei como ilícito tributário”.¹⁵ Ora, a sanção será aplicada de acordo com a má conduta do contribuinte, uma vez que este deixar de recolher o tributo, ou declará-lo de maneira inidônea com vistas burlar o fisco e pagá-lo a menor.

Sendo assim, devido a esta natureza sancionatória do fato ilícito, a consequência dessa norma estabelecerá uma relação jurídica em que 01) o sujeito ativo é o fisco 02) o sujeito

¹⁴ CARRAZZA, R. A. ICMS. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 653.

¹⁵ CARVALHO. P. B. *Curso de Direito*, cit., p. 499.

passivo, o contribuinte, neste contexto, o autor do ilícito 03) a prestação, via de regra, uma quantidade em dinheiro, a título de penalidade. Cumpre salientar que o auto de infração e o lançamento, amiúde, estarão em um único documento expedido pela Autoridade Administrativa.¹⁶

Devido ao Auto de Infração também ser um ato administrativo vinculado e poderosíssimo, portanto, torna-se necessária a minuciosidade do sujeito ativo para detalhar os elementos de fato e direito que justificam sua expedição, pois o contribuinte poderá rechaçar tal ato, impugnando-o, por motivos ligados a não observação da estrita legalidade.

Tanto na esfera administrativa quanto na judicial o contribuinte poderá impugnar parte ou todo o Auto de Infração, por erros formais e/ou materiais do ente tributante. Nesse sentido, se lograr êxito em sua defesa não há de se falar em Auto de Infração, logo, não há qualquer lançamento tributário e, conseqüentemente, crédito tributário.¹⁷

4 DECADÊNCIA COMO MEIO DE EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

A extinção do crédito tributário decorre, amiúde, da prestação dada pelo sujeito passivo da obrigação, ou seja, pelo pagamento do tributo ao sujeito ativo da relação. Vale ressaltar que a extinção do tributo está concatenada com o princípio da legalidade. Estabelece o inciso VI do art. 97 do CTN que somente a lei poderá estabelecer “as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades”. Nesse sentido, a partir do art. 156, o CTN passa a tratar da extinção do crédito tributário. No dispositivo são elencados onze incisos, dentre eles a prescrição e a decadência.

Segundo o art. 174 do CTN “a ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva”. Cabe destacar, que a essência da prescrição, é a pretensão para entrar com a ação. O Código Civil de 2002, em seu art. 189, determina em seu texto que “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição”. Portanto, passados os cinco anos da constituição do crédito tributário, o sujeito ativo perde o direito de entrar com ação de cobrança, e, por consequência, ocorre a extinção do tributo (art. 156, V, CTN).

A decadência, por sua vez, está expressa no art. 156, inciso V do CTN, de modo a ser causa da extinção do crédito tributário. Medina e Araújo, lecionam que “a decadência atinge os

¹⁶ CARRAZZA. *ICMS*, cit., p. 655.

¹⁷ CARVALHO. P. B. *Curso de Direito*, cit., p. 501.

direitos subjetivos potestativos que são objetos de ações constitutivas positivas ou negativas.”¹⁸ Logo, entende-se que a decadência alcança o próprio direito, impedindo que a autoridade administrativa faça o lançamento do crédito, suprimindo a relação jurídica tributária.

Neste ponto, torna-se importante salientar o questionamento feito por Alexandre Mazza, no sentido de a decadência ser uma forma de extinção do crédito tributário, pois esta, em sua essência, impede o surgimento do crédito. Logo, como extinguir algo que sequer existe? Somente se pode extinguir a possibilidade de vir a existir o crédito tributário.¹⁹

Portanto, a decadência é uma causa de extinção do crédito antes do lançamento, ao contrário da prescrição, que acontece após a constituição do crédito tributário. A regra geral para a contagem da decadência está prevista no inciso I do art. 173 do CTN, sendo o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, porém há casos específicos, como nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, onde o prazo respeitado deverá ser o previsto no artigo 150, §4º, do CTN. Tais situações serão esmiuçadas no tópico 5 deste artigo.

5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O ordenamento jurídico brasileiro, denota princípios expressos e implícitos na Constituição Federal de 1988. Segundo Machado²⁰, os princípios são ferramentas de defesa do sujeito passivo da obrigação tributária contra o Estado. Logo, os princípios constitucionais existem, em sua essência, para blindar os cidadãos contra todo e qualquer abuso de poder.

O ilustre Alessandro Otavio Yokohama, retratando o princípio da proporcionalidade, salientou que um princípio constitucional atua “como forma de expressar sua superioridade hierárquica normativa e sua aplicação em todo sistema normativo”.²¹ Nota-se a importância do ato de invocar os princípios constitucionais para dirimir quaisquer controvérsias no âmbito do Direito e, desta forma, não permitir a tirania Estatal. Vale lembrar que Deltan Dallagnol, definiu a tirania no ordenamento jurídico como o “uso do poder além do direito”.²² Dado o exposto, cumpre-nos enfatizar que o uso para além do direito, quase sempre é agente motivador de grandes

¹⁸ MEDINA, J. M.; ARAÚJO, F. C. Código Civil Comentado: Com jurisprudência selecionada e enunciados das Jornadas do STJ sobre o Código Civil. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 535.

¹⁹ MAZZA, A. *Manual de Direito*, cit., p. 986.

²⁰ MACHADO, H. B. *Curso de Direito*, cit., p. 32.

²¹ YOKOHAMA, A. O. Teoria da Proporcionalidade: o judiciário como legislador. Curitiba: Juruá Editorial. 2018. p. 148.

²² DALLAGNOL, D. A Luta Contra a Corrupção. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa. 2017. p. 57.

catástrofes. Desta forma, o partido nazista liderado pelo tirano alemão Adolf Hitler, em 1933, declarou-se subversivo, totalitarista e de caráter militar, provocou a Segunda Grande Guerra, por ser o poder mais alto e incontrastável de sua época.²³ Ora, o partido nazista negligenciou os princípios da Constituição de Weimar, de 1919, produzindo racismo e ocasionando mortes em torno do mundo naquela época (1933-1945).

5.1 Estrita Legalidade

O princípio da estrita legalidade não abre margem para a discricionariedade administrativa da Fazenda Pública. Roque Antônio Carrazza, salienta que “o art. 150, I, da CF garante ao contribuinte o direito de não suportar outros sacrifícios além dos definidos em lei”,²⁴ portanto, todos os pressupostos normativos tributários deverão estar pautados numa legislação. Outrossim, a definição da hipótese de incidência, sujeitos ativos e passivos, aspecto quantitativo (alíquota e base de cálculo), descrição do período decadencial, imunidade, isenção, lançamento do crédito tributário, bem como sua fiscalização e arrecadação estarão expressamente previstos em lei.

Na obra “O Regulamento do Direito Tributário Brasileiro”, Carrazza discorre com maestria:

A Administração Pública deve, obrigatoriamente, assim que verificado o fato imponible, aplicar as leis pertinentes ao caso concreto. Neste particular, ela não possui qualquer margem de discricionariedade, até porque, num Estado de Direito como o nosso, a retirada de dinheiro dos cidadãos, a título de tributo, precisa ser rigorosamente disciplinada por lei, de modo a afastar, de todo, a possibilidade de livre apreciação por parte do Fisco.²⁵

Deste modo, percebe-se que em nenhuma hipótese o contribuinte poderá ser repellido a pagar tributos por livre arbitrariedade da Administração Pública, ou seja, o Fisco jamais poderá utilizar-se de indícios, presunções ou ficções não previstos em lei para arrecadar recursos aos cofres públicos.

²³ MALUF, S. Teoria Geral do Estado. 35. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 177-178.

²⁴ CARRAZZA, R. A. Curso de Direito Constitucional Tributário. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 216.

²⁵ CARRAZZA, R. A. O Regulamento no Direito Tributário Brasileiro. 1. ed. São Paulo: Ed. RT, 1981, p. 117, nota 101.

5.2 Isonomia

O princípio constitucional da isonomia encontra-se implícito no corpo da Constituição de 1988. No entanto, é possível percebê-lo no preâmbulo da Carta Magna, esclarecendo o objetivo de assegurar a “igualdade e justiça como valores supremos”.²⁶ Também o caput do art. 5 da CF/88, indica que todos são iguais perante a lei e que a garantia do princípio da igualdade é um direito inviolável.

Conforme Machado, “a isonomia, ou igualdade de todos na lei e perante a lei, é um princípio universal de justiça”.²⁷ Subentende-se que em matéria tributária, o princípio da isonomia aproxima-se da proporcionalidade, ou capacidade contributiva. Pois, o tratamento igualitário pressupõe uma arrecadação proporcional ao ganho auferido pelo sujeito passivo. Logo, quanto maior o rendimento, maior será o valor arrecadado pelo fisco.

A aludida conexão entre a isonomia e a proporcionalidade pode ser entendida como signo presuntivo de justiça na relação entre o contribuinte ou responsável (sujeito passivo) e o Estado (sujeito ativo). Yokohama²⁸ salienta que a proporcionalidade é uma medida necessária para assegurar a ordem, enquanto Machado, na literalidade do excerto, afirma que “o princípio da proporcionalidade é um instrumento valioso na construção de uma sociedade justa”.²⁹

Deste modo, para que os princípios da isonomia e proporcionalidade sejam consagrados, além da arrecadação conforme a capacidade contributiva do contribuinte, é sacramental a igualdade de direitos entre o fisco e o sujeito passivo da obrigação tributária, inexistindo propensão para o uso indevido de meios jurídicos com o objetivo de auferir benefícios exclusivos de maneira ilícita.

5.3 Razoabilidade

O princípio da razoabilidade possui origem no Diploma Constitucional de 1215, quando tratou do devido processo legal. Visando coibir os prejuízos individuais, ao longo do tempo, o referido princípio foi ganhando forma. Segundo Cooley, nenhum Estado “poderá privar qualquer

²⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 20 jan. 2021.

²⁷ MACHADO, H. B. *Curso de Direito*, cit., p. 280.

²⁸ YOKOHAMA, A. O. *Teoria*, cit., p. 70.

²⁹ MACHADO, H. B. *Curso de Direito*, cit., p. 121.

pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal”.³⁰ Assim, convém destacar que o significado da expressão “qualquer pessoa” abrange também as pessoas jurídicas. Está expresso na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que as pessoas dotadas de personalidade jurídica estarão isentas do Imposto sobre Transmissão de Bens *Inter Vivos* (ITBI) no momento da incorporação, fusão, cisão ou extinção de seu patrimônio (art. 156, parágrafo segundo, inciso I. Ora, de forma análoga, entende-se que o Estado, não poderá agir em detrimento das pessoas jurídicas, nem tampouco utilizar-se de prerrogativas para cobrar tributos além do montante devido pelo sujeito passivo (pessoa jurídica).

Seguindo o raciocínio, torna-se importante a afirmação de Brindeiro³¹, de que a Suprema Corte Americana, pautada no princípio da razoabilidade, adotou critérios capazes de promover a efetiva proteção dos direitos fundamentais da ação arbitrária e irrazoável do poder Estatal. Desta forma, o devido processo legal, como o direito de ação anulatória do lançamento do crédito tributário e o mandado de segurança em matéria tributária estão amparados pelo princípio constitucional da razoabilidade.

6 ANÁLISE DOS DISPOSITIVOS LEGAIS DO PRAZO DECADENCIAL NO ICMS

O ICMS é um tributo de natureza arrecadatória preponderantemente fiscal, instituído por Estados e pelo Distrito Federal.³² Tal tributo tem origem normativa no art. 155, parágrafo segundo da CF/1988. Entretanto, há uma série de outros diplomas que disciplinam o ICMS, tais como: Leis Complementares, Resoluções do Senado Federal, Convênios do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), e Leis Ordinárias.³³

O Código Tributário Nacional de 1966, foi promulgado como Lei Ordinária na década de 60, mas foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 como Lei Complementar. Em seu art. 150, parágrafo quarto, está exposto:

³⁰ COOLEY, T. M. Princípios gerais do direito constitucional nos Estados Unidos da América. Campinas: Russell, 2002. p. 359.

³¹ BRINDEIRO, G. O devido processo legal e o Estado de Direito. Revista trimestral de Direito Público, n. 19, São Paulo: Malheiros, 1997. p. 51.

³² MACHADO, H. B. *Curso de Direito*, cit., p. 372.

³³ CASTRO, E. R.; JUNIOR, A. A.; LUSTOZA, H. K. Tributos em Espécie. 7. ed. Salvador, Juspodivm. 2020, p. 656.

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.³⁴

Percebe-se que o dispositivo legal supracitado atribui um período de 05 (cinco) anos para a possibilidade de revisão do lançamento realizado pelo contribuinte ou responsável pelo recolhimento do tributo. Após esse período, ocorrerá a decadência do prazo para averiguação do procedimento atinente ao ICMS, e, portanto, a extinção do crédito tributário, salvo nas hipóteses de dolo, fraude ou simulação.

Por outro lado, o art. 173, inciso I, define outra hipótese de período decadencial. “O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”. Nota-se que o dispositivo abre margem para que o prazo extintivo da constituição do crédito tributário ultrapasse os cinco anos do art. 150, parágrafo quarto.

Em razão da complexidade de seu aspecto material, o ICMS pode abranger também a extrafiscalidade arrecadatória. Tal como todo fenômeno complexo, além de ser objeto de estudo por excelentes doutrinadores, o tributo necessitou – como já elencado acima –, de uma Lei Complementar para definir seus limites basilares. A lei é conhecida no ordenamento jurídico brasileiro como Lei Kandir (LC 87/1996), e dispõe sobre a definição dos contribuintes do ICMS, sobre a substituição tributária, bem como a fixação do estabelecimento do contribuinte ou responsável tributário e critérios de isenções, benefícios e incentivos fiscais concedidos pelo fisco. No contexto da referida Lei, a decadência, ou seja, a perda do direito para utilização de benefícios como o crédito do imposto, para efeito de compensação de valores a serem posteriormente recolhidos, opera-se em cinco anos (Lei Kandir, art. 23, parágrafo único).³⁵

Nota-se que os dois diplomas normativos trouxeram hipóteses do período decadencial do ICMS, que aparentemente, privilegiam o fisco, pois, somente para a Fazenda Pública,

³⁴ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm.

³⁵ BRASIL. Lei Kandir. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp87.htm. Acesso em: 29 jan. 2021.

o prazo de decadência ultrapassa os cinco anos definidos para os contribuintes. Portanto, importante torna-se o estudo da aplicabilidade dos artigos supracitados do CTN, haja vista a desconformidade dos prazos para gozar do pleno direito, entre o fisco e o contribuinte.

6.1 Aplicabilidade dos artigos 150 § 4º e 173, inciso I do CTN em relação a autos de infração de ICMS

Uma das formas de coagir o contribuinte ao pagamento do tributo é por meio do Auto de Infração, seguindo sempre as normas abarcadas nos artigos 150, § 4º, e 173, inciso I do CTN para definir o período decadencial do ICMS. Desta forma, ao ter um prazo pré-definido pela legislação, tais atos são legitimados para instituírem o crédito tributário.

Convém alegar que os princípios constitucionais que realçam todo o ordenamento jurídico deverão ser sempre respeitados, pois são soberanos em termos de hierarquia normativa. Logo, o limite que poderá ultrapassar os cinco anos para constituição do crédito pela Fazenda Pública (art. 173, I) é desproporcional ao limite fixado em favor dos contribuintes (150 § 4º).

Tal abordagem será aprofundada no tópico 6, ao serem elencados alguns julgados recentes sobre a desarmonia dos tribunais na invocação dos dispositivos legais para decidirem a respeito de pleitos sobre a materialidade do ICMS.

Por ora, cumpre-nos informar que os valores não declarados, e por conseguinte, não pagos, estão sujeitos ao lançamento de ofício segundo o art. 173. Ora, conforme o inciso I, o tributo poderia ter sido declarado, no entanto, a tentativa de ocultação da operação foi flagrada, e, portanto, o prazo decadencial iniciaria a contagem a partir primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento não foi efetuado. Já o art. 150, § 4º, poderá ser requisitado na hipótese em que o tributo seja recolhido a menor, ou que os créditos sejam utilizados a valores maiores do que permitido, pois houve o pagamento (ainda que parcial) e a declaração por parte do contribuinte.

Haverá também, situações em que o tributo devido é declarado, entretanto, nem sequer uma parcela do montante devido não é recolhida. Desta forma, o entendimento majoritário é de aplicação do art. 173, I, do CTN.³⁶

³⁶ SABBAG, E. Manual de Direito Tributário. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1126.

7 JURISPRUDÊNCIA JUDICIAL E ADMINISTRATIVA SOBRE A DECADÊNCIA APLICADA A AUTOS DE INFRAÇÃO DE ICMS

Após uma série de precedentes sobre a discussão do período decadencial de tributos sujeitos ao lançamento por homologação ou autolancamento, em 15 de dezembro de 2015, o Superior Tribunal de Justiça publicou oficialmente a Súmula 555 com o seguinte texto:

Quando não houver declaração do débito, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I, do CTN, nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa.³⁷

Percebe-se que o julgamento da matéria sumulada atingiu sua missão de assegurar a uniformidade à interpretação, equalizando a jurisprudência da legislação federal. Deste modo, na ausência de declaração do tributo, o dispositivo legal a ser aplicado consiste no art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, ou seja, no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido realizado. Por outro lado, recomenda-se o uso exclusivo do art. 150, §4, do CTN, onde inicia-se a contagem do período decadencial de cinco anos a partir do fato gerador do tributo, para os casos de lançamento por homologação com o pagamento do tributo declarado, mesmo se for valor inferior ao devido.

Em 2019, o acórdão do Superior Tribunal de Justiça ao Recurso Especial n. 1.810.778 - MG, representado pelo Relator Ministro Herman Benjamin, manteve o entendimento concernente à Súmula 555, atribuindo o primeiro dia do exercício seguinte para casos em que houve ausência de pagamento do tributo. Vejamos o seguinte trecho:

Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, na hipótese de ausência de pagamento de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo decadencial para lançamento do crédito segue a regra do art. 173, I, do CTN. Entretanto, no caso de pagamento antecipado, mesmo que a menor, e não havendo dolo ou fraude, a regra legal aplicável para decadência é a do art. 150, § 4º, do CTN. Dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia

³⁷ Súmula 555, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2015, DJe 15/12/2015.

com o atual entendimento deste Tribunal Superior, razão pela qual não merece prosperar a irresignação.³⁸

Nota-se que a decisão acordada em 2019 pelo Superior Tribunal de Justiça está em consonância com a Súmula 555 publicada em 2015. Deste modo, a segurança jurídica foi resguardada pelo STJ ao manter o entendimento sumulado no acórdão.

Frisa-se que tanto a súmula, quanto a maioria esmagadora das decisões do STJ, são claras no sentido de que as exações cujo lançamento se faz por homologação, como no ICMS, se houver o pagamento antecipado, o prazo decadencial se conta a partir da ocorrência do fato gerador, conforme art. 150, §4º, do CTN. Não obstante, para os casos em que o pagamento não aconteceu de forma antecipada, ou, ainda, nas situações de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN.

Verifica-se ainda que a súmula 555 desempenhou sua função essencial por registrar a correta interpretação da norma que, publicada em 2015, instruiu categoricamente o julgado posterior pelo mesmo tribunal sobre o tema. Assim, constata-se que tamanha é a importância de os tribunais respeitarem suas próprias decisões, de modo a extrair orientações de seus precedentes, e servirem de embasamento para os demais tribunais nacionais.

No entanto, as decisões dos tribunais administrativos da Região Sul do país não mantiveram uniformidade quanto à contagem do período decadencial do ICMS.

O Tribunal Administrativo Tributário do Estado de Santa Catarina (TAT-SC), ao analisar um caso de escrituração e pagamento a menor do imposto, por utilização de alíquotas inferiores às previstas na legislação, considerou aplicável o art. 173, inciso I, do CTN. Vejamos a decisão disponibilizada em setembro de 2020:

RECURSO ESPECIAL. ICMS. EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL (ECF). ALÍQUOTAS. ESCRITURAÇÃO DO VALOR DO IMPOSTO A MENOR. 1 - Deixar de submeter total ou parcialmente operações tributáveis à incidência do ICMS, utilizando-se de alíquotas inferiores às previstas na legislação, relativo às saídas efetivadas através de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF), e escriturados a menor que o devido, conforme constatado nos registros da escrituração fiscal digital (EFD), apresentados pelo contribuinte. 2 – Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, em não ocorrendo o pagamento antecipado, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após

³⁸ Superior Tribunal de Justiça STJ - RECURSO ESPECIAL - REsp 0406675-19.2011.8.13.0024 MG 2019/0073002-8.

cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (CTN, art. 173, I). Multiplicidade de decisões judiciais a respeito. 3 – Recurso conhecido e desprovido. Lançamento parcialmente mantido. Acórdão Confirmado. Minerva.³⁹

Frisa-se que o TAT-SC utiliza a própria Súmula 555 do STJ como fundamento para tais decisões, entendendo que se o contribuinte tributou suas vendas em 7% enquanto deveria tributar a 12%, ele não recolheu estes 5%, portanto seria um caso de “não recolhimento”. Ora, o contribuinte emitiu toda a documentação necessária e, devido à complexidade da legislação, interpretou de forma errônea e acabou tributando a menor, portanto houve o pagamento antecipado dos 7% que entendia como devido. Nesse sentido cabe ao fisco homologar ou não tal situação, sempre observando o período previsto no §4º, do art. 150, do CTN, pois houve parte do pagamento. Inclusive nos relatórios que compõem o auto de infração, fica nítido tal situação, pois o fisco cobra, no exemplo citado, a alíquota de 12%, descontando os 7% já recolhidos, logo não há “alíquota de 5%” que não foi recolhida, somente houve um recolhimento a menor do que o devido.

Outra decisão pelo mesmo tribunal sobre o período decadencial do ICMS, desta vez em relação a glosa de créditos, teve também como base legal o art. 173, I, CTN.

TRIBUTÁRIO. ICMS. RECURSOS ORDINÁRIOS VOLUNTÁRIO E DE OFÍCIO. APROPRIAR CRÉDITO DO IMPOSTO CONSIDERADO INDEVIDO PELA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. 1. Preliminar de decadência. Aplica-se ao lançamento de ofício a contagem do prazo decadencial prevista no CTN art. 173, I. Preliminar afastada por insubsistente. Minerva. 2. Apropriar crédito de imposto não permitido pela legislação tributária, constatado pela aquisição de mercadorias sujeitas ao recolhimento do ICMS por ocasião do fato gerador, desacompanhadas do comprovante de pagamento do imposto. Infração caracterizada. 3. A infração de apropriação de crédito do ICMS não permitido pela legislação se concretiza pelo lançamento do crédito na escrita fiscal, não sendo necessária a recomposição da conta gráfica. 4. O lançamento referente à infração de apropriar crédito do imposto não permitido pela legislação cobra o imposto indevidamente apropriado, a multa e os juros previstos em lei. Aplicação ao caso do disposto no art. 142 do CTN. 5. A responsabilidade solidária dos sócios administradores pelo crédito tributário objeto do lançamento, com fundamento na Lei nº 10.297/96, art. 9º, III, "c", decorre de sua ação contrária à lei no exercício da administração da pessoa jurídica, de que resulta redução ou eliminação do imposto. 6. Recursos Ordinários Voluntário e de Ofício conhecidos e desprovidos. Lançamento parcialmente mantido. Decisão confirmada. Unânime.⁴⁰

³⁹ Câmara Especial de Recursos, 17/09/2020, Processo: 1770000047144, Acórdão 2070000012634.

⁴⁰ Segunda Câmara, 14/01/2021, Processo: 1970000034204, Acórdão 2070000025062.

Constata-se que o Tribunal Administrativo do Estado de Santa Catarina tem se posicionado de tal maneira a favorecer o fisco em suas decisões. Afinal, ao invocar o art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, abre-se margem para que o período decadencial do ICMS ultrapasse os cinco anos previstos no art. 150, §4º, do CTN. Importante salientar que tais decisões somente são possíveis devido ao conhecido “voto de minerva”, onde é garantido ao fisco, em casa de empate, mais um voto para decidir o julgamento.

Por outro lado, o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais do Estado do Paraná (CCRF-PR) adotou o art. 150, §4º, do Código Tributário Nacional, assegurando o período decadencial de cinco anos a contar do fato gerador do tributo. Notemos a decisão proferida em julho de 2020:

ICMS - Decadência do crédito tributário. Aplicação do art. 150, § 4º, do CTN.

O auto de infração trata da questão do uso indevido de crédito do imposto, em desacordo com a legislação, sob a alegação de que não teria ocorrido a aplicação do diferimento nas operações de aquisição realizadas pelo sujeito passivo. As operações foram objeto de registro e integraram os procedimentos de apuração do imposto no período respectivo, sendo que não existem elementos que permitam entender que tenha ocorrido dolo, fraude ou simulação, o que afastaria a aplicação do disposto no art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional.

Prejudicial de mérito de decadência do crédito tributário, apresentada pelo sujeito passivo, acolhida por unanimidade.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Conselheiros da 2ª Câmara do CCRF Maristela Deggerone, Alessandra Labiak, Juliano Eduardo Lirani, Rafael Soczek de Araújo Gomes e Sergio Augusto Martins Lebre, acompanhando o voto proferido pelo Conselheiro Relator, Gilberto Calixto, em acolher a prejudicial de mérito de decadência do crédito tributário, apresentado pelo sujeito passivo.⁴¹

Alguns meses antes, em outubro de 2019, o CCRF-PR havia publicado outra decisão no tocante à decadência do ICMS em situação de recolhimento a menor que o valor realmente devido. Vejamos o seguinte julgado:

⁴¹ 2ª CÂMARA, 15/07/2020, P.A.F 6625614-6, Acórdão 86/2020.

ICMS – Decadência configurada.

Certificado que não tinha valor a ser retido a título de imposto devido pelo regime de substituição tributária, a favor do Estado do Paraná, pelo remetente estabelecido em outra unidade federada, em razão da carga tributária incidente nas operações internas, a contagem do prazo decadencial deve observar a disposição do § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional, por não restar configurado o dolo, a fraude ou a simulação. Preliminar de extinção do crédito tributário pela decadência, arguida pelo segundo sujeito passivo, acolhida sem divergência.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Conselheiros da 2ª Câmara do CCRF Juliano Eduardo Lirani, Gilberto Calixto, Sergio Augusto Martins Lebre, Alessandra Labiak e Rodrigo Fuganti Campos, acompanhando o voto da Conselheira Maristela Deggerone, em acolher a preliminar de decadência.⁴²

Nota-se que o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais do Paraná, reconheceu o art. 150, § 4º, do CTN em suas decisões na seara decadencial do ICMS, tanto os Autos de Infração de recolhimento a menor, quanto para autos em que a situação é de glosa de créditos tomados indevidamente. Deste modo, o contribuinte e o fisco exercem posição de igualdade em matéria de decadência do imposto Estadual.

Já no estado de São Paulo, o Tribunal de Impostos e Taxas (TIT-SP) emitiu diversas decisões sobre o tema, inclusive, em setembro de 2017, o tribunal referendou a Súmula 09/2017 com o seguinte teor: “nas autuações originadas da escrituração de créditos indevidos de ICMS aplica-se a regra decadencial disposta no artigo 173, inciso I do Código Tributário Nacional”. Observa-se que o TIT-SP ampliou o prazo decadencial em relação aos créditos tomados indevidamente pelo contribuinte.

Quanto aos pagamentos, quando realizados com valor inferior ao previsto na legislação, o Tribunal de Impostos e Taxas adotou o 150, § 4º, do CTN. Decisão expressa em setembro de 2020, com relação ao Auto de Infração (AIIM) 4079275-4:

ICMS – Falta de pagamento do imposto – Operações próprias e por substituição tributária (itens 1 a 5) - Erro na determinação da base de cálculo – vendas para empresas do SIMPLES (item 7) – Itens 8, 9 e 10 – liquidados pela autuada – Estorno de créditos de ICMS – redução de base de cálculo (item 11) – Infrações ligadas a falta de pagamento do imposto, sem a presença de dolo ou fraude ou simulação, a decadência conta-se pela regra prevista no art. 150, § 4º, do CTN. No que toca as alegações tecidas pela autuada, acham-se desprovidas de provas da inocorrência das infrações.

⁴² 2ª CÂMARA, 31/10/2019, P.A.F 6625158-6, Acórdão 581/2019.

Juros. Matéria sumulada pela Corte. Recurso de ofício desprovido. Recurso ordinário parcialmente conhecido e desprovido.⁴³

Conforme observação das decisões do TIT-SP, verifica-se que o posicionamento pró-contribuinte é adotado quando existe a falta de parte do pagamento do imposto. Não obstante, quando os créditos são tomados indevidamente pelo contribuinte, a Súmula 09/2017 configura benefícios ao fisco ao romper as barreiras de cinco anos do período decadencial para constituição do crédito tributário.

8 ANÁLISE HIERÁRQUICA E PACIFICAÇÃO DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS NO SISTEMA JURÍDICO

Dada a complexidade do campo do Direito, este “não se esgota somente no espaço normativo, sendo, como de fato é, um fenômeno complexo, de várias faces, para a configuração do qual muitos fatores concorrem”.⁴⁴ Nesse sentido, devido à complexidade do Direito e as infinitas possibilidades de interpretação das normas, o legislador do Novo Código de Processo Civil manifestou grande preocupação com a uniformidade e estabilidade da jurisprudência. Todo o art. 927 do Novo CPC busca adequar os entendimentos proferidos pelos tribunais superiores, evitando o distanciamento da jurisprudência, aumentando a segurança jurídica e otimizando os recursos disponíveis.

O inciso IV do art. 927 determina que os juízes e tribunais observem os enunciados de súmulas do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional. Elpídio Donizetti, uns dos juristas responsáveis pelo anteprojeto do Novo CPC, entende tal inciso da seguinte forma:

Isso quer dizer que, apesar de não serem enunciados de “súmula vinculante”, deverão ser respeitados por juízes e tribunais. Essa força normativa cogente encontra a sua racionalidade no fato de que cabe ao STJ interpretar a legislação infraconstitucional e ao STF dar a última palavra sobre as controvérsias constitucionais. Assim, por mais que o julgador tenha outra compreensão da matéria sub judice, a contrariedade só terá o condão de protelar o processo por meio de sucessivos recursos e, conseqüentemente, de adiar a resolução da controvérsia.⁴⁵

⁴³ SEGUNDA CÂMARA JULGADORA, 08/09/2020, Relator Celso Barbosa Julian, AIIM 4079275-4.

⁴⁴ CARVALHO. P. B. *Curso de Direito*, cit., p. 89.

⁴⁵ DONIZETTI, E. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 1195-1196.

Logo, mesmo descartando o efeito vinculante, é impossível não considerar o previsto em tal artigo e, de forma geral, em todo CPC 2015. O legislador trouxe à baila o princípio da eficiência processual e viabilizou o estatuído no inciso LXXVIII, do art. 5º, da CF - "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".⁴⁶

Portanto, os julgamentos dos tribunais administrativos, quando não alcançados os objetivos do contribuinte reclamante, terão em última instância oportunidade de discutir judicialmente. Para o disposto neste trabalho, aplicação do art. 150, §4º, do CTN para contagem do prazo decadencial no ICMS, há diversos precedentes e inclusive a Súmula 555 do STJ sobre o assunto, ficando nítido que a esfera administrativa reiteradamente caminha em sentido oposto à judicial.

Necessário se faz, então, não vincular, mas sim, observar os precedentes judiciais para decidirem administrativamente no mesmo caminho em casos análogos ou semelhantes, sob pena de a esfera administrativa tornar-se somente uma espécie de “passagem” e protelação da constituição do crédito tributário ou sua extinção. Os precedentes normativos dos tribunais são artefatos fundamentais para a efetividade do sistema jurídico.⁴⁷ As decisões proferidas anteriormente por outros tribunais deverão de ser observadas.

Doravante à temática proposta, há, ainda, mais um ponto a ser analisado: A Constituição Federal prevê, em seu Art. 37, *caput*, alguns Princípios que regem a Administração Pública e os atos de seus Agentes. Este Princípio Constitucional expresso apresenta a necessidade de uma atuação inteligente e eficaz da Administração Pública, o que inclui, em si, a redução dos gastos públicos e a otimização do tempo despendido na efetivação dos serviços.

Verifica-se, portanto, no cumprimento ao dispositivo Constitucional, a necessidade de uma atuação que venha a reduzir os gastos públicos, ao mesmo tempo que objetive acabar com a morosidade do Estado. Ora, consoante à tal disposição, e frente ao que fora apresentado a respeito dos diferentes graus e searas de julgamento das questões Tributárias - a saber, todos os Tribunais Administrativos e Judiciais - torna-se claro o balizamento do mando da Carta Maior quando os Tribunais Administrativos julgam os Autos de Infração em desalinho com a decisão pacificada do Poder Judiciário; ora, as searas são distintas, é bem verdade, porém é sabido que a decisão proferida na esfera Administrativa poderá – e será – recorrida ao Poder Judiciário, onde será, por certo,

⁴⁶ BUENO, C. S. Manual de direito processual civil: volume único. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 974.

⁴⁷ KELSEN, H. Teoria Pura do Direito. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2009, p. 278.

transformada. As Jurisprudências apresentadas ao longo dessa pesquisa atestam essa afirmação. A jurista Di Pietro dispõe sobre a aplicação deste Princípio, de maneira brilhante, ao escrever:

No Plano Diretor da Reforma do Estado, elaborado em 1995, expressamente se afirma que “reformular o Estado significa melhorar não apenas a organização e o pessoal do Estado, mas também suas finanças e todo o seu sistema institucional-legal, de forma a permitir que o mesmo tenha uma relação harmoniosa e positiva com a sociedade civil.”⁴⁸

No sentido que aduz as disposições supra, pode-se afirmar uma necessidade na pacificação entre as decisões administrativas e judiciais, a fim de que se faça valer a Eficiência nos atos públicos, pela diminuição dos gastos – haja vista que todo o trâmite de um processo administrativo e/ou judicial gera inúmeras despesas, com o gasto de papel, tinta, toda a rede digital que mantém os sistemas ativos, e, sobretudo, os serventuários atuantes nestes processos – e pela otimização do tempo – vez que se torne desnecessário todo o trâmite até as altas instâncias do Poder Judiciário, haja vista os recursos e apelações que sempre são interpostas pela Fazenda Pública, e resolvam-se as questões pertinentes ao Auto de Infração ainda nos Tribunais Administrativos.

À luz do exposto, portanto, tem-se que, concretizando o Princípio da Eficiência no caso concreto, pelo alinhamento das decisões dos Tribunais Administrativos às decisões dos Tribunais do Poder Judiciário, seria imensa a economia monetária e de tempo, ambos essenciais para a subsistência do Estado; além disso, outro ponto de suma importância que seria obtido é o desafogar do Poder Judiciário que, hoje, está completamente submerso na infinidade de processos que poderiam ser evitáveis. Em suma, além da necessidade legal de se fazer valer o Princípio em epígrafe, expresso na Carta Magna de 1988, há também a necessidade moral de tal, para que faça valer, no plano material, a realização dos interesses públicos de um Estado barato, ágil e seguro do ponto de vista jurídico.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do Direito Tributário consiste na defesa do contribuinte quanto ao abuso de poder Estatal. Diante de um Ordenamento Jurídico com variados institutos normativos e algumas lacunas legislativas, a falsa interpretação de um dispositivo legal pode corroborar com benefícios ao sujeito ativo e o conseqüente detrimento do sujeito passivo. Deste modo, alguns Tribunais Administrativos do país ainda constituem o crédito tributário do ICMS conforme o disposto no art.

⁴⁸ DI PIETRO, M. S. Direito Administrativo. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 244.

173, I, do Código Tributário Nacional, contrariando decisões de outros Tribunais Administrativos e o enunciado da súmula 555 do Superior Tribunal de Justiça.

Nota-se que as desconformidades das decisões não observaram os precedentes jurídicos proferidos em momentos anteriores, ocasionando no rompimento de princípios constitucionais, tais como o princípio da estrita legalidade, da isonomia, da igualdade, da razoabilidade e da proporcionalidade.

O Auto de Infração para constituição do crédito tributário de ICMS já é um instrumento poderosíssimo e necessário dos fiscos, entretanto, é preciso que seja utilizado seguindo estritamente a legislação pertinente. Sendo assim, não observar o art. 150, §4º, do CTN, bem como toda a jurisprudência firmada, lesa demasiadamente o contribuinte e o Estado. O contribuinte terá que se defender na esfera administrativa, onde poderá não obter sucesso, sendo necessário ingressar judicialmente para ter seus direitos garantidos, gerando demanda para nosso sobrecarregado judiciário.

Vale lembrar que o CTN é uma legislação federal e nacional, mesmo o ICMS sendo de competência dos Estados, a interpretação da contagem decadencial não pode ser desuniforme entre as Unidades Federativas, sob pena de causar insegurança jurídica aos contribuintes e proporcionar benefícios/malefícios aos localizados naquele local, ferindo o pacto federativo.

Por fim, fica nítido que se deve seguir a contagem prevista no art. 150, §4º, do CTN, para constituição do crédito tributário de ICMS, a fim de honrar os princípios da estrita legalidade, isonomia e razoabilidade, pois conforme todo o exposto neste artigo, a aplicação do art. 173, I, do CTN, é somente para casos que em há dolo, culpa ou fraude, conforme enunciado da Súmula 555 do STJ, demais precedentes e a doutrina mais atualizada.

REFERÊNCIAS

BERGAMINI, A. Curso de Tributos Indiretos: ICMS. 4 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 284.

BRASIL. Código Tributário Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. Lei das Sociedades por Ações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404consol.htm. Acesso em: 28 jan. 2021.

BRASIL. Lei Kandir. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp87.htm. Acesso em: 29 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça: Súmula 360. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2012_32_capSumula360.pdf. Acesso em: 28 jan. 2021.

BRINDEIRO, G. O devido processo legal e o Estado de Direito. Revista trimestral de Direito Público, n. 19, São Paulo: Malheiros, 1997. p. 51.

BUENO, C. S. Manual de direito processual civil: volume único. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 974.

CARRAZZA, R. A. Curso de Direito Constitucional Tributário. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 161.

CARRAZZA, R. A. ICMS. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

CARRAZZA, R. A. O Regulamento no Direito Tributário Brasileiro. 1. ed. São Paulo: Ed. RT, 1981, p. 117, nota 101.

CARVALHO, P. B. Curso de Direito Tributário. 30. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CASTRO, E. R. Impostos Estaduais para Concursos. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 13.

CASTRO, E. R.; JUNIOR, A. A.; LUSTOZA, H. K. Tributos em Espécie. 7. ed. Salvador, Juspodivm. 2020, p. 656.

COOLEY, T. M. Princípios gerais do direito constitucional nos Estados Unidos da América. Campinas: Russell, 2002. p. 359.

DALLAGNOL, D. A Luta Contra a Corrupção. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa. 2017.

DI PIETRO, M. S. Direito Administrativo. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 244.

DONIZETTI, E. Novo Código de Processo Civil comentado. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 1195-1196

KELSEN, H. Teoria Pura do Direito. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2009, p. 278.

MACHADO, H. B. Curso de Direito Tributário. 41. ed. São Paulo: Malheiros. 2020. p. 173.

MALUF, S. Teoria Geral do Estado. 35. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 177-178.

MAZZA, A. Manual de Direito Tributário. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MEDINA, J. M.; ARAÚJO, F. C. Código Civil Comentado: Com jurisprudência selecionada e enunciados das Jornadas do STJ sobre o Código Civil. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 535.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 76.

NOGUEIRA, R. B. Curso de Direito Tributário. 15ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

PARANÁ. Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais. P.A.F 6625614-6. Rel. Gilberto Calixto. Disponível em: Acesso em: 17 fev. 2021.

PARANÁ. Regulamento do ICMS do Estado do Paraná (RICMS-PR). Disponível em: <https://www.sefanet.pr.gov.br/dados/SEFADOCUMENTOS/106201707871.pdf>. p. 293. Acesso em: 28 jan. 2021.

SABBAG, E. Manual de Direito Tributário. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal Administrativo Tributário. Processo 1770000047144. Câmara Especial de Recursos. Disponível em: Acesso em: 17 fev. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Impostos e Taxas. AIIM 4079275-4. Rel. Celso Barbosa Julian. Disponível em: https://www.fazenda.sp.gov.br/epat/extratoprocesso/ExtratoDetalhe.aspx?num_aiim=4079275. Acesso em: 17 fev. 2021.

YOKOHAMA, A. O. Teoria da Proporcionalidade: o judiciário como legislador. Curitiba: Juruá Editorial. 2018.

DA NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS HUMANOS: UM OLHAR ADENTRO DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

Gabriel Cavalcante Cortez

Acadêmico do 5º ano do curso de Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL).

Álvaro Paixão Costa

Acadêmico do 5º ano do curso de Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL).

RESUMO

O presente artigo científico tem como proposta analisar a natureza jurídica dos Direitos Humanos em relação ao Direito Internacional Público. Busca desmistificar a confusão dos termos direitos fundamentais e Direitos Humanos. A gradativa evolução do ser humano enquanto ser político na sociedade faz com que os Direitos Humanos estejam sujeitos a alterações conforme as necessidades de proteção essenciais ao contexto. Além disso, estuda-se a hermenêutica sistematizada do entendimento e da compreensão dos Direitos Humanos aplicados nos casos concretos, os quais são julgados por cortes e tribunais especiais constituídos especialmente para esse fim, como é o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Enfoca-se nas gerações de Direitos Humanos que não se substituem, mas se fundem para melhor proteger o ser humano a nível internacional. Com o término da Segunda Grande Guerra, muitos países ficaram perplexos com a tamanha crueldade que o ser humano é capaz de fazer e promover contra seu semelhante. Em resposta a isso, muitos Estados-nação ratificaram o primeiro tratado de Direitos Humanos, e se comprometeram a proteger o ser humano em todas as esferas sociais.

Palavras-chave: Corte Interamericana de Direitos Humanos. Direito Internacional Público. Direitos Humanos. Hermenêutica dos Direitos Humanos. Tratados.

ABSTRACT

The purpose of this scientific article is to analyze the legal nature of human rights in relation to public international law. It seeks to demystify the confusion of the terms fundamental rights and human rights. The gradual evolution of the human being as a politician in society means that human rights are subject to changes according to the protection needs essential to the context. In addition, the systematic hermeneutics of understanding and understanding human rights applied in specific cases is studied, which are judged by special courts and tribunals specially created for this purpose, as is the case of the Inter-American Court of Human Rights. It focuses on generations of human rights that are not substituted, but are merged to better protect human beings internationally. With the end of World War II, many countries were perplexed by the cruelty that human beings are capable of doing and promoting against their fellow man. In response to this, many

nation-states have ratified the first international human rights treaty, and have pledged to protect human beings in all social spheres.

Key-words: Inter-American Court of Human Rights. Public International Law. Human rights. Hermeneutics of human rights. Treaties.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar a natureza jurídica dos Direitos Humanos, relacionando de forma direta e concisa o Direito Internacional Público. Faz-se uma passagem pelas questões históricas que permeiam esse tema e que são muito relevantes, como a origem dos Direitos Humanos advindos com a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948. Permite a compreensão necessária de que os Direitos Humanos, assim como outros segmentos do Direito, não são estáticos e imutáveis, e sim dinâmicos, mantendo uma caminhada lado a lado com as mudanças sociais, econômicas, científicas, dentre outras, que influenciam diretamente as relações sociais.

Abarca a questão dos princípios inseridos dentro dos Direitos Humanos que envolve a universalidade de tratamento dos indivíduos, a inviolabilidade da pessoa humana, assim como sua autonomia e dignidade. Assim como busca demonstrar também o fato de que os direitos inseridos nessas Cartas Magnas encontram-se disseminados em todas as demais normas criadas pelo homem, o que permite que o ordenamento jurídico seja mais seguro e igual perante os indivíduos em suas inúmeras relações. O artigo também permite a explanação sobre os procedimentos a serem tomados quando algum desses direitos é violado, assim como sobre a influência do Direito Consuetudinário nessas relações.

Apesar de ser um conceito que envolve inúmeras relações disseminadas dentro do campo tanto jurídico como social e histórico, os Direitos Humanos podem ser compreendidos como um conjunto de normas desenvolvidas com o intuito primordial de proteger e dar segurança aos indivíduos inseridos dentro de determinado Estado. Os Direitos Humanos visam assegurar que todos os segmentos de normas jurídicas sejam respeitados, em todos os âmbitos, e para que isso seja conquistado, há a necessidade da criação de declarações e tratados estabelecidos entre diferentes Estados, a partir da discussão e concordância mútua.

Um exemplo disso encontra-se nos ditames declarados por órgãos como a Organização das Nações Unidas (ONU), assim, aquilo que fica decidido dentro dessa organização tem efeito sobre todos os demais países vinculados a ela. Essas decisões envolvem tanto a melhoria de determinadas áreas dentro de um determinado país, como o âmbito econômico ou de saúde, assim

como pode estar vinculado à defesa dos direitos dos indivíduos inseridos dentro desse país, contra alguma ação autoritária e invasiva, a qual pode gerar o desrespeito a direitos fundamentais e essenciais desses indivíduos.

2 HISTORICIDADE E CONCEITUAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A noção de Direitos Humanos é abrangente. Estende-se desde a noção de direitos mínimos para o desenvolvimento completo do ser humano até condições inerentes ou acessórias ao indivíduo. O termo “Direitos Humanos” em si é polissêmico. Boa parte da contribuição para a construção do seu sentido vem da cultura local, em decorrência dos seus usos e costumes com práticas reiteradas ao longo do tempo, transformando hábitos humanos em direito consuetudinário moralmente aceito, entendido e compreendido por todos. Este é o entendimento de Valério de Oliveira Mazzuoli¹.

O tema de direitos, deveres e obrigações a serem garantidos e protegidos (e exigidos) internacionalmente está atrelado ao Direito Internacional Público, ramo do Direito em que o Estado atua em nome de sua população em campo com outros Estados-nação, a fim de conquistar os melhores benefícios e qualidades de vida para com seus representados.

A dogmática dos Direitos Humanos protegidos a nível internacional pode ser proveniente de diversas fontes. Os tratados celebrados entre 2 (dois) ou mais países a respeito de direitos atinentes ao ser humano por si só já têm força cogente. A abrangência não é critério fundamental, embora seja importante e considerável. Assim, os ditames proferidos pela Organização das Nações Unidas (ONU), chamados de Direitos Humanos “onusianos”, possuem a característica de vincular todos os países integrados a este organismo internacional. Os pactos e convenções entre países de um mesmo continente ou blocos econômicos, ou ainda fronteiriços, também são aptos a gerar normas de proteção internacional ao sujeito humano².

Quando se fala “Direitos Humanos” dentro da jurisdição de um Estado, é comum existirem equívocos, isto porque o emprego do termo não está em seu campo semântico adequado. A nomenclatura pertinente ao caso interno refere-se a “direitos fundamentais”, pois são direitos a serem amparados e realizados pelo Estado que os constituiu. Nesse diapasão, aos direitos fundamentais

¹ “Assim, quando se fala em ‘Direitos Humanos’, o que tecnicamente se está a dizer é que existem direitos que são garantidos por normas de índole internacional, isto é, por declarações ou tratados celebrados entre Estados com o propósito específico de proteger os direitos (civis e políticos, econômicos, sociais e culturais, etc.) das pessoas sujeitas a sua jurisdição”. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direitos Humanos. 4. ed. São Paulo: Método, 2017, p. 23.

² MAZZUOLI, Valério de Oliveira, op cit. 2017, p. 24.

competem estar devidamente inseridos e positivados implícita ou explicitamente na Carta Constitucional de seu país. Fruto da Revolução Francesa, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 já contemplava o assunto, conforme previsão em seu artigo 16³.

O termo “Direitos Humanos” corresponde ao campo de atuação e proteção internacional de tais direitos, não circunscritos ao regime jurídico de um país, mas sim em embate ou em debate envolvendo Estados diferentes, em que os mesmos são obrigados a tolerar e a respeitar, sob pena de responder internacionalmente. Nos dizeres de Valério de Oliveira Mazzuoli⁴.

Outro critério distintivo entre os dois termos está relacionado à amplitude de atuação. Enquanto os direitos fundamentais são atinentes aos cidadãos de uma Constituição, podendo ser excluídos modalidades de indivíduos, como o direito ao voto, disposto no artigo 14 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o qual em seu § 2º veta o sufrágio aos estrangeiros não nacionalizados. Deste modo, nos direitos fundamentais pode haver a distinção entre as pessoas beneficiadas do direito constitucional.

A competência de julgamento dos casos violadores dos Direitos Humanos – direitos fundamentais internacionalmente reconhecidos – incidirá na Corte do país cuja nacionalidade está sendo desrespeitada, e não daquele país autor da violação. Independente da nacionalidade da vítima, o Estado em que ela se encontrar for o sujeito responsável pela transgressão e/ou não garantia de direitos dignos à pessoa humana, a violação será julgada na Corte ou Tribunal competente do país da nacionalidade da vítima. Ilustra-se o caso em que um brasileiro venha a ser lesado em normas de Direitos Humanos na Bélgica, o Tribunal responsável pelo julgamento será pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Se um cidadão alemão tiver os seus direitos recusados no Brasil, o julgamento ocorrerá na Corte Europeia de Direitos Humanos.

A fonte inspiradora dos Direitos Humanos no Mundo Contemporâneo e que além de influenciar na interpretação, na criação e na aplicação dos Direitos Humanos ainda vigora e é dotada de força própria, é a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Ela delinea os direitos básicos compreendidos a todos os seres humanos. É fruto da compreensão mundial após os horrores cometidos pelos movimentos totalitaristas fascista e nazista nas Primeira e Segunda Guerras Mundiais.

³ “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Brasília. MPF: [S.l.: s.n., 20--]. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf. Acesso em: 20 nov. 2017.

⁴ “Os Direitos Humanos são, portanto, direitos protegidos pela ordem internacional (especialmente por meio de tratados multilaterais, globais ou regionais) contra as violações e arbitrariedades que um Estado possa cometer às pessoas sujeitas à sua jurisdição. São direitos indispensáveis a uma vida digna e que, por isso, estabelecem um nível protetivo [...] mínimo que todos os Estados devem “respeitar, sob pena de responsabilidade internacional”. MAZZUOLI, Valério de Oliveira, op. cit. 2017, p. 25.

Eventos desta natureza e seja qual for a sua repercussão jamais podem ser tolerados em meio ao século XXI, o qual já conhece as gamas que atentam contra os Direitos Humanos. Em seu preâmbulo, organizado e compilado pela Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura⁵, há claras menções aos acontecimentos hediondos do passado:

Os princípios norteadores desta Carta de cunho não obrigatório, no sentido legal, mas de alta vinculação ética e moral entre os países signatários consistem na inviolabilidade da pessoa, na autonomia da pessoa e na dignidade da pessoa humana.

Nesta seara, cita-se a visão do professor Bruno Yepes Pereira⁶.

Ademais, a historicidade apresentada na citação acima confere o entendimento que os Direitos Humanos não são fixos ou estáticos, e sim dinâmicos. É uma construção, um progresso que não admite desconstrução, somente adicionais ao que fora estabelecido. O Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) José Celso de Mello Filho proferiu o entendimento de que a vedação ao retrocesso impede que sejam desconstituídas as conquistas sociais alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive⁷.

Já a universalidade, por sua vez, diz respeito ao fato de que todas as pessoas humanas, pertencentes a espécie *Homo sapiens*, possuem tais direitos assegurados, tanto no plano interno quanto no plano internacional. São essenciais por serem afetos intimamente à natureza humana e ao seu desenvolvimento normal e sadio em meio à sociedade. São irrenunciáveis e inalienáveis. Possuem efeito absoluto, ou seja, “erga omnes”. Inexauríveis, pois não se consomem, não se limitam no espaço e no tempo – imprescritíveis –, pelo contrário, são dotados de expansão e infinitude.

O primeiro princípio a ser estudado, inviolabilidade da pessoa humana, é caracterizado em relação a não disposição de direitos fundamentais (sacrifícios) de uma pessoa para beneficiar uma situação ou outra pessoa⁸. Outro princípio presente na gênese de tão brilhante documento é o princípio da autonomia da pessoa, o qual expressa a ideia de que qualquer pessoa é livre para praticar qualquer conduta, desde que não contrarie a lei e nem prejudique terceiros.

⁵ “Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos Direitos Humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que todos gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum [...]”. UNESCO. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Brasília, DF, 1998, p. 2.

⁶ “Os princípios são valores que determinada coletividade eleva à condição de fundamentais para sua existência em determinado momento da história. Para o Direito Internacional Público, os princípios gerais são bens jurídicos que devem ser protegidos, preservados, antes mesmo de se tornarem normas obrigatórias.” PEREIRA, Bruno Yepes. Curso de Direito Internacional Público. São Paulo: Saraiva, 2006, p.41-42.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337/SP. Agravante: Município de São Paulo/SP. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Celso Bandeira de Mello, 23 de agosto de 2011. STF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Acesso em: 20 nov. 2017.

⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Op. cit. 2017, p. 23.

Por seu turno, o princípio da dignidade humana, cuja natureza enseja discussões acerca de seu conteúdo nos mais variados debates e cenários políticos, sociais, econômicos e jurídicos, representa o tratamento e o julgamento das pessoas conforme os atos por elas praticados, tão somente.

Junto aos princípios supramencionados está a amálgama que estabelece conexão entre todos eles e seus desdobramentos: a indivisibilidade. Trata-se de instrumento e entendimento jurídico, o qual conjuga a atuação de todos os princípios e Direitos Humanos de forma unitária, garantindo a máxima efetividade, validade e eficácia nos termos de proteção. Funciona como um antigo teatro grego, o qual era coordenado por sacos de areia, ou por um sistema de freios e contrapesos⁹. Da mesma forma acontece com a principiologia tripartite.

2.1 Da Hermenêutica dos Direitos Humanos

Como as normas são feitas pelos seres humanos e para os seres humanos, com o escopo de melhor atender aos reclames e necessidades dos mesmos, todas as normas, devem ser interpretadas sistematicamente em relação à sua essência e em relação aos Direitos Humanos. Ainda que o tratado celebrado lecionasse sobre comércio ou uma norma interna do país disponha sobre transporte, a sua aplicação e o seu entendimento dar-se-á da melhor forma que os Direitos Humanos possam expressar-se, a fim de encontrar a melhor solução para o indivíduo no caso concreto. A aplicação deve ser dada da forma mais benéfica possível ao sujeito, contemplando todos os princípios fundamentais – principiologia “pro homine” ou “pro persona”, tal como a dignidade da pessoa humana¹⁰.

A hermenêutica sistematizada de entendimento, compreensão e aplicação das normas internacionais em benefício do sujeito provém da jurisprudência dos tribunais internacionais em matéria de Direitos Humanos. O teor das decisões vale como “res judicata”¹¹ para as partes e “res interpretata”¹² para terceiros, tornando-se fonte jurídica jurisprudencial.

A promoção dos Direitos Humanos como processo formativo e educacional de toda a sociedade, seja ela nacional ou internacional, deve englobar todos os indivíduos que nela vivem¹³.

⁹ “[...] similar aos antigos teatros e atuações de marionetes, em que para mover cenários e cortinas os pesos de sacos de areia deveriam ser equilibrados. In: CORTEZ, Gabriel Cavalcante. A atuação atípica dos poderes da União. IX Fórum de Disseminação de Trabalhos Acadêmicos, v. 9, 2017. No prelo.

¹⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Op. cit. 2017, p. 149.

¹¹ Coisa julgada, traduzida do latim do Direito Romano.

¹² Entendimento jurisprudencial, interpretação livre do latim do Direito Romano.

¹³ PERUZZO, Pedro Pulzatto; CABRAL, Guilherme Perez; OLIVEIRA, Thiago Silva Freitas. Educação jurídica como formação para a promoção dos Direitos Humanos. Revista Videre, v. 9, n. 17, jan./jun. 2017

Parte-se da ideia de que todas as pessoas humanas devem participar e serem beneficiadas dos debates envolvendo Direitos Humanos. O pluralismo de ideias visa a incrementar e a enriquecer a arena de discussão sobre os rumos e garantias ao futuro da sociedade em tela.

Importante salutar acerca da problemática dos Direitos Humanos onde a hermenêutica encontra espaço para atuação. A grande questão reside nas concepções de direitos e garantias estendidas a todos os membros de determinada sociedade, valores estes que podem ser os mesmos de outras sociedades ou não.

Costuma-se distinguir o mundo em parte ocidental e parte oriental, com base nos costumes, nas tradições, nos hábitos e nos critérios valorados como premissas fundamentais aos seres humanos. As compreensões sobre o que é digno de proteção ou não variam conforme o correr dos anos, bem como de cultura para cultura¹⁴.

O relativismo, isto é, a flexibilidade do mesmo conceito presente de diferentes formas em várias sociedades, deveria ser um elo importante de discussões sobre as contingências sociais. Quanto mais ampliada for a visão exercida sobre dado conceito, maiores serão as possibilidades de se obter um consenso bom para todos, respeitado e válido.

Os direitos civis, políticos e sociais, apesar de pertencerem a classificações próprias, interagem e prosperam conjuntamente para a melhor efetivação de seus princípios. São categorias de direitos pertencentes aos seres humanos, direitos estes concretizados mediante ações e políticas públicas.

Por direitos civis entende-se a igualdade presente entre os sujeitos de direito. Para que todos tenham as mesmas oportunidades é preciso que o princípio da isonomia seja trabalhado com o viés da equidade formal e material. A equidade representa o tratamento igual para aqueles em similar paridade de estado, e o tratamento desigual para todos os que são ou estão em situações diversas. Esta máxima muito conhecida do filósofo grego Aristóteles é ideia presente e corrente no que concerne os Direitos Humanos. A igualdade visa trabalhar nas exatas medidas das diferenças das pessoas com o escopo de que ao final todas elas estejam sanadas.

Por sua vez, os direitos políticos permitem os indivíduos participar direta ou indiretamente na organização política da sociedade em que se encontra¹⁵. Consiste na deliberação das medidas a serem adotadas e tomadas a curto, médio e longo prazo na organização social em que dada coletividade está inserida. Mediante o sufrágio universal ou nas diversas formas de participação na

¹⁴ FRAGOSO, Williard Scorpion Pessoa. Sobre o fundamento de Direitos Humanos segundo Norberto Bobbio. *Revista Videre*, v. 9, n. 18, jul./dez. 2017, p. 42.

¹⁵ CARDOSO, Arisa Ribas. Reflexões sobre cidadania e Direitos Humanos no mundo globalizado. *Revista Videre*, v. 5, n. 9, p. 17-24, jan./jun. 2013, p. 18-19.

vida política, administrativa e quiçá jurídica do âmbito introduzido, as pessoas devem pleitear a respeito do que melhor represente seus interesses em jogo, principalmente quando direitos e garantias fundamentais estão em jogo.

Por derradeiro, estão os direitos sociais. As condições socioeconômicas do local onde um grupo de pessoas encontram-se devem ser tais a ponto de fornecer subsídios mínimos e necessários para o correto desenvolvimento físico e intelectual. Talvez nos direitos sociais a ideia de Direitos Humanos encontra maior expressão. Quesitos mínimos como a manutenção da vida, alimentação, vestuário, saneamento básico, moradia, educação, saúde, trabalho e lazer são tratados por este soslaio. Nesse diapasão, Thomas Hamprey Marshall citado por Arisa Ribas Cardoso¹⁶.

Direitos civis, políticos e sociais devem ser trabalhados conjuntamente, sem prejuízo. A manipulação dos valores mínimos existenciais de forma digna ao ser humano, quer para efeitos práticos-concretos, quer para efeitos políticos-teóricos, está acoplada, aglutinada à ideia de responsabilização dos sujeitos de direito responsáveis por coordenar tais critérios tão importantes para a vida humana em sociedade.

3 A RESPONSABILIDADE A NÍVEL INTERNACIONAL DOS ESTADOS-NAÇÃO EM TERMOS DE DIREITOS HUMANOS

Trata-se da responsabilidade objetiva, auferida mediante atos concretos, em que a obrigação de indenizar outro Estado ou pessoas com seus Direitos Humanos feridos nasce a partir da instauração em que o dano é causado. Não há em que se falar ou exigir relação jurídica prévia.

A regra é simples: basta a agressão aos Direitos Humanos de qualquer pessoa em território de qualquer Estado-nação, de sua nacionalidade ou não, para configurar a devida indenização necessária ao respeito à norma internacional basilar dos seres humanos.

Pode ser reclamada por procedimento político, pela arbitragem ou ainda através dos meios jurídicos disponíveis e ofertados pelo país transgressor, pedido este que, ao ser identificada a sua natureza internacional, será imediatamente transferida à Corte Internacional de Justiça competente¹⁷.

¹⁶ “Por fim, os direitos sociais “se refere[m] a tudo que vai desde o direito a um mínimo bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões de vida que prevalecem na sociedade.” CARDOSO, Arisa Ribas. Op. cit. 2013, p. 19.

¹⁷ PEREIRA, Bruno Yepes. Curso de Direito Internacional Público. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 78.

É o instituto jurídico de penalização de dada potência soberana pela prática de um ato ilícito, atentatório aos direitos internacionais do homem, seja mediante casos concretos ou desrespeito à norma abstrata. A intenção é a reparação, sempre que possível, ao estado digno e aceitável que a pessoa estava ou necessita ser contemplada. Sempre que possível a restauração do “status quo ante” da situação lesiva é tentada.

Penas pecuniárias, medida corriqueira que ganha lugar face da reparação, provenientes do Estado violador à pessoa atingida por sua imprudência, negligência ou imperícia em matéria de Direitos Humanos também é válida e pertinente, configurando a finalidade repressiva contra tal atitude bárbara. A coação do Estado em forçá-lo a cumprir com seus compromissos internos e externos para com as pessoas demonstra a finalidade preventiva do instituto.

Os Estados estão obrigados a cumprir com tudo aquilo que convencionaram a nível internacional. Cabe o olhar da boa-fé nos casos concretos, uma vez que a possível e verificada conduta do Estado em desacordo ao estabelecido pode estar caminhando à sua finalização plena, de acordo com o avençado. Analisa-se todo o contexto para fazer justiça nas devidas proporções, e dessa forma resgatar e/ou gerar equilíbrio e harmonia. Em alguns casos, a retratação ou o ressarcimento pecuniário dos danos sofridos não bastam para a plena satisfação da vítima desta relação atentatória, o qual exige que venha à tona Comissões de Verdade, cujo intuito é trazer a público a verdade dos fatos, exaurindo assim o sentimento de injustiça.

Somente em circunstâncias envoltas de guerra, genocídio e crimes contra a humanidade há em que se falar a responsabilidade penal, aquela que priva os sujeitos públicos, operados por indivíduos, por suas atitudes com a perda de suas liberdades. Nesse caso, a competência de julgar qualquer caso desta natureza está atrelada ao Tribunal Penal Internacional, único órgão dotado de legitimidade¹⁸. O professor Valério de Olivera Mazzuoli expõe.

Quanto à natureza jurídica da lesão aos Direitos Humanos por parte do Estado, é preciso que além da prática ilícita haja culpa (imprudência, negligência, imperícia) ou dolo intencional. Estes são os requisitos para a teoria subjetivista da responsabilidade internacional.

Por sua vez, a teoria objetivista debruça-se apenas no fato violado, tão somente, e não nos motivos ou fatos que motivaram a sua realização. A teoria objetivista é a que tem prevalecido nas cortes internacionais, todavia, parte da teoria subjetivista, em que pese averiguar o nexo de causalidade existente, também é utilizada, porém em grau menor de expressão.

Todo o conteúdo, todos os artigos e suas especificidades celebrados nos pactos e convenções internacionais possui força vinculante e absoluta, isto é, possui dimensão obrigacional

¹⁸ MENEZES, Wagner. Tribunal Penal Internacional. Universidade de São Paulo, 2014, p. 4.

“erga omnes”, independente de aceitação, porém passível de derrogação, anulação. O aceite faz-se presente no momento da união consentida a respeito de determinado assunto. Os Direitos Humanos possuem força “erga omnes” de proteção, cuja finalidade visa assegurar os direitos fundamentais a toda comunidade internacional¹⁹.

Qualquer membro do tratado ou a própria vítima podem reclamar o descumprimento das normas fundamentais pelo Estado infrator. Acima das normas “erga omnes”, muitas delas inclusive estão acopladas às normas “jus cogens”, as quais correspondem a obrigações imperativas e inderrogáveis.

3.1 A Atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos em Matéria de Responsabilização Internacional

Quando o Estado cometedor de violência contra os Direitos Humanos faz parte do continente americano, ele será julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, fundada em 1979, com sede em San José, capital da Costa Rica. Salienta-se, a título de curiosidade, que o primeiro caso desta Corte contra pessoa com deficiência foi do brasileiro Damião Ximenes Lopes, o qual saiu vitorioso contra o Estado-soberano Brasil, por não garantir os cuidados mínimos e necessários relativos à sua deficiência mental²⁰.

A vítima de uma violação estatal pode peticionar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em Washington, Estados Unidos da América. Feitos os procedimentos internos necessários, a Corte demanda o Estado em causa perante a Corte, com sede em San José. A função da Comissão é a de validar ou não no pedido e juntar as partes perante a Corte Interamericana.

Neste sentido, a Comissão, representando a parte hipossuficiente, ingressa com ação de responsabilidade contra o Estado autor da violação de Direitos Humanos. A petição conterà todos os elementos característicos, fundamentais e cruciais ao caso em questão, como toda exordial é feita perante as exigências do Código de Processo Civil do país. Outrossim, estas deve ser elaborada em um dos idiomas de trabalho do tribunal – inglês, espanhol, português ou francês. A qualquer momento pode haver a solução amigável entre as partes, decorrente das audiências e práticas de mediação, conciliação e arbitragem – os meios alternativos de solução de conflitos. Quando uma das partes não possuir procurador, nomear-se-á Defensor Interamericano, com as mesmas funções do

¹⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Op. cit. 2017, p. 33.

²⁰ PAIXÃO, Cristiano; FRISSO, Giovana; SILVA, Janaína Lima Penalva da. Caso Ximenes Lopes versus Brasil - Corte Interamericana de Direitos Humanos: relato e reconstrução jurisprudencial. Casoteca Latino-americana de Direito e Política Pública, 2007.

advogado dativo, conforme o artigo 37 do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ademais, a simples prolação da sentença de mérito emanada pela Corte traz consigo os efeitos pecuniários e reparatórios, os quais nem sempre estarão escritos. Tornou-se hábito, costume consuetudinário por parte da Corte incidir implicitamente a reparação às vítimas dentro da interpretação sistemática da decisão. O descumprimento de sentença enseja nova ação de responsabilização.

4 GERAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS INTERNACIONAIS

Com o decorrer da evolução humana os Direitos Humanos ganharam crescente e gradativo espaço na ordem jurídica nacional e internacional. O pensamento humano, à medida que tem contato com outras culturas e meios de pensamento, muda a sua concepção acerca dos ideais benéficos e necessários para o bom desenvolvimento e vivência digna do homem. Houve mutação nesta concepção, já que a cada momento fixo, ou melhor, momento em que uma ideia é preponderante, surge uma nova ideia dali decorrente e daí surge outro paradigma, o qual perdura por certo tempo e sucessivamente. Não há uma substituição ou esquecimento do antigo paradigma, e sim sua agregação constante com os novos pensares.

Valério de Oliveira Mazzuoli²¹ explica que segundo Karel VASAK, as dimensões ou as gerações dos Direitos Humanos fundamentais começam a efetivamente ganhar força com o advento da Revolução Francesa, em 1789, quando se deu a Tomada da Bastilha. Neste mesmo sentido, Paulo Bonavides citado por Valério de Oliveira Mazzuoli²² destaca as quatro gerações mais visíveis destes direitos.

A primeira geração de Direitos Humanos compreende o ideal de liberdade, em que pese os direitos políticos e civis dentro da órbita do indivíduo, seus direitos e deveres. Direito à vida e à nacionalidade, “*verbi gratia*”, dizem respeito somente à esfera social e jurídica da pessoa que os reivindica, e não em relação a terceiros. Por seu turno, a segunda geração pauta-se na visão de igualdade material, na qual a coletividade e a transindividualidade merecem ser apreciadas e valorizadas em todos os seus aspectos, pois uma sociedade que não valoriza sua cultura ou sua sociedade no todo não está qualificada para o debate internacional referentes aos Direitos Humanos, entra aqui o direito à saúde e à educação.

²¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Op. cit. 2017, p. 39.

²² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Op. cit. 2017, p. 40.

Neste sentido, a fraternidade é expoente da terceira geração dos Direitos Humanos, a qual se valoriza no meio comum de todos os cidadãos, isto é, a paz, o meio ambiente, o desenvolvimento sustentável, a economia afetam a todos, embora de maneiras e proporções diferenciadas, porém é preocupação de todos o espaço em que vivem para poderem viver; é o sistema do equilíbrio de forças onde todas as pessoas são atores da mesma peça sem fim. A quarta geração representa a globalização, as ideias democráticas e as aspirações de justiça nos Estados propensos a gerar debates em arenas públicas de informações.

5 EVOLUÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

A efetiva concretização do Direito Internacional em matéria de Direitos Humanos caracteriza-se após o fim da Segunda Grande Guerra, onde vários países participantes e observadores, perplexos com as consequências desastrosas, alarmantes e hediondas ocasionadas pelo emprego desenfreado do gênio maligno humano contra o próprio semelhante, reuniram-se e decidiram formular um compilado de diretrizes normativas com força suficiente para vincular interna e externamente os Estados signatários, justamente para evitar que atrocidades iguais ou piores àquelas voltassem a acontecer dentro do próprio país ou em outro, podendo os signatários interferir no Estado soberano que seja palco de atos ilícitos contra a humanidade²³.

Uma primeira forma de proteção dos Direitos Humanos em se tratando de guerra é o chamado Direito Humanitário, proveniente do século XIX, onde por meio de normas consuetudinárias sobre critérios mínimos de dignidade da pessoa e direitos fundamentais, militares e cidadãos seriam tutelados em seus direitos mínimos desrespeitados pela devastação da guerra, em conflitos internos ou internacionais. Tratou de limitar o direito das partes envolvidas em escolher os meios destrutivos dos bens jurídicos mais importantes à vida²⁴.

Logo após a Primeira Guerra Mundial (1914-1918) emergiu a Liga das Nações, organismo internacional formado com o escopo de promover a cooperação, a segurança e a paz a níveis internacionais. Tal organismo não obteve tanto êxito em seus objetivos, não passando de mero formalismo, visto que além de conter normas abstratamente genéricas em seu corpo, não as colocava em efetiva prática²⁵.

²³ PIOVESAN, Flávia. O Direito Internacional dos Direitos Humanos e a Redefinição da Democracia no Brasil. Tese de Doutorado defendida na PUC/SP, 1996, “on-line”.

²⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Op. cit. 2017, p. 44.

²⁵ PIOVESAN, Flávia. Op. cit. 1996, “on-line”.

Em seguida, surge a Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1919, a qual buscou estabelecer e efetivar critérios de razoabilidade, dignidade e bem-estar aos trabalhadores sem regulamentação acerca dos mais variados ofícios. Tornou visível e palpável direitos que até então eram incompreensíveis, devido ao alto grau de abstração dos discursos diplomáticos, políticos e jurídicos.

Os três movimentos de reunião de países deram força à ideia de que a proteção dos Direitos Humanos deve ultrapassar as fronteiras estatais e transcender os limites da soberania territorial dos Estados, pois se ficarem circunscritos às realidades e normas internas, o arbítrio relacionado à temática dos Direitos Humanos torna-se mais fácil de ser realizado²⁶. Admitem-se com fulcro nos Direitos Humanos as intervenções externas dos sujeitos de direito público clássicos (Estados-nação) e modernos, os organismos internacionais, dentro do nível nacional do país violentador.

Foi com o surgimento da ONU, ente governamental formado por diversos países, cuja função é disseminar educação e substanciar a paz ao redor do mundo contra quaisquer conflitos, reforça a gradativa importância dos Direitos Humanos no cenário internacional. Antes do Holocausto, poucos países continham normas interinas de certa proteção aos direitos fundamentais, ou ainda, somente quando acontecia alguma guerra faziam-se tratados e celebravam-se ideias e ideais somente no período em voga do pós-guerra, sendo diferente com este ente.

É bastante recorrente que países se reúnam para tratar e deliberar a respeito do melhor interesse das sociedades, em especial de sua própria, além de traçar diretrizes básicas e específicas para cada grupo de indivíduos, a citar, por exemplo, a proteção aos direitos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa com deficiência etc. É um sistema global de integração e convite à proteção integral do ser humano, com traçados bem delineados a serem executados por todos os Estados signatários.

Salienta-se que apesar das Cortes Internacionais de Direitos Humanos (América, Europa e África) apresentarem sistemas regionais de aplicação específica do sistema global, tais sistemas também possuem a plena capacidade de extrair valores e ideais a fim de salvaguardar o melhor interesse do ser humano a nível mundial.

Dentro da ONU há o tribunal que realiza julgamentos a nível internacional, geralmente conflitos envolvendo mais de dois países, ou seja, a problemática é de categoria “*latu sensu*”. A Corte Internacional de Justiça (CIJ) está vinculada à ONU desde 1945, com sua criação. Soluciona litígios em que as partes sejam Estados ou entes governamentais das mais variadas espécies

²⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Op. cit. 2017, p. 45-46.

e espectros, como aduz o artigo 34 do Estatuto da CIJ. No entanto, está cada vez mais em voga a crescente participação de Direitos Humanos “stricto sensu”, relacionados a sujeitos físicos lesados em suas esferas jurídicas.

CONCLUSÃO

Dentro do que foi exposto é possível formular a percepção de que a origem e o desenvolvimento dos Direitos Humanos são evidentes evoluções sociais e jurídicas que permitem que a segurança dos indivíduos seja assegurada, e que tamanhas atrocidades ocorridas no passado sejam ao menos evitadas, e, que caso ocorram, tenham sua solução juridicamente amparada.

Não há como, ao menos, imaginar a sociedade contemporânea sem o amparo dos Direitos Humanos, a sua importância é tamanha que requisita a necessidade de que ele seja amplamente discutido e que esteja presente no cotidiano dos indivíduos.

O debate sadio e equilibrado entre os diferentes países permite que normas harmônicas e igualitárias sejam criadas, e que, assim, as demandas e os problemas sejam solucionados de uma maneira que traga o desenvolvimento das nações envolvidas.

REFERÊNCIAS

Brasil. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337/SP**. Agravante: Município de São Paulo/SP. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Celso Bandeira de Mello, 23 de agosto de 2011. STF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Acesso em: 20 nov. 2017.

CARDOSO, Arisa Ribas. **Reflexões sobre cidadania e Direitos Humanos no mundo globalizado**. Revista Videre, v. 5, n. 9, p. 17-24, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/2247/2094>. Acesso em: 26 mai. 2018.

CORTE INTERNAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Regulamento da Corte, 2009. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf. Acesso em: 21 nov. 2017.

CORTEZ, Gabriel Cavalcante. **A atuação atípica dos poderes da União**. IX Fórum de Disseminação de Trabalhos Acadêmicos, v. 9, 2017. No prelo.

FRAGOSO, Williard Scorpion Pessoa. **Sobre o fundamento de Direitos Humanos segundo Norberto Bobbio**. Revista Videre, v. 9, n. 18, p. 39-50, jul./dez. 2017. Disponível em: <http://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/issue/view/309>. Acesso em: 26 mai. 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O Tribunal Penal Internacional e sua Integração ao Direito Brasileiro**. Revista de informação legislativa, v. 41, n. 164, p. 157-178, out./dez. 2004. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/1013>. Acesso em: 21 nov. 2017.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Método, 2017.

MENEZES, Wagner. **Tribunal Penal Internacional**. Universidade de São Paulo, 2014. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/256374/mod_resource/content/1/TPI.pdf. Acesso em: 21 nov. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Brasília. MPF. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)**. [S.l.: s.n., 20--]. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf. Acesso em: 20 nov. 2017.

PAIXÃO, Cristiano; FRISSE, Giovana; SILVA, Janaína Lima Penalva da. **Caso Ximenes Lopes versus Brasil - Corte Interamericana de Direitos Humanos**: relato e reconstrução jurisprudencial. Casoteca Latino-americana de Direito e Política Pública, 2007. Disponível em: http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/narrativa_final_-_ximenes.pdf. Acesso em: 21 nov. 2017.

PEREIRA, Bruno Yepes. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2006.

PERUZZO, Pedro Pulzatto; CABRAL, Guilherme Perez; OLIVEIRA, Thiago Silva Freitas. **Educação jurídica como formação para a promoção dos Direitos Humanos**. Revista Videre, v. 9, n. 17, p. 28-43, jan./jun. 2017. Disponível em: <http://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/6238/3763>. Acesso em: 26 mai. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **O Direito Internacional dos Direitos Humanos e a Redefinição da Democracia no Brasil**. Tese de Doutorado defendida na PUC/SP, 1996. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista2/artigo3.htm>. Acesso em: 22 nov. 2017.

UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)**. Brasília, DF, 1998. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2017.

A ISENÇÃO DO IPTU PARA OS IDOSOS EM LONDRINA COMO MEDIDA EXTRAFISCAL

TAX EXEMPTION FOR THE ELDERLY IN LONDRINA AS AN EXTRAFISCAL MEASURE

Kawany Victória Ricci¹

Vitória Santana Frizon²

RESUMO: O presente artigo científico, elaborado e fundamentado a partir do método indutivo-dedutivo de abordagem, partindo da “análise e síntese” das informações obtidas sobre o tema, aliado ao estudo doutrinário e do ordenamento jurídico brasileiro, surge em questão a demonstrar a aplicabilidade do tributo, em especial o imposto que incide sobre a propriedade predial e territorial urbana, num viés extrafiscal, bem como apresentando as modalidades de progresso e regressividade que pode possuir, em consonância com os objetivos fundamentais, ora apresentados pela necessidade de desenvolvimento e seguridade da cidadania plena e a função social daquele frente às necessidades dos idosos na cidade de Londrina, Paraná. Ademais, esse trabalho, com base em dados pertinentes ao tema, vem conjuntamente com o objetivo de demonstrar a incidência e a capacidade contributiva em relação à isenção tributária do imposto tratado aos entes ora em destaque, dando enfoque, também, em seus benefícios ao ponto de sua modalidade e função.

PALAVRAS-CHAVES: Capacidade Contributiva; Idoso; Imposto Sobre a Propriedade Predial E Territorial Urbana; Isenção; Tributo Extrafiscal.

ABSTRACT: This scientific article, elaborated and based on the inductive-deductive method of approach, starting from the "analysis and synthesis" of the information obtained on the subject, combined with the doctrinal study and the Brazilian legal system, arises in question to demonstrate the applicability of the tax, in particular the tax that is levied on urban property and land, in an extrafiscal perspective, as well as presenting the modalities of progress and regressivity that it can have, in line with the fundamental objectives, presented by the need for development and security of citizenship full and the social function of the former facing the needs of the elderly in

¹ Graduanda do 5º Período do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) – Campus Londrina; graduanda do 1º ano do curso de Economia da Universidade Estadual de Londrina (UEL), e-mail: kawany@equilibriomed.com.br.

² Graduanda do 5º Período do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) – Campus Londrina; e-mail: vitoriasfrizon@gmail.com.

the city of Londrina, Paraná. In addition, this work, based on data pertinent to the subject, comes together with the objective of demonstrating the incidence and contributory capacity in relation to the tax exemption of the tax treated to the entities now highlighted, also focusing on its benefits to the point of its modality and function.

KEY WORDS: Contributory Capacity; Elderly; Urban Property And Land Property Tax; Exemption; Extrafiscal Tax.

SUMÁRIO: Introdução; I. Origem do IPTU; II. O que é o valor venal do imóvel?; III. Tributação no Brasil: regressiva ou progressiva?; IV. Princípio da justiça tributária ou princípio da capacidade contributiva (artigo 145, §1º, da Constituição Federal); V. Tributo versus Imposto; VI. Isenção do IPTU para os idosos como medida extrafiscal; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo se apresenta com o intuito da análise da isenção do tributo sobre a propriedade predial e territorial urbana no ordenamento vigente, na sua modalidade regressiva. Insta ressaltar que, a partir do advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, fora abordado em seu artigo 3º, dando maior visibilidade, no momento, os incisos I, II e IV, sobre os objetivos fundamentais de promoção do bem-estar social em consonância com o desenvolvimento e justiça nacional.

Haja vista que a isenção é a dispensa legal do pagamento do tributo devido, como será abordado posteriormente, e, entendendo o disposto pelo artigo 150, §6º, da Constituição Federal e ora abordado no artigo 176, do Código Tributário Nacional, que a isenção deve ser feita por intermédio de lei específica e das condições e requisitos para sua aplicação, em se tratando do IPTU, vê-se que as hipóteses de isenção desse vem por parte da legislação de cada município, prevendo esses, além, da isenção, a base de cálculo ora explicada, as formas de pagamento e as infrações e penalidades.

Dessa forma, a luz de se obter a plena cidadania no respeito dos direitos civis, vê-se imprescindível a notoriedade do assunto abordado. A isenção do tributo para as pessoas consideradas idosas como forma de vantagem à sociedade e ao seu desenvolvimento em consonância com a regressividade apontada sobre os tributos brasileiros vêm em embate, demonstrando a

disparidade na primeira necessidade.

Ademais, para a elaboração deste, fora utilizado o método de abordagem de “análise e síntese”, ou também chamado, indutivo-dedutivo. Aliando esse à utilização de dados e à verificação do tema junto ao conhecimento doutrinário e do ordenamento jurídico brasileiro, obtiveram-se os seguintes resultados e conclusões.

I. Origem do IPTU

Como dispõe o artigo 3º, do Código Tributário Nacional, o tributo se verifica como “toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”, sendo sua natureza classificada em impostos, taxas e contribuições de melhoria. O imposto, nesse viés, são tributos que não estão vinculados à atuação estatal, de maneira em que se comportam como um “tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte”³.

O Imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana, popularmente conhecido como “IPTU”, como o próprio nome indica, é aquele que se verifica com relação às propriedades com construção em meio urbano, o qual detém de tópicos exclusivos sobre sua matéria dentro do código supracitado e em demais partes do ordenamento jurídico. Esse possui uma “função precipuamente arrecadatória (fiscal)”⁴, e traz como fato gerador a propriedade, como determina o Código Tributário Nacional, o domínio útil ou a posse de bem móvel, por natureza ou por ascensão física, localizado em zona urbana municipal, atendendo como contribuindo o proprietário, o titular do domínio ou o possuidor a qualquer título do imóvel. Insta ressaltar que, para efeitos desse, devem ser observados os requisitos mínimos de existência de melhoramento pelo Poder Público, verificados em lei, e seu cálculo será dado pelo valor venal do imóvel, isto é, o valor, de maneira crua – de modo que se considera apenas o imóvel e não o conjunto com seus bens mantidos em caráter permanente ou temporário –, pelo qual o bem é avaliado pelos órgãos estatais, acrescido de alíquotas dispostas pelo Município que esse se insere.

O imposto a que se refere possui concordância com princípio da capacidade contributiva, que teve como assento pelos pressupostos dos tributos no artigo 4º da Lei Geral

³ SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL. **Lei nº 5.172 nº Lei nº 5.172, de 30 de junho de 2021**. [S. l.], 25 out. 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 29 jun. 2021.

⁴ LOPES, Mauro Luís Rocha. **Direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 311.

Tributária do ordenamento português (DL 389/98) e que é disposto no artigo 145 e em seu §1º, da Constituição Federal. Verifica-se, assim:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: I- impostos; II- taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição; III- contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas. §1º. Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte⁵.

Mesmo que o ordenamento apresente a expressão “sempre que possível”, insta acrescentar que é de comum senso a necessidade de sua aparição nos termos das ações tributárias, fazendo valer os objetivos fundamentais dispostos no artigo 3º, da Constituição Federal, que deliberam sobre a igualdade social. Tal princípio apresenta, dessa forma, a justiça fiscal sobre o ponto de quem deter de mias riqueza, terá uma tributação mais onerosa com relação aos que detiverem de menos, isto é, como Roque Carrazza (2001, p. 522) afirma, o princípio da capacidade contributiva:

“(...) hospeda-se nas dobras do princípio da igualdade e ajuda a realizar, no campo tributário, os ideais republicanos. Realmente, é justo e jurídico que, em termos econômicos, quem tem muito pague, proporcionalmente, mais impostos do que tem pouco. Quem tem maior riqueza deve, em termos proporcionais, pagar mais impostos do que tem menor riqueza. Noutras palavras, deve contribuir mais para a manutenção da coisa pública”⁶.

Dessa forma, observa-se o IPTU como um imposto necessário, de intuito estritamente arrecadatório, o qual cumpre função de prover ao Estado recursos financeiros sob o ponto dos espaços utilizados pelos bens imóveis. Esse vem de maneira a contribuir com as melhorias à sociedade por parte do Poder Público e abrange, em sua essência, como em todo o processo fiscal-tributário, os princípios de solidariedade e igualdade social, por meio do ato de arrecadação que promove o princípio da capacidade contributiva.

⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. [S. l.: s. n.], 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jun. 2021.

⁶ CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 552.

II. O que é o valor venal do imóvel?

O valor venal de um imóvel se trata da estimativa de preço que o Poder Público adota a determinados bens, isto é, o preço que a propriedade alcança, desconsiderando o valor dos bens móveis mantidos, nos termos do artigo 33, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, em uma transação de acordo com a análise do município, e, por esse, a partir do embasamento no preço praticado no mercado, determinando o valor final do metro quadrado da área predial, é feita a base de cálculo do valor a ser cobrado de impostos do contribuinte.

Em jurisprudência, Plácido e Silva propõe que o valor venal é o “valor de venda, ou o valor mercantil, isto é, o preço por que as coisas foram, são ou possam ser vendidas”⁷. Também demonstra Hugo de Brito Machado, a respeito da base de cálculo do imposto, que:

“Não é o preço de venda, mas o valor venal. A diferença entre preço e valor é relevante. O preço é fixado pelas partes, que em princípio são livres para contratar. O valor dos bens é determinado pelas condições de mercado. Em princípio, pela Lei da oferta e procura. Em se tratando de imposto que incide sobre a transmissão por ato oneroso, tem-se como ponto de partida para a determinação da sua base de cálculo na hipótese mais geral, que é a da compra e venda, o preço. Este funciona, no caso, como uma declaração de valor feita pelo contribuinte que pode ser aceita ou não pelo Fisco, aplicando-se na hipótese de divergência a disposição do artigo 148 do CTN”⁸.

Dessa forma, tendo por base que o STJ considera esse aquele que as partes do negócio jurídico acordaram mutuamente na transação e que fora declarado pelo contribuinte, isto é, considera-se um acordo de compra e venda à vista, em condições normais de mercado, faz-se a suposição de que o preço pago pelo contribuinte faz grande relação ao valor venal da propriedade. Pelo conceito ora citado, ainda, entende-se que o preço é somente o ponto de partida para a determinação da base de cálculos, de maneira que, pela declaração do ente físico ao ente fiscal e, entendendo que o preço e o valor de mercado não se igualam, há a possibilidade de revisão, nos termos do artigo 148, do Código Tributário Nacional⁹, eventualmente arbitrado pelo último ente ora citado.

⁷ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 1461.

⁸ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 409.

⁹ **Art. 148, da Lei nº 5.172 nº 148, de 30 de junho de 2021**: Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as

III. Tributação no Brasil: regressiva ou progressiva?

Como já analisado, é ciência de todo brasileiro o impacto que a carga tributária causa sobre o orçamento; o IPTU tem um papel superimportante em relação ao orçamento dos municípios. Segundo o advogado Gustavo Pires da Silva, o montante do IPTU, de acordo com o artigo 33 do Código Tributário Nacional, já citado, é baseado no valor venal do imóvel.¹⁰

Como sabemos, uma das finalidades do Estado brasileiro é construir uma sociedade justa para o bem de todos, sem distinção de raça, cor, sexo, idade etc. (art. 3º, inciso IV da Constituição Federal); e tentando estabelecer essa premissa, o direito tributário utiliza-se de uma técnica conhecida como progressividade fiscal. Essa técnica tem um procedimento no qual se elevam as alíquotas à medida que cresce a base tributária, fazendo com que os contribuintes que possuem maior riqueza sejam tributados de forma proporcional mais onerosa do que aqueles que demonstrarem menor riqueza.

Entretanto, no Brasil, a tributação é regressiva, ou seja, quem pode menos, paga mais. Zockun et alli (2007, p.19) citado no artigo do especialista em Direito Fiscal, Robson de Oliveira Aguiar, fez um estudo entre os anos de 1996 e 2007 e demonstrou a quão regressiva é a carga tributária sobre a renda das famílias brasileiras, sistematizando conforme a tabela abaixo¹¹:

Carga Tributária Direta e Indireta sobre Renda Total das Famílias em 1996 e em 2004

Renda mensal familiar	Carga tributária total (em % da renda familiar)		Acréscimo porcentual
	1996	2004	
Até 2sm	28,2	48,8	20,6
2 a 3 sm	22,6	38,0	15,4
3 a 5 sm	19,4	33,9	14,5

declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.

¹⁰ SILVA, Gustavo Pires Maia da. IPTU progressivo. **Migalhas**, [s. l.], 3 set. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/286690/iptu-progressivo>. Acesso em: 27 maio 2021.

¹¹ AGUIAR, Robson de Oliveira. A progressividade fiscal do IPTU: uma questão republicana. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, [s. l.], v. 94, p. 254-309, 2010.

5 a 6 sm	18,0	32,0	14,0
6 a 8 sm	18,0	31,7	13,7
8 a 10 sm	16,1	31,7	15,6
10 a 15 sm	15,1	30,5	15,4
15 a 20 sm	14,9	28,4	13,5
20 a 30 sm	14,8	28,7	13,9
Mais de 30 sm	17,9	26,3	8,4

Fontes dos dados primários: IBGE, POF 1995/1996, POF 2002/2003; SRF.

Tributos considerados nas POFs: IPI, ICMS, PIS, COFINS; IR, contribuições trabalhistas, IPVA, IPTU; ISS.

Percebemos que a carga tributária no ano de 96 foi regressiva, afetando 28% da renda das famílias com renda não superior a 2 (dois) salário mínimo, cerca de 18% da renda familiar superior a 30 salários mínimos. No entanto, de 1996 a 2004, a situação piorou. O levantamento mostra que a carga tributária total aumentou 20,6 pontos percentuais para as famílias de baixa renda (até 2 salários mínimos) e apenas 8,4 pontos porcentuais para famílias com alta faixa de renda (mais de 30 salários mínimos), causando ainda mais impacto na carga tributária sobre os rendimentos das famílias.¹²

Em outro aspecto, Machado Segundo, também dispõe sobre o caráter regressivo da tributação, segundo ele:

“Ao onerar produtos e serviços, tornando mais elevados seus preços, tais tributos atingem, do ponto de vista econômico, os consumidores, e toda tributação do consumo é regressiva, ou implica maneira regressiva de se tributar, indiretamente a renda. Isso porque quanto menor a renda, maior a porção dela aplicada no consumo e, nessa condição, indireta ou economicamente alcançada pela forma de tributação em análise”.¹³

Logo, analisamos que a tributação indireta recai sobre o consumo, seja de uma mercadoria, produto ou qualquer outra coisa, não é levado em conta a renda do contribuinte, o que faz com que todas as pessoas sejam tributadas na mesma proporção pelo simples fato de consumir.

¹² Ibidem.

¹³ PINTO, Edson Antônio Sousa Pontes; SANTOS, Karen Borges dos; FREITAS, Nathália de Oliveira. (In)justiça tributária: uma crítica ao viés regressivo da tributação sobre o consumo. **Revista de Direito Tributário Contemporâneo**, [s. l.], v. 22, p. 65 - 82, 2020.

Exemplificando: “Suponhamos que duas pessoas, uma com renda líquida mensal de R\$ 500,00 (quinhentos reais) e outra com renda líquida de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) sejam hipertensas e necessitem adquirir um aparelho medidor da pressão arterial. O aparelho equivale hipoteticamente R\$ 200,00, ao qual deva ser aplicada uma alíquota de ICMS de 10%. Nesse caso, ambos ao comprarem o aparelho, contribuirão com o valor de R\$ 20,00 (vinte reais) relativos à incidência tributária. Ocorre que os R\$ 20,00 (vinte reais) equivalem a 4% (quatro por cento) da renda total disponível de quem auferir R\$ 500,00 (quinhentos reais) mensais; e a 0,4% (zero, quatro por cento) de quem auferir R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Ou seja, a mesma incidência representa um ônus muito maior para quem recebe uma renda menor”.¹⁴

IV. Princípio da justiça tributária ou princípio da capacidade contributiva (artigo 145, §1º, da Constituição Federal)

O artigo 145 da CF, já citado anteriormente, estabelece que a tributação deve ser aplicada de modo pessoal, ou seja, pelo princípio da isonomia; lembramos da famosa frase de Aristóteles: “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades”; essa frase está bastante ligada com esse princípio, tendo em vista que o objetivo dele é alcançar a justiça social (redistribuição de renda) fazendo o uso da ideia de justiça fiscal (quem pode mais, paga mais). Os artigos 1º, inciso III, art. 3º inciso III e IV, art. 23, inciso X, art. 170, caput e os incisos VII e VIII e o art. 5º inciso XXIII da CF, tratam também sobre a busca da justiça social.

O princípio da capacidade contributiva afirma que a instituição de tributos tem que ser levada em consideração os ganhos econômicos e a exteriorização de riqueza das pessoas contribuintes. Sacha Calmon afirma que:

“A capacidade contributiva é a possibilidade econômica de pagar tributos (ability to pay). É subjetiva, quando leva em conta a pessoa (capacidade econômica real). É objetiva, quando toma em consideração manifestações objetivas da pessoa (ter casa, carro do ano, sítio numa área valorizada etc.). Aí temos ‘signos presuntivos de capacidade contributiva’”.¹⁵

Rubens Gomes de Sousa também disserta sobre a capacidade contributiva, para ele:

¹⁴ RIBEIRO, Rafaela Braga; TEIXEIRA, Alessandra Machado Brandão. **A tributação sobre o consumo e a democracia participativa – Uma análise tardia, mas necessária**. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. São Paulo, 2009, p. 5099.

¹⁵ MORAES, Maria Antonieta Lynch de; FIGUEIREDO, Raif Daher Hardman de. Isenção do IPTU para portadores de doenças graves. **Revista dos Tribunais**, [s. l.], v. 972, p. 35 - 54, 2016.

“O conceito de capacidade contributiva foi proposto pelo financista italiano Griziotti para significar a capacidade econômica de pagar tributos: em síntese, capacidade contributiva é a soma de riqueza disponível depois de satisfeitas as necessidades elementares da existência, riqueza essa que pode ser absorvida pelo Estado sem reduzir o padrão de vida do contribuinte e sem prejudicar as suas atividades econômicas. Trata-se, portanto, de um conceito tipicamente econômico, mas que adquire um efeito jurídico desde que seja adotado pela lei como base de tributação. Em nosso direito positivo, a Constituição atribui expressamente um efeito jurídico ao conceito econômico de capacidade contributiva, quando diz, no art. 202 [Constituição de 1946], que os tributos serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte: trata-se de uma regra endereçada ao legislador, para orientá-lo na escolha dos fatos, atos ou negócios jurídicos que devam ser objeto de tributação, e na graduação da medida desta”.¹⁶

Como já apontado, este princípio tem como objetivo efetivar uma justa distribuição da carga econômica, onde o contribuinte com maior renda econômica suporta uma carga tributária proporcionalmente mais elevada que o contribuinte com menor carga econômica. Marciano Seabre de Godoi, disserta nesse sentido que cabe:

"(...) estabelecer que a capacidade contributiva é a medida geral da igualdade constitucional no campo tributário, critério que como razão prima facie deve presidir a repartição da carga tributária e cuja vinculação íntima com o princípio da igualdade faz nascer para o contribuinte um direito de contribuir segundo a própria capacidade econômica" (GODOI, 1999, p. 82)¹⁷.

De modo geral, para que tenhamos um sistema tributário legítimo e justo, deve -se observar à capacidade contributiva de cada contribuinte para responsabilizar-se com a carga tributária exigida, a fim de efetivar uma justa distribuição fiscal.

Nesse sentido, podemos traduzir a justiça fiscal como justa distribuição da carga tributária entre os contribuintes, de forma equitativa, onerando proporcionalmente cada um de acordo com sua capacidade econômica para arcar com os tributos.¹⁸

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ RESENDE, Henrique Andrade Fontes de. Justiça distributiva fiscal e capacidade contributiva: uma análise da regressividade do sistema tributário brasileiro. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, [s. l.], v. 128, p. 149 - 181, 2016.

¹⁸ Idem.

V. Tributo versus Imposto

Antes de analisarmos o tema de fato, iremos analisar as diferenças entre tributo e imposto, visto que ambas as palavras são comumente usadas como sinônimos, porém, diferem para a legislação. O conceito de tributo está definido no art. 3º, do Código Tributário Nacional¹⁹, que define da seguinte forma:

“tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

A partir de então, podemos concluir que o tributo é uma obrigação do contribuinte, ou seja, não pagamos porque queremos, e sim porque devemos.

O imposto, assim como o tributo é uma obrigação do contribuinte, e é o art. 16 do CTN²⁰ que define o que é imposto, sendo: "o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte”.

Interessante frisar algumas espécies tributárias na dogmática brasileira, com destaque na análise da estrutura normativa. O professor Carlos Renato Cunha, afirma em um dos seus trabalhos que o tema das espécies tributárias é fonte de eterna discussão doutrinária; a classificação teológica dos tributos foi mais comum no passado, e traz reflexos nos dias de hoje. Porém, basta recordar a divisão dos capítulos do Título III, do Código Tributário Nacional, ou a identificação de "impostos sobre o consumo" e impostos reais", como exemplo.

Os "impostos reais" é comumente conhecido como "impostos pessoais", e diante disso, faz-se lembrar da da classificação de Ruy Barbosa Nogueira, mencionado no artigo do professor ora citado, que até hoje traz reflexos na jurisprudência, como bem recorda Valterlei Costa ao citar o ensinamento de Kelsen, o qual "tudo no direito é pessoal"²¹.

Diante do exposto, podemos chegar à conclusão que o tributo é um gênero e o imposto a espécie, em outras palavras: o imposto é um tipo de tributo.

¹⁹ CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Art. 3º. [S. l.], 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 29 jun. 2021.

²⁰ Idem.

²¹ CUNHA, Carlos Renato. Algumas palavras sobre a classificação das espécies tributárias. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, [s. l.], v. 142, p. 71-88, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 29 jun. 2021.

VI. Isenção do IPTU para os idosos como medida extrafiscal

O tributo possui duas funções: fiscal e extrafiscal. A função fiscal tem como função arrecadatório, isto é, o interesse do Estado é apenas um: a arrecadação monetária, como ocorre, por exemplo, no imposto de renda. Por outro lado, a função extrafiscal, além de ter como objetivo a arrecadação do dinheiro dos contribuintes, vêm, também, com uma função social, pondo o Estado a intervir na sociedade de maneira à corroborar nas suas qualificações, como ocorre pelo imposto de importação.

O Estatuto do Idoso, deliberado pela Lei Federal nº 10.741/2003, estabeleceu a necessidade de isenção de alguns impostos para aqueles que defendem, os idosos, dentre os impostos, o IPTU. Esse, por ser um imposto municipal, quem decide as regras, assim como a porcentagem de isenção, que pode ser total ou parcial, são os próprios municípios e seus dirigentes, nos termos da lei.

Para o idoso conseguir a isenção do imposto na cidade de Londrina, devem ser cumpridos alguns requisitos, como: ser aposentado, pensionista ou possuir benefício de renda mensal vitalícia; ter o imóvel declarado no Imposto de Renda como patrimônio próprio; utilizar o imóvel como residência; não possuir outro imóvel e ser maior de 60 anos. Importante frisar também, que a renda tem que estar dentro do limite máximo estabelecido pelo município, podendo variar entre 2 a 5 salários mínimos por mês²².

Temos que a extrafiscalidade tem como finalidade, como já citado, algo que vá além da arrecadação, possuindo como principal função do Estado o alcance de outro fim, não apenas financiar as suas atividades, como no caso analisado, a isenção do IPTU para os idosos. Partindo da premissa que os idosos gastam metade da sua renda com remédios, exames, consultas, plano de saúde e tratamento médicos, que por muitas vezes não podem ser cortados, isto é, de que eles possuem um maior gastos com necessidades voltadas à saúde, entende-se a necessidade da isenção do tributo sobre eles e a vantagem da modalidade tributária sobre o tema.

²² LEI Nº 12.788, DE 7 DE NOVEMBRO DE 2018. Lei Ordinária nº 12.788, de 22 de dezembro de 2001. São isentos do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) e das taxas agregadas (...): **Leis Municipais Londrina**, [S. l.], 2001. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/pr/l/londrina/lei-ordinaria/2018/1279/12788/lei-ordinaria-n-12788-2018-amplia-a-base-dos-criterios-para-concessao-de-beneficio-fiscal-para-isencao-de-iptu-abrangendo-aposentados-viuvras-pessoas-com-deficiencia-dentre-outros>. Acesso em: 29 jun. 2021.

CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, verifica-se a necessidade de aplicação da isenção do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana para com os entes descritos ao longo do trabalho, a luz do viés extrafiscal que a medida isentiva e, também, por parte das características daquele, que se delibera. Vê-se, ainda, os benefícios que a cidade de Londrina recebe, a qual posta em destaque como forma argumentativa, ao ponto da aplicabilidade do que foi ora exposto dentro do que a lei permite, tanto sobre as leis municipais quanto com relação ao que dita o Código Tributário Nacional e a Constituição Federal, a dar exemplos do ordenamento brasileiro.

Dessa maneira, que o artigo teve como finalidade conceituar alguns temas, como: a origem do IPTU; significado de valor venal; a questão da tributação no Brasil, a caracterização do tributo na modalidade regressiva ou progressiva, tendo, portanto, como fecho de que o tributo tratado fazia em relação à regressiva, de maneira que, conforme a dados tabelados ora apresentados, vê-se que no Brasil “quem tem menos paga mais”. Além disso, foi abordado ao longo a questão do princípio da justiça tributária, também conhecido como capacidade contributiva, o qual é disciplinado no artigo 145, §1º, da Constituição Federal, cujo objetivo dele é aplicar a tributação de modo pessoal, isto é, levar em consideração os ganhos econômicos de cada indivíduo, findando, por conseguinte, sobre a existência da diferença entre tributo e imposto, apesar de serem tratados como semelhantes em suas aplicações práticas.

Entende-se, ainda, que a isenção do IPTU para os idosos na cidade de Londrina é uma medida de tributação extrafiscal, a qual a principal finalidade é a social, pondo em destaque o artigo 3º, da Constituição Federal, em especial os incisos I, II e IV, que tratam sobre os objetivos fundamentais.

Conclui-se, portanto, por todo exposto neste trabalho, a ideia de que é imprescindível a utilização da isenção do imposto destacado no desenrolar a fim de cumprir seu objetivo extrafiscal e da promoção e responsabilidade, por parte de seus aplicadores, do bem-estar social, auxiliando na renda dos idosos, tendo em vista que já possuem muitos gastos para se manter, como os exemplos que foram citados ao decorrer do trabalho, contribuindo, dessa forma, o desenvolvimento nacional. Garantir a medida isentiva sobre o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana não somente visa a garantia da cidadania plena dos direitos daqueles que gozam do benefício, como também demonstra a evolução social da satisfação da sociedade em que a medida se insere.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Robson de Oliveira. A progressividade fiscal do IPTU: uma questão republicana. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, [s. l.], v. 94, p. 254-309, 2010.

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 582.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. [S. l.: s. n.], 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jun. 2021.

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 552.

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Art. 3º. [S. l.], 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 29 jun. 2021.

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Art. 16º. [S. l.], 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 29 jun. 2021.

CUNHA, Carlos Renato. Algumas palavras sobre a classificação das espécies tributárias. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, [s. l.], v. 142, p. 71-88, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 29 jun. 2021.

LEI Nº 12.788, DE 7 DE NOVEMBRO DE 2018. Lei Ordinária nº 12.788, de 22 de dezembro de 2001. São isentos do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) e das taxas agregadas (...): **Leis Municipais Londrina**, [S. l.], 2001. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/pr/l/londrina/lei-ordinaria/2018/1279/12788/lei-ordinaria-n-12788-2018-amplia-a-base-dos-criterios-para-concessao-de-beneficio-fiscal-para-isencao-de-iptu-abrangendo-aposentados-viuvras-pessoas-com-deficiencia-dentre-outros>. Acesso em: 29 jun. 2021.

LOPES, Mauro Luís Rocha. **Direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 311.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 409.

MORAES, Maria Antonieta Lynch de; FIGUEIREDO, Raif Daher Hardman de. Isenção do IPTU para portadores de doenças graves. **Revista dos Tribunais**, [s. l.], v. 972, p. 35 - 54, 2016.

PINTO, Edson Antônio Sousa Pontes; SANTOS, Karen Borges dos; FREITAS, Nathália de Oliveira. (In)justiça tributária: uma crítica ao viés regressivo da tributação sobre o consumo. **Revista de Direito Tributário Contemporâneo**, [s. l.], v. 22, p. 65 - 82, 2020.

RESENDE, Henrique Andrade Fontes de. Justiça distributiva fiscal e capacidade contributiva: uma análise da regressividade do sistema tributário brasileiro. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, [s. l.], v. 128, p. 149 - 181, 2016.

RIBEIRO, Rafaela Braga; TEIXEIRA, Alessandra Machado Brandão. **A tributação sobre o consumo e a democracia participativa – Uma análise tardia, mas necessária**. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. São Paulo, 2009, p. 5099.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 1461.

SILVA, Gustavo Pires Maia da. IPTU progressivo. **Migalhas**, [s. l.], 3 set. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/286690/iptu-progressivo>. Acesso em: 27 maio 2021.

SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL. **Lei nº 5.172 nº 148, de 30 de junho de 2021**. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial. [S. l.], 25 out. 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 29 jun. 2021.

SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL. **Lei nº 5.172 nº Lei nº 5.172, de 30 de junho de 2021**. A base do cálculo do imposto é o valor venal do imóvel. Parágrafo único. Na determinação da base de cálculo, não se considera o valor dos bens móveis mantidos, em caráter permanente ou temporário, no imóvel, para efeito de sua utilização, exploração, aformoseamento ou comodidade. [S. l.], 25 out. 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 29 jun. 2021

**AS DIMENSÕES DO RECONHECIMENTO DO ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
POSSIBILIDADES DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS
HUMANOS E NOVAS PERSPECTIVAS DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO**

**THE DIMENSIONS OF THE RECOGNITION OF THE STATE OF
UNCONSTITUTIONAL THINGS BY THE FEDERAL SUPREME COURT:
POSSIBILITIES FROM THE INTER-AMERICAN CONVENTION ON HUMAN
RIGHTS AND NEW PERSPECTIVES OF THE INSTITUTE APPLICATION**

Bernardo Camargo Burlamaqui¹

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo principal o de identificar, ainda que bem brevemente, novas perspectivas relativas ao reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro por parte do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, será analisado o instituto como importado pelo STF à luz de sua origem, na Corte Constitucional Colombiana, avaliando-se, ainda, em que medida a Corte Interamericana de Direitos Humanos poderia adotar entendimento jurisprudencial semelhante ao do juízo brasileiro, a partir da existência de um Estado de Coisas Inconvencional. Assim, e adotando os parâmetros estabelecidos pelo alvedrio judicial, o texto se propõe a averiguar, enfim, se a tese do Estado de Coisas Inconstitucional pode ser aplicada, no contexto brasileiro, a áreas não restritas ao sistema penal, notadamente às do direito sanitário e do direito ambiental. Nesse sentido, frise-se que esta pesquisa se utiliza de bibliografia especializada somente para apontar novos caminhos quanto à utilização do conceito cunhado na Colômbia, não havendo a pretensão de esgotar qualquer um dos temas tratados, persistindo apenas o objetivo de demonstrar que o Estado de Coisas Inconstitucional, no Brasil, não se limita à seara criminal.

Palavras-chave: Estado de Coisas Inconstitucional; Estado de Coisas Inconvencional; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This work has as its main objective to identify, even if briefly, new perspectives related to the recognition, by the Federal Supreme Court, of the State of Unconstitutional Things in the Brazilian prison system. Therefore, the institute will be analysed as its imported by the STF in light of its origin, in the Colombian Constitutional Court, still evaluating to what extent the Inter-American Court on Human Rights could adopt a similar jurisprudential

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ). Pesquisador do Observatório da Justiça Brasileira (OJB-UFRJ).

understanding from the Brazilian judgement, since the existence of a State of Unconventional Things. Thereby, following the established judicial parameters, the paper intends to verify, ultimately, if the State Unconstitutional Things thesis can be considered, in the Brazilian context, to non-restricted to the criminal system areas, especially to health law and environmental law. In this sense, its emphasized that this search utilizes itself from specialized bibliography just to point new ways related to the use of the Colombian concept, with no intentions to exhaust any of the themes, persisting only the objective to demonstrate that the State of Unconstitutional Things, in Brazil, is not limited to the criminal law.

Keywords: State of Unconstitutional Things; State of Unconventional Things; Federal Supreme Court.

1 INTRODUÇÃO

No dia 9 de setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro. O julgamento marcou como entendimento da Suprema Corte o que boa parte da doutrina do direito penal e da criminologia já apontavam com frequência: a situação de desumanidade que caracteriza a vida daqueles que são condenados ao cumprimento de penas privativas de liberdade.

O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, neste caso, não só permite que se exija do Estado que este se abstenha de violar os direitos dos presos, mas também faz com que sobre ele recaia a obrigação de implantar medidas que assegurem que os encarcerados tenham seus direitos fundamentais respeitados.

Esse dever não é consequência apenas da decisão do Supremo, entretanto. O Estado Brasileiro também é obrigado a assegurar que todos os seus cidadãos, sem distinção, tenham seus direitos observados por ter se comprometido perante a Comunidade Internacional, isto é, o julgamento do STF apenas fez declarar o descumprimento de um compromisso que foi assumido por parte do Brasil a nível regional, a saber, o de garantir à sua população o exercício e o gozo dos direitos essenciais à condição de humanidade.

Ocorre, então, que duas são as dimensões do descumprimento desse dever. A primeira, nacional, se dá em virtude de uma escolha política feita em 1988. A segunda, internacional, tem como fonte o pacto acordado entre o Brasil e distintos países com o objetivo de se prover condições mínimas à existência digna dos indivíduos.

É a partir desta compreensão, e levando em conta as diretrizes a se adotar pelo Estado Brasileiro por ter ele acordado com os termos da Convenção Americana de Direitos Humanos, que se questiona se o Estado de Coisas Inconstitucional se faz, da mesma forma, um Estado de Coisas Inconvencional e, sendo esta nova modalidade reconhecida, se a Corte Interamericana de Direitos Humanos pode determinar que o Brasil adote medidas a fim de reverter este quadro.

E, diante desse fundo, busca-se demonstrar se a utilização do instituto pode servir a outras áreas materiais do direito que não unicamente às ciências criminais. O intuito é, nesse sentido, traçar breve panorama sobre a possibilidade de, em sentido prospectivo, aplicar o conceito colombiano às circunstâncias brasileiras nos campos da saúde e do meio ambiente. Não se tem como objetivo limitar a teoria a estas áreas, nem tratar delas com profundidade a ponto de isolá-las. O que se pretende é apenas apresentar que nesses dois campos também se justifica a declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional.

Para tanto, de início, será trabalhado o conceito do instituto como desenvolvido e efetivamente categorizado pela Corte Constitucional da Colômbia, bem como os requisitos a serem cumpridos para que seja possível o seu reconhecimento, e como foi essa ideia aplicada, por importação, pelo Supremo Tribunal Federal ao cenário brasileiro, no bojo da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) nº 347.

Depois, atenção será dada ao conceito de Estado de Coisas Inconvencional, de modo que se observe, ainda que brevemente, o histórico de casos brasileiros ligados ao sistema prisional que foram levados à Corte Interamericana de Direitos Humanos. O que se busca, quanto a este ponto, é averiguar se a Corte Regional poderia tomar medidas judiciais em relação às circunstâncias fáticas do sistema prisional brasileiro, levando-se em consideração, também, a decisão do STF.

Por fim, serão apresentadas perspectivas de aplicação do conceito de Estado de Coisas Inconstitucional –e Inconvencional- a outras áreas que não se limitam aos estudos do direito penal, ultrapassando o espaço do sistema carcerário, que contextualizou a discussão que teve lugar na Suprema Corte Brasileira, notadamente ao direito à saúde e ao direito ambiental². Não se almeja exaurir ambos os temas, persistindo somente a apresentação de um breve diagnóstico sobre essas áreas, de modo que se conclua sobre a possibilidade de se reconhecer o instituto quanto a tais campos.

² O Estado de Coisas Inconstitucional, enquanto instituto a se reconhecer, pode ter como objeto principal o de discussão litígios estruturais de diversas áreas além da que neste texto se aborda. José Ribas Vieira e Rafael Bezerra (p. 135) destacam o rol dos direitos econômicos, sociais e culturais, permitindo que a discussão adentre, por exemplo, o campo do direito habitacional e do direito previdenciário. Vale destacar, nesse sentido, que um dos processos da Corte Colombiana recaía sobre matéria de direito à educação (COLÔMBIA, 2013).

2 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

A ideia de que se vive, em algumas áreas, em um Estado de Coisas Inconstitucional ganhou visibilidade mundial com a atuação da Corte Constitucional Colombiana, que reconheceu, em especial no âmbito de dois processos³, estar diante de situações excepcionais de violação coletiva de direitos fundamentais, casos em que não se observaria uma tutela estatal adequada se esta fosse direcionada à resolução individual de demandas, por se tratar de problema estrutural, havendo a necessidade, por consequência lógica, de uma solução estruturante (RODRÍGUEZ GARAVITO; KAUFFMAN, 2014).

A Suprema Corte em questão, apreciando o deslocamento forçado de pessoas em território colombiano e as condições existentes nas penitenciárias do país (FERREIRA; ARAÚJO, 2016, p. 70), acabou por estabelecer como requisitos necessários ao reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional (i) a existência de grave e massiva violação dos direitos fundamentais; (ii) a verificação de uma omissão persistente do Estado em resolver essa violação; e (iii) a necessidade de haver um litígio estrutural que demande por soluções interinstitucionais para os problemas observados (FERREIRA; ARAÚJO, 2016, p. 69).

Esses requisitos, postos como condições necessárias à realidade fática para que seja reconhecido o Estado de Coisas Inconstitucional, são desenvolvidos e primitivamente ramificados pela Corte Colombiana no âmbito de processo previdenciário, que envolvia professores de distintos municípios.

Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (ii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la

³ Ambas as demandas podem ser encontradas no sítio eletrônico da Corte Constitucional Colombiana. Veja-se, nesse sentido: COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. **Sentencia T-025/04**. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, Colômbia, 22 de janeiro de 2004. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 30 nov. 2019 e COLÔMBIA Corte Constitucional Colombiana. **Sentencia T-153/13**. Magistrado Ponente: Dr. Alexei Julio Estrada. Bogotá, Colômbia, 20 de março de 2013. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-153-13.htm>>. Acesso em: 30 nov. 2019.

vulneración de los derechos. (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial. (COLÔMBIA, 1997).

Assim, ficou delineado o conceito de Estado de Coisas Inconstitucional como aquele em que as condições fáticas indicam a persistência de violações de direitos fundamentais em massa, a omissão estatal para a resolução destas violações em larga escala e a imprescindibilidade de uma mobilização entre diferentes instituições resultante do caráter estrutural de tais violações. Este substrato teórico, portanto, acabou por chamar a atenção de grande parcela dos criminalistas, uma vez que muitos deles já teciam intensos debates e faziam importantes denúncias relativas à violação de direitos humanos e fundamentais que ocorriam –e ainda ocorrem- diariamente, e em ampla escala, nos presídios brasileiros⁴.

Para que a *inconstitucionalidade das coisas* fosse reconhecida, ensejando a tomada de providências institucionais pelo Poder Público, no entanto, as graves violações deveriam também ser constatadas por algum órgão jurisdicional. E foi nesse sentido, e com essa intenção, que o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL ajuizou a arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347, com o objetivo principal de que fosse reconhecido, pelo Supremo Tribunal Federal, o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional brasileiro, bem como que se determinasse a adoção de medidas que visassem ao saneamento de lesões a preceitos fundamentais da Constituição de alta gravidade, em virtude da conduta comissiva e omissiva dos Poderes Públicos de todos os entes da República Federativa do Brasil (BRASIL, 2015).

O fato é que se argumentava, judicialmente, que as situações vividas no sistema carcerário brasileiro estariam em completo desacordo com o que é disposto pela Constituição de 1988, já que indivíduos apenados não veem assegurados seus direitos fundamentais, o que permitiria que se reconhecesse que o sistema prisional brasileiro se caracteriza como um verdadeiro Estado de Coisas Inconstitucional.

Constatou-se, na ocasião, então, a indignidade, a letalidade, a insalubridade e a desumanidade a que são cotidianamente submetidos os sujeitos apenados, o que fez com que dois dos pedidos em sede cautelar fossem deferidos (BRASIL, 2015, p. 79-72). Isto porque restaram evidentes, de acordo com os Ministros, a ocorrência das violações em massa, a pusilanimidade estatal para

⁴ Confira-se, a título de exemplo, os debates constantes em CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à execução penal**: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

corrigir muitas dessas violações e a premência de uma atuação interinstitucional para tal, cumprindo-se os requisitos estabelecidos em solo colombiano para a declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional.

O Supremo Tribunal Federal, assim, decidiu pelo reconhecimento do instituto quanto ao sistema penitenciário brasileiro, tendo sido determinado que (i) passasse a se realizar audiências de custódia, de modo que o preso fosse imediatamente apresentado ao juiz; e que (ii) ficasse o Poder Executivo impossibilitado de contingenciar as verbas do fundo penitenciário (BRASIL, 2015, p. 4-5).

A conjuntura do sistema prisional brasileiro demonstra o descaso anos a fio com a efetividade das normas alhures enumeradas que, se observadas, teriam o condão de afastar o quadro caótico que assola os diversos estabelecimentos prisionais país afora. A questão, então, não é de eficácia normativa da legislação nacional, mas sim de efetividade. É imperativo que se reconheça a ineficiência do Estado em garantir a dignidade dos presos para que efetivamente se proteja a dignidade dos presos.

Tal ineficiência legitima a concessão da cautelar. O papel do Judiciário, ao concedê-la, presentes seus requisitos – *fumus boni iuris* e *periculum in mora* – nas hipóteses alhures discorridas, possui antes de tudo um caráter simbólico, pedagógico e de reconhecimento da inadequada proteção dos direitos fundamentais. Destarte, a decisão a ser tomada, neste momento processual, deve reafirmar o compromisso do Brasil com a tutela de tais direitos e servir como mote de ampliação das medidas protetivas e de cessação da situação violadora.

Creio que, dessa forma, o Supremo Tribunal Federal está, em cognição sumária, reconhecendo a impossibilidade de que se mantenha o atual estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário; reconhecendo a importância da proteção internacional dos direitos humanos; dando indicações ao Poder competente para que tome medidas, desde logo, aptas a dar início a um processo de mudança da atual situação de violação massiva de direitos fundamentais dos encarcerados e deixando para analisar mais detidamente o caso e os demais pedidos requeridos quando da devida análise do mérito. (BRASIL, 2015, p. 65)

Ocorre que, anos após a decisão, as condições do sistema prisional não apresentaram melhoras. Muito pelo contrário, patentes são os casos de violação aos direitos humanos que ocorrem cotidianamente nos presídios brasileiros⁵. Deste modo, e avaliando a alta recorrência e a

⁵ Isto ocorre, em boa parte, por conta da atuação do STF enquanto tribunal guardião da Constituição, limitando-o a interpretar o documento, restringindo postura mais ativa relativamente à implementação de políticas públicas, o que lhe diferencia muito da Corte Constitucional Colombiana, que adotou, quanto ao Estado de Coisas

extrema gravidade das violações aos direitos de quem cumpre penas privativas de liberdade, além de um Estado de Coisas Inconstitucional, passou-se a cogitar, pelos compromissos assumidos pelo Brasil perante a Comunidade Internacional, o reconhecimento de um Estado de Coisas Inconvencional, conceito trazido à luz por Siddharta Legale Ferreira e David Pereira de Araújo (2016).

3 O ESTADO DE COISAS INCONVENCIONAL

Se três foram os requisitos para que se reconhecesse o Estado de Coisas Inconstitucional, como visto, estes mesmos três requisitos devem ser utilizados para o reconhecimento de um Estado de Coisas Inconvencional, no que se refere ao sistema carcerário brasileiro.

A superlotação de presídios, a falta de higiene e salubridade a que os apenados estão expostos e a violação do direito à privacidade que se dá aos familiares dos presidiários quando são revistados em visita são apenas alguns fatores que sugerem a massiva violação dos direitos fundamentais, o primeiro dos itens a se observar para a constatação da *inconvencionalidade dos fatos*.

Não se ignora, ainda, que se tem como inúmeras as demandas que envolvem o sistema penitenciário ora analisado, muitas delas sendo dotadas de alta complexidade (FERREIRA; ARAÚJO, 2016, p. 71), o que já evidencia, por si só, uma possível necessidade de relação interinstitucional para a resolução dos problemas que se apresentam, demonstrando-se evidente o cumprimento de outra das condições fáticas estabelecidas como parâmetro pelas cortes colombiana e brasileira.

Como se isto não bastasse como indício da existência de um Estado de Coisas Inconvencional, o diálogo entre as instituições se faz ainda mais necessário quando se observa outro dos requisitos impostos pela doutrina e pela jurisprudência à declaração do Estado de Coisas Inconstitucional: o da omissão estatal. Sustenta-se que o Estado Brasileiro se mantém inerte diante das intensas violações aos direitos humanos que se dão em presídios e casas de detenção de todo o país.

O Poder Executivo se mantém omissivo, por não elaborar ou implantar políticas públicas a nível nacional voltadas para a população encarcerada. O Poder Legislativo, por sua vez, não tem, em sua produção legislativa, projetos que busquem a garantia de direitos dos indivíduos privados de liberdade. E se a lei já impõe que sejam alguns direitos respeitados, é o Poder Judiciário que se faz ausente, diante do descumprimento diário das poucas normas de proteção existentes (FERREIRA;

Inconstitucional, postura atuante de monitoramento e revisão dos efeitos de sua decisão. Cf. VIEIRA, José Ribas; BEZERRA, Rafael. Estado de Coisas Fora do Lugar: uma análise comparada entre a *sentencia T-025* e a ADPF 347/DF-MC. **Revista Direito e Justiça**, ano XVI, n. 27, p. 144-145.

ARAÚJO, 2016, p. 71), a despeito da orientação adotada pelo STF no julgamento da ADPF nº 347, demonstrando-se a presença da última exigência determinada pela jurisprudência sobre o tema.

Assim, estando cumpridos os requisitos da grave e massiva violação dos direitos fundamentais, da omissão persistente do Estado em resolver tal violação e da necessidade de soluções interinstitucionais para os problemas observados, de cunho estrutural, o que se pode dizer é que a República Federativa do Brasil descumpra não apenas sua ordem constitucional, mas também a ordem internacional a que está submetida, em especial se a avaliação do sistema penal brasileiro se dá á luz da Convenção Americana de Direitos Humanos, diploma que impõe obrigações ao país diante de outras nações.

O conceito do “Estado de Coisas inconvenicional” parte, portanto, de duas linhas de argumentação. Em primeiro lugar, realiza-se um paralelismo com o Estado de Coisas Inconstitucional desenvolvido anteriormente, transpondo por analogias a questão para o plano internacional: violação massiva aos direitos humanos, omissão persistente do Estado em cumprir a Convenção Americana de Direitos Humanos e um litígio estrutural entre das entidades do Estado no plano horizontal da separação dos poderes, e vertical dos entres da federação.

Em segundo lugar, observa-se a jurisprudência contenciosa da Corte IDH, envolvendo presídios e estabelecimentos carcerários em sentido amplo. Significa que incluímos também casos envolvendo internação de menores de idade nas unidades socioeducativas e de indivíduos em geral em casas de repouso por possuírem deficiência mental. Perceba-se que, em termos qualitativos, as violações envolveram direitos humanos variados, como vida, integridade física, integridade moral, saúde, etc. de grupos vulneráveis ou em situação de vulnerabilidade: os presos, as crianças e os deficientes mentais. (FERREIRA; ARAÚJO, 2016, p. 72).

Nesse sentido, muitos são os casos envolvendo a execução de penas e medidas em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Brasil. No primeiro deles, o Caso Damião Ximenes Lopes, que tratava de violações aos direitos humanos de pessoa que cumpria medida de segurança, a Corte observou restarem violados os direitos à vida, à integridade física e moral e o direito a garantias judiciais e à proteção judicial (FERREIRA; ARAÚJO, 2016, p. 77).

A superlotação dos presídios também foi tema enfrentado pela CorteIDH no Caso do Complexo Penitenciário de Araguaia, tendo o Tribunal determinado que o Estado Brasileiro garantisse condições dignas de detenção (FERREIRA; ARAÚJO, 2016, p. 74), o que foi retomado no julgamento do Caso do Complexo Penitenciário de Pedrinhas, local em que as rebeliões e motins eram

facilitados em virtude da superlotação, estando os direitos à vida e à integridade física dos presos violados (FERREIRA; ARAÚJO, 2016, p. 75).

As “deficiências das condições de segurança e o controle interno” (FERREIRA; ARAÚJO, p. 75) também pautaram o julgamento dos casos que envolviam o Complexo da Penitenciária de Curado e a Unidade de Internação Socioeducativa, esta destinada a crianças e adolescentes (FERREIRA; ARAÚJO, 2016 p. 75-76). A falta de controle por parte do Estado é que estaria permitindo a violação de direitos humanos em ambos os casos.

O risco e a vulnerabilidade dos cumpridores de penas e medidas foram ainda tema do Caso do Complexo de Taubaté, cuja decisão da Corte buscou evitar danos irreparáveis ao direito à vida e à integridade física dos adolescentes e crianças privados de liberdade (FERREIRA; ARAÚJO, 2016 p. 76).

É a partir desse contexto, em que se observa o preenchimento dos requisitos necessários, unido às diversas condenações do Estado Brasileiro pela violação de direitos humanos no âmbito da execução de penas e medidas, que se compreende a necessidade de se declarar um Estado de Coisas Inconvencional por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos, para que esta possa determinar que medidas sejam tomadas a fim de reverter os quadros que caracterizam, hoje, o sistema carcerário do Brasil, já que além de não estar em conformidade com as diretrizes constitucionais, a realidade das penitenciárias brasileiras também ignora os compromissos assumidos a nível internacional.

4 NOVAS PERSPECTIVAS DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: O INSTITUTO APLICADO A VARIADOS CAMPOS DO DIREITO

O que se tem como certo, seguindo-se os parâmetros estipulados pelo Poder Judiciário (no Brasil, representado pelo Supremo Tribunal Federal, e na Colômbia, pela Corte Constitucional Colombiana), e endossados pela doutrina, é que, para que se reconheça uma situação de Estado de Coisas Inconstitucional, deve haver, cumulativamente, um cenário de relevantes violações aos direitos fundamentais de alta gravidade e em considerável quantidade, uma postura estatal reiteradamente omissa perante tais violações e a inevitabilidade de medidas estruturais que exijam a articulação entre diferentes órgãos para que essas mesmas violações cessem.

Assim, é mais do que premente a percepção de que, no caso brasileiro, o Estado de Coisas Inconstitucional não se restringe ao âmbito penal. Apesar de o STF ter reconhecido o instituto

em ação objetiva que se debruçava sobre o sistema carcerário, muito já tem sido trabalhado sobre visões apartadas à questão criminal, em termos de *inconstitucionalidade das coisas*, fazendo-se compreender que o Estado de Coisas Constitucional Penal não é o único presente na realidade do Brasil.

É seguindo tal raciocínio que se busca, nas páginas seguintes, traçar uma espécie de prognóstico relacionado a dois campos do direito, que não o criminal, de modo a indicar que tais debates existem, sem, entretanto, visar a uma abordagem de maneira mais densa relativamente a essas discussões, principalmente porque seu aprofundamento exigiria sua investigação autônoma.

4.1 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL SANITÁRIO

Os direitos sociais⁶ consagrados pelo pacto constitucional de 1988 fizeram com que o Estado Brasileiro se comprometesse a assegurar sua prestação a seus cidadãos. Não é de se espantar, seguindo este raciocínio, que todos os indivíduos do país possuem direito à saúde pública e de qualidade, constituindo-se como dever estatal a criação de uma política de saúde que garanta o cumprimento de tal direito.

Ocorre que a realidade dos fatos indica que, apesar de o direito à saúde estar positivado na Constituição da República, ele não tem sido cumprido de modo sistemático e em volume significativo, sendo patente a “inefetividade do direito à saúde no Brasil”, principalmente se analisado o “quadro histórico de descumprimento e fragilização das garantias procedimentais que o amparam” (PINTO, 2017, p. 3), indicando que o sistema de saúde também parece ser caracterizado pela *inconstitucionalidade das coisas*, diante da recorrente maculação desse direito constitucional e internacionalmente garantido, fato que é, inclusive, corriqueiramente conhecido (LIMA, 2018, p. 112).

Ora, se o direito à saúde é, em si mesmo, um direito fundamental, categorizando-se, ainda, como dever do Estado, por vontade do constituinte, a simples inefetividade dos entes já é o bastante para compreender que uma grande quantidade de cidadãos não vê o direito em questão ser

⁶ Os direitos sociais, reconhecidos desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas como direitos humanos, cabem a todos os indivíduos sem distinção e em igual medida. Resultado de debates teóricos e filosóficos sobre a dignidade humana, boa parte desses direitos foi incorporada pelos países com nuances diferentes, uma vez que um de seus pressupostos fundamentais é a atuação estatal para seu devido cumprimento. No Brasil, eles foram positivados na Constituição da República de 1988, enfatizando seu caráter prestacional pelos deveres impostos ao Estado. Cf. TELLES, Vera da Silva. Direitos sociais: afinal do que se trata? **Revista USP São Paulo**, v. 37, 1998, p. 34-45.

cumprido. E isto se reitera quando se observa “a complexidade e o caráter estrutural do problema” (PINTO, 2017, p.4).

Demonstrando-se presente esta condição, a saber, a da existência de graves e massivas violações a direitos fundamentais, deve-se se debruçar sobre a omissão estatal, o segundo dos requisitos estabelecidos para a possibilidade de se reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional.

Nesse sentido, lança-se olhares sobre o Sistema Único de Saúde (SUS), política sanitária brasileira fundada nos princípios e diretrizes constitucionais da universalidade, da integralidade, da descentralização e da participação da comunidade, que estabelece bases proporcionais diante do volume das receitas do governo para o custeio fixo do direito à saúde, no que se refere ao financiamento de ações e serviços (PINTO, 2017, p. 3).

A omissão estatal se faz, neste cenário, sobretudo quando se observa “um paulatino processo de degradação, em prol de uma pretensa focalização da política pública nos mais pobres, com o deliberado fomento ao mercado da saúde suplementar” (PINTO, 2017, p. 4).

Junto a isso, o que mais se percebe, quanto à política de saúde brasileira, é “a falta de correspondência entre previsão legal e realidade fática [que] corrobora para o questionamento acerca da ideia de aplicabilidade e de eficácia dos direitos fundamentais” (LIMA, 2018, p. 115), o que se deve, em grande medida, a uma letargia estatal, de modo que não se faz notar a adoção de medidas que visem à harmonização entre os padrões normativos e a realidade dos fatos.

Assim, diante das presentes violações, e dada a evidente omissão do Estado quanto à sua correção, para que se reconheça o Estado de Coisas Inconstitucional no âmbito do direito à saúde, deve-se avaliar se a solução às citadas violações possuem um caráter estrutural, demandando diálogo entre diferentes instituições.

É nesta discussão que o Poder Judiciário ganha protagonismo, uma vez que é no recurso às instâncias judiciais que os brasileiros buscam ter cumprido seu direito à saúde, principalmente porque, na qualidade de usuários do SUS, dada a ineficiência por omissão do Poder Público, a via judicial se torna uma alternativa para a garantia do acesso a suas demandas de saúde, elevando consideravelmente os casos de litígios individuais (LIMA, 2018, p. 112).

Julgando a condução da pandemia da Covid-19, no âmbito da ADPF nº 822 o próprio Supremo Tribunal Federal chegou a verificar a sistemática da violação do direito à saúde, indicando este mesmo entendimento.

A atuação de um único órgão ou Poder não servirá para resolver o cenário. A eliminação ou a redução dos problemas dependem da coordenação, pela União, de medidas de diferentes naturezas e oriundas dos Poderes Públicos de todos os entes da Federação: intervenções legislativas, executivas, orçamentárias e interpretativas. A solução requer ações orquestradas, a passagem do concerto (com C) institucional para o conserto (com S) do quadro.

A conclusão é única: ocorre violação generalizada de direitos fundamentais em relação à dignidade, à vida, à saúde, à integridade física e psíquica dos cidadãos brasileiros, considerada a condução da saúde pública durante a pandemia covid-19. Há falência estrutural. (BRASIL, 2021, p.2)

O caráter estrutural da problemática exige, dessa maneira, que o controle da ineficácia do Estado faça uma transição, da microjustiça para a macrojustiça (PINTO, 2017, p. 5-6), isto é, a ineficácia estatal não deve ser resolvida pela “trajetória das demandas individuais que chegam ao Poder Judiciário em quantidade e volume de repercussão orçamentária significativos” (PINTO, 2017, p. 5), demonstrando-se como urgente uma mobilização de distintos órgãos para a resolução do mesmo problema.

Não só isso, o Poder Judiciário deve se constituir como espaço de “diálogo entre diversos atores sociais para o enfrentamento do problema da saúde pública do Brasil” (LIMA, 2018, p. 128), para que os órgãos envolvidos na questão da saúde pública brasileira, que vão desde o SUS até o Ministério Público Federal - MPF, passando pelos Tribunais de Contas (PINTO, 2017, p. 8-9) possam se mobilizar, de modo a fazer com que haja uma verdadeira articulação entre diferentes instituições, com a finalidade de que seja devidamente cumprido o direito à saúde, evidenciando, mais uma vez, a necessidade de uma atuação conjunta entre diferentes agentes estatais.

Restando-se cumpridos os três requisitos necessários à declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional, assim, o que se observa é que, no que se refere ao direito à saúde e à política sanitária brasileira, o reconhecimento do instituto se faz quase que imediato, para que não só se permita, mas também se incentive a atuação organizada de diálogo entre órgãos e mecanismos institucionais para que sejam encerradas tantas violações ao direito à saúde no país.

4.2 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL AMBIENTAL

Da mesma forma, para que se mencione um Estado de Coisas Inconstitucional no campo ambiental, devem ser preenchidos os requisitos para o reconhecimento de tal situação, o que

não se mostra muito difícil sob o prisma da existência de massivas violações dos direitos fundamentais (neste caso, ambientais) de alta gravidade. Isto se dá especialmente pelo evidente “descumprimento do comando constitucional ante a ausência das políticas dirigidas ao meio ambiente” (CAÚLA; RODRIGUES, 2018, p. 138).

A inefetividade geral do Estado em assegurar o direito a um meio ambiente equilibrado aos cidadãos brasileiros aparece como maior elemento que endossa a tese de haver um Estado de Coisas Inconstitucional ambiental.

A investigação do tema surge a partir da (in)efetividade das normas constitucionais ambientais. Instrumentos preventivos de gestão ambiental pública – como licenciamento ambiental, Agenda 21 Local, Sistema Integrado de Gestão Ambiental – quando negligenciados pela Administração Pública, configura violação do comando constitucional (art. 225). Problemas relacionados ao saneamento básico, recursos hídricos, resíduos sólidos, poluição, matriz energética, mobilidade urbana motivam a rediscussão da harmonização e independência dos Poderes da República, de modo a blindar a segurança jurídica da Constituição, em especial a efetividade dos direitos fundamentais. (CAÚLA; RODRIGUES, 2018, p. 145-146)

Ainda, ressalta-se que as graves e massivas violações aos direitos fundamentais que envolvem a seara ambiental se mostram de diversas formas diferentes. Isto porque não se deve considerar apenas a ineficácia estatal em se tratando do meio ambiente puramente natural, considerando-se que, quando a Constituição se refere ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ela também inclui o aspecto artificial do ambiente, permitindo que se faça este tipo de análise englobando as diversas violações que se fazem notar no que tange ao direito urbanístico, por exemplo (BORGES; ZIESEMER, 20178, p. 152).

Observada, assim, a intensa e maciça violação do direito ao meio ambiente equilibrado, é adequada a conclusão da presença do primeiro requisito à declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional ambiental, tendo-se que lançar olhos sobre a postura estatal diante das violações constatadas. E, mais uma vez, a omissão persistente se faz aparente.

Primordialmente, pode ser a omissão percebida pela própria falta de cumprimento dos direitos ambientais, uma vez que é função do Estado garantir que eles sejam devidamente efetivados na realidade fática de cada cidadão. E tal omissão estatal está diretamente ligada às violações, neste caso, principalmente porque, com semelhanças ao direito à saúde, também é dever estatal, de acordo com a Constituição, a criação, a implementação e a manutenção de uma Política Ambiental, o que, de certo modo, não tem se realizado.

Se é comando constitucional que o Estado Brasileiro deve agir para promover a proteção e a defesa de um meio ambiente sadio e equilibrado, devendo “prevenir e controlar as violações generalizadas e estruturais” (CAÚLA; RODRIGUES, 2018, p. 145) a este direito, sua inércia diante da inefetividade em garanti-lo já se constitui, por si só, como uma postura omissiva por parte do Poder Público.

Assim, ultrapassadas –e verificadas- as duas primeiras condições ao reconhecimento de um Estado de Coisas Inconstitucional, deve-se atentar à terceira, que se liga à necessidade de medidas estruturais para dirimir litígios que apenas se findariam diante de uma mobilização entre distintas instituições. Em outras palavras, para que se possa declarar o Estado de Coisas Inconstitucional na seara ambiental, deve se fazer presente a demanda por uma ação articulada que se volte sobre diferentes aspectos da política de meio ambiente. E quanto a este requisito, o caso brasileiro, infelizmente, mostra-se promissor⁷.

E foi partindo destas mesmas premissas que diversos partidos políticos propuseram, no STF, ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), para que seja reconhecida a “omissão governamental em relação ao Fundo Clima e a outras questões ambientais” (BRASIL, 2020, p. 1-2). Argumenta-se, neste caso, que além de direito fundamental, o direito ao meio ambiente equilibrado se constitui como um pressuposto ao gozo de outros direitos, como o direito à saúde e à vida.

O relator da ação, Ministro Luís Roberto Barroso, ao convocar audiência pública diante da relevância da matéria, afirma que “o quadro descrito na petição inicial, se confirmado, revela a existência de um estado de coisas inconstitucional em matéria ambiental, a exigir providências de natureza estrutural.” (BRASIL, 2020, p. 2). Assim, o que o próprio Magistrado deixa manifesto é que, diante das alegações feitas pelos referidos partidos políticos, na peça vestibular da ação, existe a possibilidade de se reconhecer um Estado de Coisas Inconstitucional ambiental, questão que não envolveria apenas o direito ambiental, uma vez que esse direito acaba por gerar reflexos em outros direitos fundamentais constitucionalmente tutelados (BRASIL, 2020, p. 9).

O que se vê, portanto, é que o Estado de Coisas Inconstitucional em matéria ambiental também possui a possibilidade de ser reconhecido, estando inclusive em posição de sê-lo, já que seus requisitos podem ser analisados e constatados brevemente pelo Supremo Tribunal Federal, em julgamento de processo que já se encontra em tramitação.

⁷ Os debates sobre a possível declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional ambiental têm ganhado bastante destaque entre os estudiosos do direito ambiental. Isto ocorre porque, neste campo, observa-se variadas ações e omissões estatais diante de numerosas políticas de grande relevância voltadas ao meio ambiente. Nesse sentido, apenas como exemplo da ramificação das discussões, confira-se ALVES, Henrique Rosmaninho. O estado de coisas inconstitucional face ao reiterado rompimento de barragens no Brasil. **Vertentes do Direito**, v. 6, n. 2, 2019, p. 131-157.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema penitenciário nacional existe em completo descompasso com as diretrizes da Carta Constitucional de 1988, que determinou que a dignidade da pessoa humana se configura como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Por isso, em 2015, instado a se manifestar sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro.

Esse reconhecimento, por sua vez, exigiu que se atentasse a três condições necessárias, importadas da jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana, ligadas (i) à intensa violação de direitos fundamentais consagrados pela Constituição; (ii) à omissão estatal diante de tal violação; e (iii) à existência de adequada solução relacionada à articulação de diferentes canais institucionais, o que fez com que o instituto fosse transplantado, pelo STF, da Colômbia para o Brasil.

A declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional em matéria penal faz com que se mantenha assentado o entendimento de que, no Brasil, relativamente à questão carcerária, tem-se uma violação maciça de direitos humanos, de que o Estado se mantém omissivo diante dessas violações e de que se mostra urgente a adoção de medidas de caráter interinstitucional e estruturante para que o quadro seja revertido. O marco impõe que medidas sejam tomadas, então, para que esse quadro possa se reverter.

O que se observa, porém, é que não possui somente uma dimensão nacional a decisão do Supremo, sobretudo por ela, na prática, não ter modificado substancialmente o cenário de constante desrespeito aos direitos dos indivíduos privados de liberdade. Também ela possui dimensões internacionais, não de caráter cogente –daí porque não se fala em efeitos, e sim em dimensões–, mas de caráter compromissório. O fato é que se a Constituição é uma Carta Política, elaborada para unir um país em compromissos comuns, o mesmo ocorre com Tratados Internacionais, como é o caso da Convenção Americana de Direitos Humanos, devendo os países que a ele se submetem, seguir as diretrizes que por ele são impostas.

A decisão do STF deixa evidente a violação de direitos fundamentais que também são assegurados pela Convenção, a exemplo do direito à vida e do direito à integridade física. Por isso, deve-se observar a já grande quantidade de casos que foram levados à Corte Interamericana de Direitos Humanos que se relacionam diretamente à questão carcerária no Brasil, não sendo imprudente a afirmação de que esse Tribunal Internacional deveria reconhecer o Estado de Coisas Inconvencional no tocante ao sistema prisional brasileiro. Este seria apenas um primeiro passo, mas um dos mais importantes, para que a República Brasileira tivesse reafirmada a sua obrigação de garantir os direitos

básicos de todos os seus cidadãos, inclusive os que cumprem penas e medidas, para que todos possam ter uma existência digna, presos ou soltos.

Em outras áreas, ainda não tratadas pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento próprio, também merece que se discuta com mais empenho a ocorrência de copiosas violações de direitos fundamentais. Este é o caso do direito à saúde e do direito ao meio ambiente equilibrado. Se é dever do Estado Brasileiro garantir que tais direitos sejam realizados, sua simples ineficácia, em termos normativos e fáticos, já enseja que se reconheça um Estado de Coisas Inconstitucional.

É fato notório o caos em que se encontram as políticas públicas sanitárias e ambientais no país, devendo, assim, constatar-se a existência de todos os requisitos necessários à declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, tanto no cenário da saúde como no cenário do meio ambiente, para que, posteriormente, sejam reconhecidos pela mais alta Corte do Poder Judiciário brasileiro, os Estados de Coisas Inconstitucionais sanitário e ambiental. Parece ser esse o caminho natural, sobretudo se considerados os pronunciamentos já emitidos pela Corte, por meio de seus Ministros, ainda que em caráter incidental.

REFERÊNCIAS

ALVES, Henrique Rosmaninho. O estado de coisas inconstitucional face ao reiterado rompimento de barragens no Brasil. **Vertentes do Direito**, v. 6, n. 2, 2019, p. 131-157.

BORGES, Luiz Fernando Rossetti; ZIESEMER, Henrique da Rosa. O estado de coisas inconstitucional e as áreas urbanas consolidadas: entre a descaracterização do meio ambiente e a restauração. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 33, 2018, p. 151-169.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão n. 60**. Relator: Roberto Barroso. Brasília, DF, 28 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5930776>>. Acesso em: 8 ago. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 347**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 347**. Petição Inicial, de 26 de maio de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-intervenha-sistema-carcerario.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 822**. Voto do Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 25 de junho de 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/6/462C9A5171F20B_5364115.pdf>. Acesso em: 02 set. 2021.

CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à execução penal**: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CAÚLA, Bleine Queiroz; RODRIGUES, Francisco Lisboa. O estado de coisas inconstitucional ambiental. **Revista de Direito Público Contemporâneo**, a. 2, v. 1, n. 2, 2018, p. 136-151.

COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. **Sentencia T-025/04**. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, Colômbia, 22 de janeiro de 2004. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 7 ago. 2020.

_____. Corte Constitucional Colombiana. **Sentencia T-153/13**. Magistrado Ponente: Dr. Alexei Julio Estrada. Bogotá, Colômbia, 20 de março de 2013. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-153-13.htm>>. Acesso em: 7 ago. 2020.

_____. Corte Constitucional Colombiana. **Sentencia SU.559/97**. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, Colômbia, 1997. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em: 7 ago. 2020.

FERREIRA, Siddharta Legale; ARAÚJO, David Pereira de. O Estado de Coisas Inconvencional: trazendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos para o debate sobre o sistema prisional brasileiro. **Revista Publicum**, v. 2, n. 2, 2016, p. 67-82.

LIMA, Rodrigo de Luna. O estado de coisas inconstitucional na saúde e o necessário diálogo institucional entre as funções estatais. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, 2018, p. 111-132.

PINTO, Élide Graziane. Estado de coisas inconstitucional na política pública de saúde brasileira. In: **Futuros do Brasil: ideias para ação**. Centro de Estudos Estratégicos da Fiocruz, 2017, p. 1-11.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César e KAUFFMAN, Celeste. **Making Social Rights Real: implementation strategies for courts, decision makers and civil society.** Bogotá: Centro de estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia, 2014.

TELLES, Vera da Silva. Direitos sociais: afinal do que se trata? **Revista USP São Paulo**, v. 37, 1998, p. 34-45.

VIEIRA, José Ribas; BEZERRA, Rafael. Estado de Coisas Fora do Lugar: uma análise comparada entre a *sentencia T-025* e a ADFP 347/DF-MC. **Revista Direito e Justiça**, ano XVI, n. 27, p. 133-154.

PARA ALÉM DO CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: NECESSÁRIO DIÁLOGO INSTITUCIONAL COMO FORMA DE LEGITIMAÇÃO DA ATUAÇÃO DISCRICIONÁRIA DO ADMINISTRADOR PÚBLICO

BEYOND THE JUDICIAL CONTROL OF ADMINISTRATIVE DISCRETION: INSTITUTIONAL DIALOGUE NECESSARY AS A WAY OF LEGITIMIZING THE DISCRETIONARY PERFORMANCE OF THE PUBLIC ADMINISTRATOR

Rafael Diogo Diógenes Lemos.¹

RESUMO

Neste trabalho, será estudada a discricionariedade administrativa enquanto mecanismo de promoção dos diálogos institucionais entre os poderes estatais. Buscar-se-á superar a dicotomia discricionário/vinculado, que preocupava-se com um maior ou menor controle dos atos, a depender do espaço de abertura à atuação administrativa, para inseri-la como instrumento de diálogo e harmonia entre o Poder Judiciário, Poder Legislativo e Poder Executivo. Esta atuação dialogada tem como mote aumentar a legitimidade, segurança jurídica e eficiência estatal. Serão estudados, também, instrumentos jurídicos já positivados que permitem este diálogo e quais os óbices para a realização no direito brasileiro.

ABSTRACT

In this work, administrative discretion as a mechanism for promoting institutional dialogues between state powers will be studied. We will seek to overcome the discretionary / linked dichotomy, which was concerned with greater or lesser control over acts, depending on the space of openness to administrative action, to insert it as an instrument of dialogue and harmony between the Judiciary, Legislative and Executive Power. This dialogue is aimed at increasing legitimacy, legal certainty and state efficiency. Legal instruments already in place that will allow this dialogue and what are the obstacles to realization in Brazilian law will also be studied.

¹ Bacharel em Direito (UNIFOR), Mestre em Direito (UFRN) e Doutorando em Direito (UNIFOR). Professor do Centro Universitário Estácio de Sá/CE. Membro do Núcleo de Pesquisa em Interpretação e Decisão Judicial (NUPID). Rafael.diogo@gmail.com

PALAVRAS-CHAVE

Discricionariedade administrativa; diálogos institucionais; segurança jurídica; legitimidade; eficiência.

KEYWORDS

Administrative discretion; institutional dialogues; legal certainty; legitimacy; efficiency.

1. INTRODUÇÃO

A discricionariedade administrativa é tema há muito estudado, em especial na tentativa de desenhos os seus limites, de modo a aumentar ou diminuir a possibilidade de controle sobre os atos. Assim, é sempre pensada em um caráter secundário, de quanto mais limites houver, maior será o controle e, portanto, menor a liberdade do Administrador.

No presente estudo, pretende-se superar esta realidade, buscando entender a discricionariedade enquanto elemento necessário à atuação estatal, não havendo primazia de uma função estatal sobre as demais, mas, ao contrário, sendo um caminho para permitir o diálogo entre os “poderes”. Questionar-se-á se a discricionariedade poderá ser um mecanismo de se promover entendimentos interinstitucionais, de modo a conviver ou diminuir os desacordos.

Realizar-se-á uma pesquisa bibliográfica e documental, buscando compreender os conceitos e limites da discricionariedade administrativa, os diálogos e desacordos institucionais bem como a existência, no ordenamento jurídico e no cenário institucional brasileiros, de mecanismos de promoção destes acordos, por meio de atuação concertada entre as funções.

Desta forma, no primeiro capítulo serão debatidos os limites da discricionariedade e se esta ainda encontra razão de existir no direito nacional. Aqui, será estudada a evolução da discricionariedade, em especial a partir de sua “positivação” por Hans Kelsen e, posteriormente, a diminuição de seu campo de atuação, por meio de teorias neopositivistas.

No segundo capítulo serão estudados os diálogos institucionais, em especial as teorias que buscam uma cooperação e um auxílio entre as funções, e não primazia de uma sobre a

outra, e objetiva-se compreender qual será a “linguagem” que permitirá o diálogo entre funções estatais (aparentemente) tão diferentes. Em um Estado de Direito, esta “linguagem” deverá ser necessariamente jurídica, cabendo ao presente texto pesquisar se o ordenamento jurídico prevê estes mecanismos de diálogos.

2. A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Dentre as várias classificações de atos administrativos, uma que mais traz relevância à *práxis* é a subdivisão em ato vinculado e discricionário. A doutrina tradicional coloca-os em lados contrapostos, referindo-se ao ato vinculado como aquele em que a lei, previamente, determina todos os elementos do ato, não deixando margem de escolha ao administrador e, em sentido oposto, o ato discricionário como aquele em que se abre espaço para o administrador, mediante conveniência e oportunidade, escolher como praticará determinado ato administrativo.

Assim, no ato vinculado, ter-se-ia a mera execução da lei pelo administrador; no ato discricionário o agente “elege a situação fática geradora da vontade, permitindo, assim, maior liberdade de atuação, embora sem afastamento dos princípios administrativos”. (CARVALHO FILHO, 2018, p. 118)

A pretensa divisão dos atos administrativos em vinculados e discricionários foi deixar ao administrador um campo decisório isento de controle por parte do Poder Judiciário. De fato, ainda hoje a menção à discricionariedade pode remeter à ideia de “arbitrariedade”, ou de decisão puramente subjetiva do administrador público, de modo a que a doutrina sempre vê como necessidade deslocar a ligação entre os dois conceitos, reputando-os antagônicos e incompatíveis com o direito. (NOBRE JÚNIOR, *online*)

O ato administrativo, enquanto espécie de ato jurídico, é fenômeno jurídico e, enquanto tal, deve ter seus contornos delimitados pelo próprio ordenamento jurídico. A abertura do texto legal para escolhas baseadas em oportunidade e conveniência pelo administrador não significa a exclusão ou exceção ao princípio da legalidade – ou da juridicidade, conforme apontar-se-á mais à frente – de modo que mesmo o ato discricionário também deve ser sujeito a controle (judicial, popular, administrativo ou mesmo legislativo).

Coube a Hans Kelsen apontar a juridicidade do ato administrativo e, por conseguinte, a submissão ao ordenamento jurídico também pelo ato discricionário. Conforme escreveu o autor austríaco (KELSEN, 2006, p. 291), “a atividade designada como administração estadual é, e grande parte, da mesma natureza que a legislação e a jurisdição, a saber, função jurídica no sentido estrito de criação e aplicação de normas jurídicas”.

Dentro de sua teoria do direito, Kelsen entendia a aplicação e criação do direito como ato dinâmico, decorrente do necessário escalonamento de normas, em que a norma devia obediência à norma superior e, por sua vez, condicionava e se fazia obedecer pela norma inferior. Os atos jurídicos, assim, continham atos de criação e interpretação da norma dentro de um contexto cerrado e autorregulado denominado ordenamento jurídico.

Os atos de interpretação e criação não eram automáticos, necessitando de um certo elemento volitivo por parte do criador/intérprete. Há, portanto, um certo caráter de indeterminação na interpretação e criação das normas jurídicas, fazendo o autor uma analogia à moldura de um quadro. O ordenamento, assim, funcionava como uma moldura (limites impostos pelo ordenamento) e, dentro desta moldura, o aplicador (que poderia ser um legislador, julgador ou administrador, vez que as funções exercidas por estes eram da mesma natureza) tinha uma certa margem de liberdade na formação da vontade. De acordo com Hans Kelsen:

O ato jurídico que efetiva ou executa a norma pode ser conformado por maneira a corresponder a uma ou outra das várias significações verbais da mesma norma, por maneira a corresponder à vontade do legislador – a determinar por qualquer forma que seja – ou, então, à expressão por ele escolhida, por forma a corresponder a uma ou a outra das duas normas que se contradizem ou por forma a decidir como se as duas normas em contradição se anulassem mutuamente, o direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.

A necessária conformação da discricionariedade ao princípio da legalidade, contudo, deixou às claras o espaço de conformação do administrador. A discricionariedade remete a “fenômenos” distintos, de modo que é possível a configuração de um ato discricionário de pelo menos dois modos distintos.

Um ato poderá ser considerado discricionário porque a própria lei utilizou de conceitos jurídicos indeterminados, deixando ao administrador um aspecto fático amplo para conformação da decisão. É de se exemplificar as normas que se referem à segurança jurídica, bem-estar social, boa-fé, dignidade humana, dentre outros.

Por sua vez, a discricionariedade poderá também ocorrer no consequente, vale dizer, quando o administrador, frente a um determinado fato, tem várias hipóteses de escolha, pois a própria lei abriu margem no consequente da norma. Veja-se as hipóteses de sanções a servidores públicos por atos faltosos, em que o administrador poderá escolher uma, dentre várias penas previstas pela lei.

A abertura de hipóteses de escolhas ao administrador nestes exemplos acima delineados não retira a possibilidade (e a necessidade) de seu controle. A irresponsabilidade administrativa não se compatibiliza com um estado democrático de direito, de modo que são construídas teorias baseadas na juridicidade de modo a possibilitar e ampliar o controle do ato discricionário. Com isso, a teoria do desvio do poder, a redução das escolhas do administrador ou a redução da discricionariedade a zero são criações doutrinárias que, baseadas nos princípios jurídicos, reduz a margem de escolha do administrador na conformação da decisão administrativa.

A juridicidade traz à tona a emergência dos princípios jurídicos, suplantando a ideia de um direito baseado exclusivamente em regras. A crise do fenômeno da legalidade e o fortalecimento da teorização e da incorporação dos princípios aos ordenamentos jurídicos suplanta, de vez, a ideia da impossibilidade de controle do ato administrativo discricionário e, em certa medida, diminui bastante a importância da divisão ato vinculado/ato discricionário. De acordo com o que aponta Gustavo Binbenbim (2006, p. 206):

A emergência da noção de juridicidade administrativa, com a vinculação direta da Administração à Constituição, não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas, isto sim, em *diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade*. A discricionariedade não é, destarte, nem uma liberdade decisória externa ao direito, nem um campo imune ao controle jurisdicional. Ao maior ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderá, via de regra, maior ou menor grau de controlabilidade judicial dos seus atos.

De certo modo, a conceituação da discricionariedade remete a uma visão bifronte do direito de legalidade/ilegalidade. Em sendo reconhecido que a atuação do administrador está de acordo com sua discricionariedade administrativa, reconhece-se sua legalidade e, portanto, não se anula o ato. De outro lado, apontando que o administrador extrapolou de sua discricionariedade e atuou violando o ordenamento jurídico (e não apenas a “lei”), reconhece-se a ilegalidade do ato e, como consequência, sua nulidade.

Essa dicotomia transfere a importância da discricionariedade administrativa ao Poder Judiciário, uma vez que caberia exclusivamente (ou, quando muito, primordialmente) a ele a análise da adequação ou inadequação do ato administrativo ao Direito. Essa transferência de poderes, além de desequilibrar o equilíbrio harmônico entre os três “poderes”, olvida que o Estado, além de ser “de direito”, é “democrático”, devendo observar não apenas princípios jurídicos mas, sobretudo, princípios democráticos.

O necessário controle dos limites da discricionariedade administrativa, sobretudo na conformação de políticas públicas e outros atos administrativos que tenham interesses coletivos e sociais, não pode servir de pretexto a fortalecer um dos poderes em detrimento de outro e perpetuar o maniqueísmo validade/invalidade no Direito. Um (re)equilíbrio entre os poderes se faz necessário e o exame da discricionariedade é um dos meios para promovê-lo.

2.1 Ato discricionário e vinculado: ainda há sentido nesta diferenciação?

A discricionariedade, enquanto campo infenso ao controle do ato administrativo, há muito não é reconhecido no Direito. A evolução do controle do ato administrativo discricionário passou por, pelo menos, dois momentos importantes.

De início, sob uma teoria positivista, foi necessário lembrar que o ato administrativo é, antes de mais nada, ato jurídico e, enquanto tal, está limitado às balizas do ordenamento jurídico. Desta forma, o ato de interpretação e criação de normas é similar tanto no aspecto legislativo, judicial e administrativo, consistindo em um processo dinâmico de interpretação da norma superior e criação da norma inferior. Tanto o ato de interpretação quanto o ato de criação estão sujeitos a algum grau de liberdade, posto que a norma consiste em uma “moldura”, estando livre a interpretação dentro desta moldura.

Em um segundo momento, restringiu-se ainda mais o campo de escolha do administrador, apontando que sua vinculação não é meramente à “lei”, mas, sobretudo, ao direito como um todo. A juridicidade vem reforçar os princípios constitucionais, mas também apontar a possibilidade de vinculação direta do administrador à Constituição – por vezes, até mesmo *contra legem*, quando a lei violar a Constituição – aumentando a possibilidade de controle e, por conseguinte, diminuindo a margem de conformação do administrador.

O conceito de ato vinculado, por sua vez, permaneceu inalterado ao longo dos tempos. Trata-se daquele ato em que a lei, previamente, determinou todos os elementos de conformação do ato, cabendo ao administrador meramente uma aplicação subsuntiva; verificando a ocorrência da hipótese normativa, edita-se o ato, sem espaço de valoração.

O aumento das possibilidades de controle do ato administrativo discricionário nos conduz a uma indagação: ainda permanece a necessidade desta divisão do ato administrativo? Havendo vinculação do administrador ao direito também no ato administrativo discricionário, acaso não existiria somente o ato administrativo vinculado, com graus diferentes de vinculação do administrador?

Esta hipótese é respondida por Gustavo Binenbojm, respondendo positivamente que existem graus distintos de vinculação do ato administrativo. Para o autor, haverá uma vinculação forte naqueles atos vinculados por regras e uma vinculação moderada naqueles atos vinculados por princípios jurídicos ou conceitos jurídicos indeterminados. Em síntese conclusiva, Gustavo Binenbojm aponta que (2006, p. 210) “se os atos vinculados estão amarrados à letra da lei, os atos discricionários, por sua vez, estão vinculados diretamente aos princípios”.

A vinculação mais forte ou mais fraca dos atos administrativos merece a crítica de transferir exclusivamente ao Poder Judiciário a oportunidade de controlá-los, remetendo a este não apenas uma primazia sobre os demais “poderes” estatais mas um *déficit* de legitimidade do Poder Executivo que poderá passar a decidir exclusivamente conforma a determinação do Poder Judiciário, evitando confrontos diretos com estes (isso ocorre de maneira peremptória quando a Administração Pública está sujeita às sumulas vinculantes² ou, de maneira optativa, quando a

² Art. 103-A: O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Administração voluntariamente passa a decidir conforme os precedentes judiciais, evitando confrontar decisões emanadas pelo Poder Judiciário).

A superação da dicotomia ato discricionário/ato vinculado, que remete a graus diferentes de vinculação do ato administrativo, parte da premissa de que o Poder Judiciário é o detentor monopolístico da interpretação sobre os princípios jurídicos, enquanto o Poder Executivo e o Poder Legislativo agem somente com base em atos volitivos, sem vinculação ou preocupação com o direito.

Esta premissa é a mesma premissa de que parte o “convencional” controle de constitucionalidade, fundado numa lógica bidimensional conformação/não conformação da norma com o ordenamento jurídico. Virgílio Afonso da Silva (2006, *online*) resume as premissas do controle de constitucionalidade que são aplicáveis, *mutatis mutandis*, ao controle judicial dos atos administrativos discricionários:

Premissa 1: o dever do Judiciário é aplicar a lei.

Premissa 2: se há duas leis contraditórias, a aplicação de uma delas exclui a aplicação da outra.

Premissa 3: a Constituição é a lei suprema e define quais outras normas são jurídicas.

Premissa 4: a supremacia da Constituição implica que, nos casos de conflito entre a Constituição e uma lei ordinária, esta última deixa de ser válida

Premissa 5: se a premissa 4 não fosse verdadeira, o legislador ordinário poderia modificar a Constituição por meio de lei ordinária, o que significaria que a Constituição deixa de servir como limitadora da ação do legislador ordinário.

Premissa 6: o legislador ordinário é limitado pela Constituição.

Premissa 7: se uma lei ordinária é contrária à Constituição, ela não vincula o Poder Judiciário.

O controle judicial do ato administrativo pressupõe uma vinculação deste ao Direito. Assim, a suposta extinção do binômio ato discricionário/ato vinculado pressupõe uma maior ou menor vinculação do ato ao Direito, a depender da maior ou menor liberdade de atuação deixada pelo ordenamento jurídico. Naquelas hipóteses em que o ato seria vinculado por regras, ter-

se-ia uma vinculação forte, não havendo espaço de conformação do administrador. Por outro lado, nas hipóteses de vinculação por princípios ou por espaços jurídicos determinados, haveria vinculação média ou fraca, cabendo, em última análise, sempre ao Poder Judiciário a análise dessa conformação do ato ao Direito.

Estas premissas esquecem, contudo, que o controle não precisa ser feito necessariamente pelo Poder Judiciário e que outros *players* têm igual necessidade, interesse e legitimidade para realiza-lo. Os “poderes” Executivo, Judiciário e Legislativo não “falam línguas diferentes”, no sentido de que somente o Poder Judiciário deve interpretar e cumprir o Direito, enquanto os outros partem exclusivamente de atos volitivos.

A questão principal não é a superação da distinção discricionariedade/vinculação, mas a quem cabe realizar o controle e quais as consequências deste controle. É necessário, assim, repensar o desenho institucional de controle dos atos administrativos para averiguar a importância de outros atores institucionais e de um diálogo institucional entre Poder Legislativo, Poder Judiciário, Poder Executivo e a própria sociedade na conformação da vontade administrativa.

A separação de funções, atribuindo primordialmente ao Poder Judiciário o dever de julgar, ao Executivo, o de administrar e ao Legislativo, o de julgar, não retirou de nenhum deles o dever de obediência à Constituição, aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais. Em verdade, todos devem ter os mesmos objetivos institucionais, mudando-se apenas a abordagem entre eles. Pode-se falar que os “poderes” falam a mesma língua (Constituição), apenas com “sotaques” diferentes (atribuições próprias).

Desta forma, atribuir-se ao Poder Legislativo o monopólio ou, pelo menos, o protagonismo na conformação de atos legislativos e administrativos ao direito não é uma conformação lógica mas, antes de tudo, uma escolha política. Esta escolha política traz questionamentos referentes à legitimidade das escolhas judiciais e da substituição da decisão administrativa ou legislativa, formada por membros eleitos diretamente pelo povo, por decisões oriundas do Poder Judiciário, composto de membros sem vinculação direta ao povo.

Em geral, o *déficit* de legitimidade apontado nas decisões do Poder Judiciário que anulam atos administrativos ou leis inconstitucionais é respondida por uma imparcialidade do Poder Judiciário que garantiria uma observância “neutra” à Constituição e, desta forma, seria uma maior garantia de cumprimento dos interesses da sociedade. Esta absoluta neutralidade do Poder

Judiciário o coloca em uma torre de marfim, isolado da sociedade, como se não recebesse *inputs* sociais e emitisse *outputs* que influenciam ou condicionam a sociedade em seu redor. Robert Post (2010, *online*) aponta que:

Judicial decision making is always enveloped within a larger political context that endows judicial work with legitimacy and effectiveness. This context matters. It is why, for example, President Lincoln did not think to end the secession of Southern states by petitioning for an injunction from the Supreme Court.¹⁶ To function, law must be perceived by its audience as properly authoritative. Because judicial statesmanship requires courts to theorize the preconditions of their own effectiveness, it requires them also to take account of this larger political context.

As decisões judiciais têm poder de conformação política maior do que tradicionalmente se supõe. Para além da resolução daquela lide individual ou coletiva, a decisão judicial que invalida atos administrativos discricionários poderá condicionar o administrador em decisões vindouras e fazer com que este abdique de sua competência e legitimidade para emitir atos, formular políticas públicas, transferindo, tacitamente, esta competência ao Poder Judiciário. No momento em que o administrador prefere evitar embates políticos-judiciais, acaba por abrir mão de sua competência e transferir ao Poder Judiciário a atribuição de formulação de atos administrativos. Ademais, o administrador poderá também, sobretudo em decisões que podem ter um elevado custo político, omitir-se de agir, na “esperança” de que o Poder Judiciário confrontará essa omissão administrativa, substituindo sua vontade administrativa. Há, assim, um agir estratégico do Poder Executivo que acaba por transferir ao Poder Judiciário o custo político de uma determinada atuação administrativa.

Ao caráter democrático do Poder Executivo e do Poder Legislativo, contrapõe-se o caráter antidemocrático do Poder Judiciário. Por outro lado, seu viés contramajoritário e racional justificariam esta intervenção que acabou por alça-lo ao papel de protagonista do cenário político, sobrepondo-se aos demais poderes, aumentando e legitimando sua atuação sobre os demais poderes, no fenômeno denominado “judicialização da política”. Conforme explica Luis Roberto Barroso (*online*):

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instancias políticas tradicionais: o Congresso

Nacional e o Poder Executivo (...). Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

Essas visões reforçam o maniqueísmo Poder Judiciário *versus* Poder Legislativo e Poder Judiciário, devendo o foco centrar-se em um diálogo e não em antagonismos. Em verdade, cada poder, com seu “sotaque” diferente, deve contribuir para a formação da interpretação constitucional e fortalecimento dos direitos fundamentais.

Traçando um paralelo com o controle de constitucionalidade das normas no modelo canadense, naquele Estado, o Poder Judiciário não tem a última palavra na conformação da norma à Constituição. Em verdade, o Poder Judiciário emitirá uma decisão que poderá ser superada pelo Poder Legislativo. Essa superação, por evidente, dependerá de um ônus de argumentação qualificado por parte do Poder Legislativo, de modo a demonstrar a necessidade de um diálogo institucional, clamando a população e o Poder Executivo para analisarem a manutenção ou não da decisão judicial. Comentando este modelo dialógico, Virgílio Afonso da Silva explica (2010, *online*, p. 213):

Aqueles menos habituados ao diálogo poderiam, de pronto, alegar que, se a última palavra é do legislador, seria como se não houvesse nenhum controle, ou seja, estaríamos diante de um modelo de soberania do Parlamento. Essa é, contudo, uma análise equivocada da questão. E isso por três razões principais.

Em primeiro lugar, porque ela ignora o valor do debate. Decidir em única e última instância (soberania parlamentar) é muito diferente de decidir após o pronunciamento de um tribunal em um determinado sentido (contrário às intenções do legislador). A decisão do tribunal necessariamente cria um “ônus deliberativo”, que muitas vezes é difícil de ser superado. O diálogo, além disso, tem outra função importantíssima: desacelerar o debate político.

Em um paralelo com as decisões administrativas, o diálogo fomenta a legitimidade da decisão, levando em consideração, igualmente, o caráter contramajoritário da decisão judicial e o caráter democrático do Poder Executivo, superando-se assim o maniqueísmo e partindo para uma atitude colaborativa entre os poderes.

No tocante à discricionariedade administrativa, não se fala em sua substituição por graus diferentes de vinculação mas, na verdade, uma conformação a espaços de decisões compartilhados por Poder Executivo, Poder Judiciário, Poder Legislativo e o povo. Estes espaços de decisão existem no ordenamento jurídico brasileiro, conforme será apontado em capítulo posterior, devendo ser implementado e fortalecido, de modo a ampliar a legitimidade das escolhas administrativas.

3. DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

Ao conceito estático de divisão de poderes tornado clássico por Barão de Montesquieu, logo superou-se com sua noção dinâmica, aportando a *checks and balances* introduzida no direito estadunidense ainda no final do Século XVIII. A ideia de freios e contrapesos não desconsidera a necessária autonomia entre os “poderes”, mas os coloca em um equilíbrio instável, necessitando da constante intervenção de um sobre o outro, tendo como norte e limite a Constituição. Por um lado, a intervenção somente se justifica quando um dos poderes extrapolar suas funções, desobedecendo, portanto, ao texto constitucional; de outro lado, as intervenções se darão nos limites da Constituição, pois esta será o fiel da balança a segurar este delicado equilíbrio.

Uma das mais fortes manifestações destes *checks and balances* é atribuída à sentença do caso *Marbury x Madison*, no início do século XIX que, por entender que um ato do Poder Executivo extrapolar os limites constitucionais, acabou por invalidá-lo, trazendo à lume o controle jurisdicional dos atos administrativos e legislativos. Neste momento, não sem crítica pela ilegitimidade da atuação jurisdicional e de seu caráter antidemocrático, restou plantada a semente da primazia do Poder Judiciário, cabendo a este proferir a última decisão de todos os atos estatais, por meio do controle individual destes atos frente à Constituição e, em última medida, sob o manto da coisa julgada material que tornava intocável e inquestionável a decisão judicial. Não à toa a coisa julgada tem relação direta com a necessária estabilidade dos atos jurisdicionais, “como se a estabilização da vida em sociedade dependesse da *res iudicata*.” (CABRAL, 2020, p. 62).

No tocante ao controle dos atos administrativos, a divisão entre poderes administrativos e vinculados pretendeu deixar parcela da competência administrativa imune ao controle jurisdicional, identificando o poder discricionário com o mérito do ato administrativo e, portanto, sujeito à análise somente pelo próprio administrador. (NOBRE JÚNIOR, *online*). O

“escudo” doutrinariamente criado aos atos discricionários não tardou em cair e o controle dos atos administrativos discricionários passou a ser uma realidade, consagrada no positivismo de Hans Kelsen e fortalecida com o *neopositivismo*, sobretudo com o fortalecimento dos princípios e a crise do fenômeno da legalidade. (BINENBOJM, 2006). Os contextos sociais e jurídicos que levaram à derrocada da lei *stricto sensu* e, de outro lado, o fortalecimento dos princípios e a imbricação de valores com o direito posto (*neopositivismo*) ampliaram sobremaneira o controle jurisdicional da atividade discricionária do Poder Executivo.

Vê-se que a distinção entre poder vinculado e discricionário tem sua principal importância sob a ótica do controle jurisdicional dos atos. Dito de outro modo: determinar se um ato é vinculado ou discricionário tem relação com a possibilidade de o Poder Judiciário controlá-lo e, dessa forma, dar a última palavra sobre a validade daquele ato. O fortalecimento do controle jurisdicional dos atos administrativos levou a um protagonismo do Poder Judiciário no cenário político e um conseqüente enfraquecimento dos demais poderes.

Esse deslocamento do centro de poder – que, não custa lembrar, deve ser equilibrado entre os três “poderes” – traz reflexões não apenas sobre a legitimidade da atuação do Poder Judiciário, mas sobre a atuação e sobre a própria omissão do Poder Executivo e Poder Legislativo. Por vezes, estes têm uma omissão propositada, sobretudo em temas com grande divergência política e social, em que atuam estrategicamente de modo a não gastar capital político, deslocando decisões tipicamente políticas para o âmbito do Poder Judiciário. Decisões como criminalização da homofobia, permissão do aborto, permissão de utilização de células-tronco, inexistência do direito ao esquecimento são apenas alguns dos vários exemplos de decisões tipicamente políticas tomadas pelo Poder Judiciário em virtude de omissão dos *loci* próprios de discussão.

Como tentativa de suplantar a primazia do Poder Judiciário sobre os demais poderes, os diálogos institucionais estão sendo objetos de análise por parte de estudiosos do Direito Constitucional, Filosofia e Sociologia do Direito, Direito Administrativo, Direito Processual e outros. De forma resumida, tem-se que as teorias dialógicas (BATEUP, 2005, p. 1):

Emphasizes that the judiciary does not (as an empirical matter) nor should not (as a normative matter) have a monopoly on constitutional interpretation. Rather, when exercising the power of judicial review, judges engage in an interactive, interconnected and dialectical conversation about constitutional meaning. In short,

constitutional judgments are, or ideally should be, produced through a process of shared elaboration between the judiciary and other constitutional actors.

As teorias dialógicas pretendem achar uma solução intermedia entre a suposta contradição de Poder Judiciário enquanto poder contramajoritário e, portanto, ilegítimo para decisões políticas e, de outro lado, Poder Legislativo e Executivo, enquanto berço próprio da democracia e, dessa forma, *habitat* natural das decisões políticas. As teorias que entendem ser necessário um diálogo institucional e não primazia de um “poder” sobre os demais afirmam que a atuação do Estado deve ser, em última análise, a concretização dos direitos fundamentais e, para isso, todos os atores constitucionais têm sua parcela de contribuição e importância nesta atribuição. Ademais, tais teorias “offer an alternative way of filling the legitimacy lacuna, because if the political branches of government and the people are able to respond to judicial decisions in a dialogic fashion, the force of the countermajoritarian difficulty is overcome” (BATEUP, 2005, p. 2)

O diálogo existente entre as funções estatais já inicia na própria edição da norma que, propositadamente, abre espaço para que seja complementada pela função executiva, sem descuidar de eventual controle pela função jurisdicional. A coexistência e equilíbrio – e não a predominância – de poderes é que deve nortear a atuação estatal, como forma de legitimar seus comandos. Sergio Guerra percebeu esse equilíbrio desde o nascedouro da norma ao apontar que (2016, p. 95):

A discricionariedade não surge, portanto, da mera coincidência de um espaço de liberdade da administração pública com relação ao legislador; ao contrário, a discricionariedade decorre da eleição feita pelo Poder Legislativo de abrir ao Poder Executivo, que está próximo do caso concreto, uma contribuição pessoal da autoridade competente no processo de determinação do interesse geral.

Enquanto a ideia dos diálogos institucionais tem um objetivo principal que é superar o problema da ilegitimidade de decisões judiciais e reequilibrar os “poderes” estatais, os caminhos que levam a este diálogo são variados. Sem a pretensão de esgotar o tema, tratar-se-á de duas teorias que parecem ser mais consentâneas e adaptáveis à realidade institucional brasileira. Trata-se das denominadas teorias do equilíbrio e da parceria.

As teorias que pregam um equilíbrio entre os poderes retiram o papel de predominância do Poder Judiciário (ou de qualquer outro poder, vez que há teorias que buscam um protagonismo do Poder Legislativo no cenário político constitucional) e o coloca apenas como mais um dos atores em uma *sociedade constitucional*. Estas teorias constataam que sempre que o Poder Judiciário extrapola de seu poder e decide politicamente, ofuscando a atuação do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, estes respondem na mesma medida, por meio de fenômenos como o *backlash*³. Para evitar situações de tensões institucionais, cada Poder deverá reconhecer seu papel político e atuar fomentando uma discussão sobre o tema, inclusive com a própria sociedade. Assim, o Poder Judiciário tem voz, mas não a última palavra em questões de natureza tipicamente política, sendo seu papel o de direcionar o debate, em especial enquanto importante intérprete constitucional. De acordo com explicação de Bateup (2005, p. 58):

In declaring its own views about the meaning of the constitutional text, the Court actively channels and fosters ongoing societal debate by synthesizing the various, and possibly disparate, views about constitutional meaning and by articulating that debate in an explicitly constitutional form. In the process, the Court also mediates the views of different participants in the debate and shapes the terms in which future debate might proceed. The Court's decisions then facilitate further debate, either by acting as a catalyst for discussion along particular lines, prodding other institutions into deliberative actions, or protecting political institutions so that debate can more readily occur.

Já as teorias de parcerias afirmam que cada ator político tem seu papel para contribuições diferentes no cenário e no debate institucional, não devendo haver proeminência, mas igualdade entre eles. Os modelos baseados nas parcerias (*partnership model of dialogues*) enaltecem não apenas a necessidade do diálogo, mas, sobretudo, a igualdade entre os poderes e os objetivos em comum, a despeito de métodos diferentes de alcançá-los. Conforme apontar-se-á no próximo capítulo, há exemplos de parcerias firmadas entre os Poderes, como, por exemplo, sucedeu na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 que reconheceu o estado de coisas

³ O *backlash* ocorre quando, após uma determinada decisão judicial reconhecendo invalidade de uma norma específica, o Poder Legislativo responde politicamente, com outra norma similar, de igual ou de maior envergadura do que a que fora anulada. Um exemplo de *backlash* no Brasil ocorreu logo após o reconhecimento, pelo STF, da inconstitucionalidade da vaquejada (ADI 4.983) e a posterior Emenda Constitucional 96/2017 que introduziu o §7º ao artigo 225 da Constituição Federal, autorizando a prática de vaquejada, com algumas condicionantes.

inconstitucional na violação de direitos das pessoas encarceradas, cuja decisão acabou por conclamar a participação de todos os Poderes para, cada qual com sua atribuição, agir prontamente para mitigar esta inconstitucionalidade e promover os direitos fundamentais dos presidiários.

A promoção do diálogo entre os atores institucionais tem cabimento no exercício da competência discricionária da Administração Pública, sobretudo na formulação de políticas públicas de concretização de direitos fundamentais. Estas políticas públicas, não raro, envolvem decisões políticas complexas e controversas, demandando uma atuação maciça do Estado, sem protagonismo e nem definitividade de um sobre o outro.

Existem mecanismos institucionais e até mesmo positivados no direito brasileiro de diálogos institucionais, embora ainda não tenham recebido a notoriedade devida. A análise destes institutos será feita no próximo capítulo.

3.1 Análise de alguns instrumentos de diálogos institucionais no Direito brasileiro

O necessário equilíbrio entre os poderes já vem sendo percebido no âmbito das três funções estatais, existindo claras menções legislativas, administrativas e judiciárias à resolução de litígios por meio do diálogo interinstitucional e intrainstitucional. As principais razões apontadas para essas soluções concertadas entre os *players* políticos residem na legitimidade estatal, segurança jurídica e maior probabilidade de conferir efetividade às medidas.

Em primeiro, vale apontar que a separação de “poderes” (*rectius* funções) prevê um equilíbrio entre estes, e nunca uma predominância de um ator sobre outro. A legitimidade reside na realização de direitos fundamentais, em especial de uma ideia construída por representantes democraticamente eleitos em par de igualdade com representantes do poder “contramajoritário”. As três funções estatais devem nortear-se pela Constituição e, em especial, pelos direitos fundamentais, havendo, no entanto, espaços de conformação de cada uma delas, devendo se complementar quando houver desacordos.

Em segundo ponto, a busca por soluções dialogadas permite que estas sejam mais aceitas pela sociedade e, por consequência, tendam a durar por mais tempo. Conforme já apontado anteriormente, a imposição de soluções por um poder sobre os demais pode levar a

respostas “agressivas”, como o *backlash*, pondo em xeque a segurança jurídica, tanto em seu aspecto objetivo, de previsibilidade, quanto em seu aspecto subjetivo, de confiança legítima.

É sob este último fundamento que foi editada a Lei 13.655/2018 que acresceu dez artigos à Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro, voltando-se especificamente à atuação administrativa, visando a conferir maior segurança jurídica à sua atuação. O mote da edição da norma supracitada é que no “nosso ambiente institucional, o Estado será um inimigo, jamais um parceiro.” (ANASTASIA, 2015, p.5). A despeito de certo exagero na conclusão apontada pelo Senador, a constatação é que os constantes conflitos entre poderes leva a situações de insegurança jurídica, somente podendo ser ajustada mediante promoção de maiores diálogos entre os atores institucionais.

Vê-se que dois dez artigos adicionados à LINDB – sendo que um deles, o artigo 25, que previa a ação civil pública declaratória, foi totalmente vetado – apontam o consequentialismo nas decisões sobre atos administrativos (artigo 20 e 21), prevê regime de transição (artigo 23), sob a ótica de que segurança jurídica pressupõe transitoriedade e não imutabilidade, segurança jurídica propriamente dita (artigo 24 e 30), dever de consensualidade da administração com o particular (artigo 26) e de compensação, privilegiando a segurança jurídica em seu aspecto subjetivo (artigo 27) e a realização de consultas públicas, abrindo o debate de atos administrativos à sociedade (artigo 29). O artigo 28 se preocupa com a responsabilização do agente pública, apontando que este somente responderá quando agir com dolo ou erro grosseiro.

Egon Bockmann Moreira e Paula Pessoa Pereira (2018, p. 247) resumem a LINDB, analisando especialmente o artigo 30, apontando que seus principais objetivos são conferir respeito às decisões administrativas e conferir maior estabilidade institucional das decisões. Tais objetivos são obtidos não em um contexto de confronto, mas de diálogos institucionais em que é necessária a “relação harmônica entre os diversos órgãos que compõem as estruturas dos Poderes Públicos”. (MOREIRA, 2018, p. 248).

Vê-se que os dispositivos legais adicionados à LINDB por meio da Lei 13.655/18 pretendem deixar evidente a noção de segurança jurídica, evitando que as funções estatais ajam de solavanco, surpreendendo as demais e, em especial, aos particulares. É desta forma que são previstos regimes de transição e até mesmo compensação, se houver anulação de atos que criaram expectativas legítimas aos particulares. Não é demais lembrar que tais dispositivos são aplicáveis às esferas administrativa, controladora e judicial (artigo 21), não deixando qualquer dúvida sobre a necessária aproximação entre os três “poderes” que exercem tais funções

(primordialmente, Executivo, Legislativo e Judiciário, respectivamente). Comentando de forma específica a necessária segurança jurídica nas relações estatais com particulares, Egon Bockmann e Paula Pessoa nos recordam os imperativos de racionalidade, legitimidade e integridade que permeiam todo o Direito e devem nortear a atuação estatal. Conforme os autores (2018, p. 248):

Parâmetros de segurança jurídica em uma perspectiva geral, e de previsibilidade e estabilidade jurídica, sob ângulo mais específico, são exigidos na atuação do Estado de Direito, em quaisquer de suas manifestações decisórias. Por essas razões, a Lei n. 13.655/2018, em resposta ao compromisso do Estado legislador com seu dever constitucional de realização dos direitos fundamentais, promoveu inovações na LINDB, com o objetivo de construir estrutura decisória do Estado (órgãos administrativos, controladores e jurisdicionais) coerente e consistente com a tutela da racionalidade, legitimidade e institucionalidade nos processos de tomada de decisão.

O Estado, não é demais lembrar, é uno e, enquanto tal, não pode atuar como três pessoas distintas, cada uma tentando sobrepujar-se às demais. Ao contrário, é necessária construção de vias conectando todos os órgãos estatais, de modo que as decisões sejam interconectadas, ganhando em eficácia, durabilidade e legitimidade.

O Poder Judiciário, aos poucos, vem entendendo a importância de sair do maniqueísmo validade/invalidade e conclamando os demais “poderes” a agirem em conjunto, em especial quando estão sendo discutidos direitos fundamentais. Exemplo paradigmático é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, cuja liminar fora julgada em 2015, em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu o “estado de coisas inconstitucional” e conclamou Poder Executivo e o próprio Poder Judiciário a agirem em conjunto para findar ou diminuir o estado de permanente e incalculável descumprimento de direitos fundamentais das pessoas encarceradas no território brasileiro. A decisão determinava que o Poder Judiciário deveria adequar-se para realizar audiências de custódia, em até 90 (noventa) dias da publicação da decisão, permitindo que o preso comparecesse à autoridade judiciária em até 24 (vinte e quatro) horas após a prisão, para que o juiz decida sobre sua permanência no cárcere e determinou que o Poder Executivo Federal liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para que fosse imediatamente utilizado na finalidade para o qual fora criado, sem contingenciamento. (BRASIL, *online*)

De igual modo, os protocolos institucionais envolvendo o poder público permitem um compartilhamento no gerenciamento de procedimentos (judiciais e/ou administrativos), havendo um exemplo expresso no artigo 75, §4^o do Código de Processo Civil, que, a despeito de prever cooperação entre entes federados (Estados e Distrito Federal) para prática de atos processuais por seus procuradores, não impõe óbices a que haja cooperação entre funções estatais (Poder Executivo e Poder Judiciário, por exemplo). Lorena Miranda Santos Barreiros (2016, p. 386), em tese de doutorado defendida junto à Universidade Federal da Bahia, exemplifica estes protocolos:

É possível a celebração de protocolo institucional entre o Poder Público e o Poder Judiciário para regular a forma de recebimento de citações pelo ente público (indicando dias para a sua realização, quantidade média de atos citatórios a praticar por semana), como forma de racionalizar a gestão coletiva de processos em ambas as instituições, podendo o Poder Público, em contrapartida, comprometer-se a aceitar o recebimento de citação por meio eletrônico previamente indicado (um e-mail, por exemplo), realizando a carga coletiva dos processos físicos nos quais essa citação ocorra. Trata-se de protocolo institucional voltado à gestão coletiva de processos

Há, portanto, previsões tipificadas na legislação brasileira de promover diálogos institucionais, sendo objeto de novas legislações e novos posicionamentos por parte do Poder Judiciário, que vêm se atentando à necessidade de atuar em conjunto e não em conflito. Trata-se, acima de tudo, de mudança de concepção que, uma vez que estiver consolidada, poderá trazer avanços democráticos e de eficiência à atuação estatal brasileira.

⁴ Art. 75 – *omissis*

§4º - Os Estados e o Distrito Federal poderão ajustar compromisso recíproco para prática de ato processual por seus procuradores em favor de outro ente federado, mediante convenio firmado pelas respectivas procuradorias.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma das principais classificações da Administração Pública é aquela que se refere à sua vinculação e discricionariedade. Tal importância advém das consequências práticas, em que naquela, o Administrador atuará em um raciocínio puramente silogístico de atuação de norma ao caso concreto, sem espaço para conformação de conveniência e oportunidade, enquanto nesta, a lei abre leque de opções para que o Administrador aja, conforme questões meritórias.

Estas diferenças levam a uma judiciabilidade dos atos administrativos vinculados e um espaço insindicável na atuação discricionária, que é aquela relativa ao mérito do ato. Deste modo, a compreensão da atuação vinculada ou discricionária da administração acarreta uma relação de maior controle nos atos vinculados e menor controle nos atos discricionários.

A possibilidade de o agente público atuar conforme critérios *extrajurídicos* (oportunidade e conveniência) não significa que sua atuação é arbitrária. Em verdade, nas últimas décadas, a doutrina constitucionalista e administrativista vem construindo teorias para aumentar o âmbito de controle destes atos e, por conseguinte, diminuir o espaço de discricionariedade do administrador, não sendo poucos doutrinadores que apontam que esta diferença não tem mais importância, havendo hoje tão somente atos administrativos vinculados, sendo maior ou menor a vinculação, a depender se a vinculação será por regras, princípios ou conceitos jurídicos indeterminados.

Esta diferenciação acarreta, em verdade, uma atuação binária do Estado que passa a raciocinar em uma lógica validade/invalidade dos atos administrativos, quer haja conformação ou não destes com o Direito. A conformação jurídica dos atos é indispensável, mas acabou gerando um desequilíbrio entre as funções estatais, conferindo ao Poder Judiciário sempre a última palavra sobre a validade e aplicabilidade dos atos administrativos, sendo que a edição de normas jurídicas pelo Legislativo e pelo Executivo acabaram tornando-se apenas uma etapa antes de sua “homologação” ou invalidação pelo Poder Judiciário.

Esse desequilíbrio entre os poderes gera incertezas quanto à legitimidade da atuação dos três poderes, seja por excesso daquele que se sobrepõe aos demais, seja por omissão voluntária, dos demais. Esta transferência de responsabilidade pode (e é) bastante utilizada sobretudo em temas que demandarão um alto capital político, sendo mais “fácil” que as instâncias mais aptas a tomarem decisões estratégicas se abstenham e “deleguem” tacitamente ao Poder

Judiciário tal função. A quantidade de mandados de injunção e ações diretas de inconstitucionalidade por omissão nos últimos anos é apenas um exemplo deste fenômeno.

Com isso, os constitucionalistas vêm estudando caminhos para promoção de diálogos institucionais, encurtando espaços entre as funções estatais e permitindo que estas promovam soluções dialogadas, mormente em questões de grande interesse social. Assim, Poder Judiciário, Legislativo e Executivo, além da própria sociedade não apenas poderiam, mas deveriam unir-se para tomar decisões, levando-se em consideração pontos de vista de todos os *players*, tendo como pano de fundo único a consecução de direitos fundamentais.

Estes diálogos institucionais contribuem para a legitimação e eficácia das decisões, além de conferir maior segurança jurídica, evitando quebras bruscas nos cenários institucionais.

O ordenamento jurídico brasileiro já prevê situações de concatenações entre as funções estatais. A Lei 13.655/2018 que acresceu dez artigos à Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB) tem como mote aumentar a segurança jurídica, evitando um “Estado inimigo” e promovendo um “Estado colaborador”. Da mesma forma, o Código de Processo Civil expressamente prevê possibilidades de cooperações institucionais, além de possibilidades de convenções processuais atípicas em que poderão convencionar o Executivo e o Judiciário para a gestão coletiva de processos ou até mesmo em casos de processos estruturantes, em que há uma atuação permanente e concertada entre os sujeitos processuais, normalmente em processos com objetos complexos.

A promoção dos diálogos institucionais é questão de mentalidade que, quando permear a atuação dos gestores públicos, promoverá maior legitimidade e eficácia na atuação estatal, diminuindo (ou extinguindo) cenários de predominância de uma função estatal sobre as demais e promovendo o necessário equilíbrio e harmonia entre os “poderes”.

6. REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, Virgílio. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *In* Revista de Direito Administrativo. 2010. Disponível em:< <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiNqOOhd3vAhUwH7kGHbgRDwkQFjAAegQIBRAD&url=http%3A%2F%2Fbiblioteca.digital.fgv.br%2Fojs%2Findex.php%2Frda%2Farticle%2Fview%2F4144&usg=AOvVaw30n0uWFalz1RSvLCqaRr4T>>. Acesso em: 30.03.2021.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público**. Disponível em:< <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/22520/1/LORENA%20MIRANDA%20SANTOS%20BARREIROS.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

BATEUP, Christine. **The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue**. New York University School of Law. Disponível em:< https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiJ9ePE0OLvAhV5GLkGHUomDJMQFjABegQIBRAD&url=https%3A%2F%2Fcore.ac.uk%2Fdownload%2Fpdf%2F228603573.pdf&usg=AOvVaw1w54y_oTP5s6-R_lbzIIE>. Acesso em: 04 abr. 2021.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347**. Disponível em:< <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

CABRAL, Antonio do Passo. **Segurança Jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo: Introdução ao art. 23 da LINDB.** Salvador: Juspodivm, 2020.

CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 32 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

GUERRA, Sergio. **Evolução das Escolhas Administrativas: Da *self-execution law* à regulação.** In LEAL, Fernando, MENDONÇA, José Vicente Santos (orgs.) **Transformações do Direito Administrativo: Consenquencialismo e Estratégias Regulatórias.** p. 87-103. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Trad. João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MOREIRA, Egon Bockmann, PEREIRA, Paula Pessoa. **Art. 30 da LINDB: O Dever público de incrementar a segurança jurídica.** In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB. p. 243-274. Nov. 2018.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Há uma discricionariedade técnica? In Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA. Disponível em: <<https://www5.trf5.jus.br/documento/?arquivo=H%E1+uma+discricionariedade+t%E9cnica.pdf&tipo=p2603>>. Acesso em: 01.04.2021

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. (org.). **Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: Desafios de uma sociedade democrática.** Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <<http://anastasia.com.br/wp-content/uploads/2015/09/segurancajuridica.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

POST, Robert. Theorizing Disagreement: Reconceiving the relationship between law and politics. *California Law Review*. 2010. pp. 1319-1350. Disponível em: <
https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjW_oSRjt3vAhUhDrkGHVgVCHMQFjABegQIAxAD&url=https%3A%2F%2Fdigitalcommons.law.yale.edu%2Ffss_papers%2F4644%2F&usg=AOvVaw2_9cFTV0XXG5U3JHLRMjTu>
. Acesso em: 29 mar. 2021.

ROMANELLI, Sandro Luís Tomás Ballande, TOMIO, Fabricio Ricardo de Limas, KANAYAMA, Rodrigo Luis. Tribunais Constitucionais, Governos e Parlamentos: Para além do ativismo e da judicialização, instituições no processo decisório – um balanço da literatura *in* SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati, ROBI FILHO, Adriana Fasolo. **Jurisdição Constitucional e Democracia**. Itajaí, Univali, 2016.

UMA APROXIMAÇÃO ENTRE O DIREITO MODERNO E O CLÁSSICO: AS RELAÇÕES ENTRE OS POSTULADOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE E A DEFINIÇÃO COMUM DE JUSTIÇA E A EQUIDADE

Guilherme Bohrer Lopes Cunha

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes – UCAM. Advogado Público da Casa da Moeda do Brasil - CMB

RESUMO

O presente estudo analisa as questões relevantes envolvendo os chamados princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como eles se relacionam com a definição comum de justiça e com a equidade, respectivamente. Para melhor compreensão do tema, a primeira parte volta-se à análise dos aspectos conceituais e históricos dos princípios jurídicos. Na segunda parte é estudado se é correto ou não considerar a proporcionalidade como um princípio e analisada a relação do postulado da proporcionalidade com a definição comum de justiça. A terceira parte dedica-se ao estudo do postulado da razoabilidade, em suas diferentes acepções, e do conceito de equidade.

Palavras-Chave: Proporcionalidade; Justiça; Razoabilidade; Equidade.

ABSTRACT

This study analyses important questions about the commonly called principles of proportionality and of reasonableness and their relationship with the classical definition of justice and with equity, respectively. For a better comprehension of the theme, the first part studies the conceptual and historical aspects of the juridical principles. In the second part it is approached if it is correct or not to consider the proportionality as a principle and analyzed the relationship between the postulate of the proportionality with the classical definition of justice. The third part is dedicated to the study of the postulate of the reasonableness, in its different acceptations, and the concept of equity.

Keywords: Proportionality; Justice; Reasonableness; Equity.

1 Introdução

Como leciona Michel Villey, “é função da filosofia ser ordenadora da linguagem” e “sem a ajuda da história não há filosofia verdadeira, mas atolamento conformista nas modas do dia”.¹ Os juristas atuais efetuam um retorno do direito aos valores e o aperfeiçoamento da argumentação jurídica, principalmente através dos chamados princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Entretanto, deixam de estudar toda a riqueza histórica da filosofia do direito, cujos expoentes são Aristóteles e Tomás de Aquino, não se valendo de forma apropriada de suas lições sobre justiça e equidade. Por isso se faz necessário demonstrar os pontos de contato entre esses dois mundos e como a teoria jurídica atual pode se valer dos ensinamentos da filosofia clássica.

2 Princípios jurídicos

É comum na doutrina pátria que se proceda, preliminarmente, à distinção entre princípios e regras com base nas teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy para, todavia, ser feita uma tipologia dos princípios constitucionais, nos moldes das concepções tradicionais. Assim, podem ser vistos autores que definem princípios jurídicos como “mandamentos nucleares” ou “disposições fundamentais de um sistema”.²

Princípios seriam então as “normas mais fundamentais do sistema, enquanto as regras costumam ser definidas como uma concretização desses princípios e teriam, por isso, caráter mais instrumental e menos fundamental”.³ Mas na concepção original da distinção normativa entre princípios e regras de Ronald Dworkin, de que os princípios operam em uma dimensão de peso, ao passo que as regras são aplicáveis da maneira “tudo ou nada”,⁴ e nas formulações mais sofisticadas de Robert Alexy princípio é um conceito que nada diz sobre a fundamentalidade da norma. Uma norma, então, seria classificada como princípio apenas em razão de sua estrutura normativa e não de sua fundamentalidade.⁵ Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, considerados, por isso, como mandamentos de otimização, satisfeitos em grau variados, dependendo das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.⁶ As possibilidades jurídicas de realização

¹ (2007; p. 12).

² MELLO (2005; pp. 888-889); SILVA (2003; p. 613).

³ SILVA (2003; p. 612).

⁴ ALEXY (2008; p. 91); DWORKIN (2007; pp. 39-43).

⁵ BARCELLOS (2005; p. 24); SILVA (2003, pp. 612-613).

⁶ ALEXY (2008; p. 90). Para Virgílio Afonso da Silva: “O elemento central da teoria dos princípios de Alexy é a definição de princípios como mandamentos de otimização” (2009; p. 46).

de um princípio estão determinadas essencialmente pelos princípios opostos, de maneira que a ponderação é a sua forma de aplicação característica⁷ e Alexy conclui mais adiante que a referência às possibilidades jurídicas “*implica una ley de ponderación que puede ser formulada de la siguiente manera: cuanto mayor sea el grado de no realización o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro*”.⁸

Na ponderação é necessário o uso exclusivo de enunciados normativos com o objetivo de preservar o espaço de determinação democrática e a legitimidade da própria operação ponderativa, exigindo, desde o início que as diferentes pretensões demonstrem sua vinculação com o sistema jurídico;⁹ porque na argumentação jurídica, diferente da argumentação geral prática, a discussão ocorre com uma limitação decorrente do seu relacionamento com a lei válida. O juiz tem o dever de justificar suas decisões e as decisões judiciais estão sob a exigência da correção em virtude da lei positiva.¹⁰

Da distinção teórico-normativa entre princípios e regras, Robert Alexy demonstra a conexão necessária entre direito e moral com base em três teses. Em primeiro lugar, todo sistema jurídico minimamente desenvolvido contém necessariamente princípios (tese da incorporação). Segundo, os princípios que devem ser levados em conta nos casos difíceis¹¹ pertencem a alguma moral (tese moral). Por último, estes princípios de direito positivo têm um conteúdo que é exigido ou, ao menos, permitido moralmente, como o da dignidade da pessoa humana, fazendo com que o juiz dê uma resposta a uma questão jurídica que, por seu conteúdo, também é uma questão moral (tese da correção).¹²

A Lei Fundamental da Alemanha, como a Constituição Federal brasileira, contém em seu capítulo sobre direitos fundamentais uma ordem objetiva de valores que vale para todos os âmbitos do direito e direciona os três Poderes em suas tomadas de decisão. A Constituição não é apenas base de autorização formal do direito ordinário, mas, ao trazer conceitos como dignidade, liberdade, igualdade, Estado de Direito e democracia, proporciona um conteúdo substancial ao sistema jurídico.¹³

⁷ ALEXY (2004; p. 75). De acordo com Ana Paula de Barcellos, ponderação pode ser “compreendida e identificada como uma técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais” (2005; p. 38).

⁸ (2004; p. 171).

⁹ BARCELLOS (2005; pp. 101-102).

¹⁰ ALEXY (2001; pp. 212-214).

¹¹ Para Dworkin é incorreto afirmar que os juristas se valem apenas das regras, pois em certas situações, principalmente nos chamados casos difíceis (*hard cases*), aqueles em que não conseguem identificar uma regra jurídica aplicável, recorrem a padrões que não funcionam como regras, que são os princípios (2007; p. 36).

¹² (2004; pp. 75-85).

¹³ ALEXY (2004; p. 159).

Ao determinar qual proposição normativa singular deve ser promulgada no julgamento de determinado caso, a escolha entre várias soluções tem o conteúdo de uma “afirmação ou comprovação do que se exige, proíbe ou permite a determinados indivíduos. Onde a decisão tomada, independentemente do nível de justificação que se alcançou, é assim uma decisão sobre o que deve ou pode ser feito.” Para Robert Alexy “tal ação de preferência, no entanto, exige um julgamento de que a alternativa escolhida em algum sentido é melhor do que outra e, neste ponto, propicia a base de um julgamento de valor” que é moralmente relevante. Mesmo nos casos “em que não haja nenhuma dúvida sobre como se deve decidir, seja com base nas normas válidas pressupostas, seja com referência a proposições da dogmática ou os precedentes”, que são muito mais numerosos do que os duvidosos, a sua categorização como tal constitui um julgamento de valor negativo.¹⁴

Ana Paula de Barcellos identifica dois processos em curso na ciência jurídica, ambos interligados, que representam o que foi dito até agora. O primeiro deles é o movimento de retorno do direito aos valores. Com a crise do positivismo exclusivamente formal e normativista após a Segunda Guerra Mundial, a teoria jurídica volta-se então para os valores, reaproximando-se da moral através da introdução de elementos ideais no direito positivo sob a forma de princípios. O segundo processo “liga-se à ampliação do espaço no qual a interpretação jurídica e o intérprete estão autorizados a transitar”, sendo “possível identificar no próprio sistema jurídico causas imediatas para essa ampliação do espaço próprio da interpretação jurídica.” As diversas Constituições contemporâneas, inclusive a brasileira, “são generosas nas referências a elementos valorativos de conteúdo bastante vago (como justiça social e dignidade humana),” cuja definição detalhada “pode variar em certa medida no tempo, no espaço e em função das circunstâncias do caso concreto”, além da consagração de “valores diferentes, opções e interesses políticos diversos que, em vários de seus desenvolvimentos, poderão se chocar reciprocamente.” E conclui a autora que “essa pluralidade exigirá do intérprete um esforço todo especial – e também técnicas próprias”.¹⁵

Outra análise sofisticada do tema é a elaborada por Humberto Ávila que conceitua os princípios jurídicos e os distingue das regras com base em três critérios. De acordo com o critério do comportamento prescrito, os princípios jurídicos fazem referência a fins e a condutas. São normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos. Esse estado ideal de coisas a ser atingido, por óbvio, é um fim e sua realização depende de condutas necessárias. Por exemplo, o princípio do Estado de Direito estabelece estados de coisas, como a previsibilidade da legislação, logo, é necessária a adoção de determinadas condutas, como a publicação com antecedência da lei. As regras, por outro lado, são

¹⁴ (2001; pp. 19-21).

¹⁵ (2005; pp. 8-11).

normas imediatamente descritivas, pois descrevem as condutas a serem adotadas ao estabelecer obrigações, permissões e proibições.¹⁶

Já pelo critério da justificação, para os princípios jurídicos deve ser feita uma avaliação da correlação entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária. Daí ser fundamental a análise de casos paradigmáticos para identificar o conteúdo normativo dos princípios, pois demonstram os efeitos decorrentes da adoção de um princípio. Como não há correlação entre fatos e descrição normativa, diferente das regras, os princípios possuem caráter prospectivo (*future-regarding*), já que determina um estado de coisas a ser construído.¹⁷

Por fim, o critério da contribuição para a decisão demonstra que os princípios jurídicos consistem em normas primariamente complementares e preliminarmente parciais, em razão de não terem a pretensão de gerar uma solução específica e abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, contribuindo ao lado de outras razões. Já as regras consistem em normas preliminarmente decisivas e abarcantes, pois abrangem os aspectos relevantes para a tomada de decisão e aspiram gerar uma solução específica para o conflito entre razões. Um exemplo claro é o princípio de proteção dos consumidores que, por um lado, não pretende prescrever todas e quaisquer medidas para alcançar o fim e, por outro, ainda se harmoniza com outras razões além da proteção do consumidor, como a livre iniciativa e a propriedade.¹⁸

3 Proporcionalidade e justiça

A doutrina e a jurisprudência brasileira utilizam o termo “princípio da proporcionalidade”, sem se questionar se realmente se trataria de um princípio jurídico. Além disso, tendem a considerar os chamados princípios da proporcionalidade e da razoabilidade como sendo sinônimos, assim, o princípio da proporcionalidade seria um “conceito que em linhas gerais mantém uma relação de fungibilidade com o princípio da razoabilidade” ou que o “princípio da proporcionalidade não é senão faceta do princípio da razoabilidade”. Por isso, a doutrina normalmente os emprega indistintamente.¹⁹

Visto que é um consenso se tratar de um princípio, a divergência apenas se situa na sua sede material no ordenamento jurídico brasileiro, ou mais especificamente, na Constituição

¹⁶ (2007; pp. 71-73).

¹⁷ ÁVILA (2007; pp. 73-76).

¹⁸ ÁVILA (2007; pp. 76-78).

¹⁹ BARROSO (2001; p. 219); BULOS (2003; p. 284); FERREIRA (2004; p.2); MELLO (2005; p. 99).

Federal. Dependerá, de acordo com a doutrina, de uma mera opção do jurista entre a influência norte-americana ou a alemã. Logo, o “princípio” da proporcionalidade tanto pode ser considerado como decorrente do sentido substantivo do devido processo legal (*substantive due process of law*), opção pelo direito norte-americano, quanto como uma projeção do Estado de Direito (*Rechtsstaat*), influência do direito alemão. Inclusive, tais posições não seriam excludentes, já que haveria uma convergência entre esses sistemas.²⁰

Na verdade, o conteúdo do “princípio” da proporcionalidade foi desenvolvido pela jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional alemão, em conjunto com a doutrina daquele país, que também o denomina por princípio da proibição de excesso. É composto por três exames distintos e aplicados em uma ordem pré-definida. A lei, para corresponder ao princípio da reserva legal proporcional, deverá ser simultaneamente adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.²¹ Na aplicação do direito o conteúdo substancial proporcionado pela Constituição ao sistema jurídico se mostra na presença da máxima de proporcionalidade, na expressão de Alexy, e em sua tendência a substituir a subsunção clássica das regras jurídicas por uma ponderação segundo valores e princípios constitucionais.²²

O exame da adequação indica se determinada medida representa o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público e exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos. Com o desígnio de adequar o meio ao fim que se intenta alcançar, faz-se mister, portanto, que a medida seja suscetível de atingir o objetivo escolhido ou que mediante seu auxílio se possa alcançar o fim desejado.²³

Em segundo lugar, o exame da necessidade exige que a medida não exceda os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja, isto é, uma medida para ser admissível deve ser necessária. Assim, de todas as medidas que igualmente servem à obtenção de um fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão.²⁴

Por fim, o exame da proporcionalidade em sentido estrito, também designado de justa medida, se traduz na exigência de sopesamento decorrente, pois, da relativização dos princípios em face das possibilidades jurídicas; nesse juízo de ponderação deve-se sopesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens dos fins. Dessa forma, a escolha recai sobre o meio ou os meios que, no caso específico, levarem mais em conta o conjunto de interesses em jogo. A proporção se torna

²⁰ BULOS (2003; p. 283); CANOTILHO (1998; p. 260).

²¹ SCHOLLER (1999; p. 97-98); BONAVIDES (2008; p. 395); SILVA (2002; p. 30).

²² ALEXY (2004; p. 159).

²³ BONAVIDES (2008; pp. 396-397); MENDES, COELHO, BRANCO (2008; p. 332).

²⁴ BONAVIDES (2008; pp. 396-397); MENDES, COELHO, BRANCO (2008; p. 332).

assim condição de constitucionalidade do ato, indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão.²⁵

A máxima de proporcionalidade com suas três máximas parciais se inferem logicamente da existência de princípios no sistema jurídico, representa uma estrutura de argumentação racional que não disporia um sistema composto unicamente por regras, não aceitar sua validade redundante na não aceitação dos princípios como normas.²⁶ Como uma forma de interpretação e aplicação do direito, sua racionalidade não deve ser percebida no sentido de excluir qualquer subjetividade, pois “exigir isso de qualquer teoria é exigir algo impossível”, mas sim como a “fixação de alguns parâmetros que possam aumentar a possibilidade de diálogo intersubjetivo, ou seja, de parâmetros que permitam algum controle da argumentação”.²⁷

Como visto, com base na tradição alemã, o “princípio” da proporcionalidade é também denominado de proibição de excesso (*übertassverbot*), devendo evitar as restrições excessivas ou ingerências desmedidas na esfera jurídica dos particulares, mas também há autores que o analisam em sua outra vertente, como proibição de proteção insuficiente ou proibição por defeito (*untermassverbot*). Essa proibição por defeito evita que as entidades sobre as quais recai um dever de proteção adotem medidas insuficientes para garantir determinado direito fundamental.²⁸

A doutrina utiliza o termo princípio para conferir importância ao conceito de proporcionalidade. É verdade que devido ao fato de o termo “princípio” poder ter diversos significados, não há como esperar que seja usado somente como contraposto a regra jurídica.²⁹ Apesar disso, é importante demonstrar que a expressão “princípio da proporcionalidade” não tem o mesmo significado de princípio jurídico, isso, é claro, se se pretende ter um mínimo de coerência terminológica no estudo do direito.

Por outro lado, mesmo que seja aceito o termo “princípio da proporcionalidade”, é inútil buscar uma *sedes materiae* escrita quando o fundamento de validade desse “princípio” está na própria estrutura da norma jurídica e na atributividade do próprio Direito. A busca por uma fundamentação jurídico-positiva para a proporcionalidade é uma busca fadada a ser infrutífera.³⁰

Dessa forma, não é correto utilizar o dispositivo relativo ao devido processo legal (artigo 5º, LIV, da Constituição Federal), mais especificamente o chamado devido processo legal substancial, como fundamento normativo do dever de proporcionalidade, pois decorre logicamente da

²⁵ ALEXY (2008; p. 117); BONAVIDES (2008; p. 398); CANOTILHO (1998; p. 263); SCHOLLER (1999; p. 99); MENDES, COELHO, BRANCO (2008; p. 333).

²⁶ ALEXY (2004; pp. 171-172).

²⁷ SILVA (2009; pp. 146-148).

²⁸ MENDES, COELHO, BRANCO (2008; p. 333); CANOTILHO (1998; p. 265).

²⁹ SILVA (2002; p. 26).

³⁰ ÁVILA (1999; p. 170); SILVA (2002; p. 43).

existência de princípios e deve ser aplicado mesmo onde não haja qualquer previsão expressa ao “devido processo legal” no texto constitucional, como é o caso do direito alemão. Logo, de acordo com Humberto Ávila, o uso da “expressão ‘devido processo legal substancial’ parece ser, desse modo, apenas uma ‘bengala’ para o intérprete positivista que só enxerga normas onde encontra dispositivos que lhes servem de suporte físico”.³¹

A exigibilidade da proporcionalidade para a solução de colisões entre direitos fundamentais não decorre deste ou daquele dispositivo constitucional, mas da própria estrutura dos princípios. Vale ressaltar que essa fundamentação não pode levar à hipótese de que a exigência de aplicação da proporcionalidade, por decorrer do regime e dos princípios adotados pela Constituição, encontraria sustentação legal no § 2º do art. 5º. A fundamentação aqui seguida tem um caráter estritamente lógico e valeria ainda que o referido dispositivo não existisse.³²

O exame de proporcionalidade objetiva analisar uma relação entre meios e fins. Como um fim pode ser entendido como um ambicionado resultado concreto (extrajurídico), por exemplo, obter, aumentar ou extinguir bens; fim seria então um estado desejado de coisas. Uma das funções dos princípios nada mais é do que estabelecer o dever de promover fins.

Humberto Ávila parte da noção de postulado contida em Kant,³³ como uma das condições essenciais para a interpretação de um objeto cultural, e elabora a tese de que o Direito possui também seus postulados. A proporcionalidade seria um postulado normativo aplicativo, isto é, uma condição normativa instituída pelo próprio Direito para a sua devida aplicação.³⁴

Os postulados normativos aplicativos são normas metódicas, que funcionam como critério de aplicação de outras normas. Com isso, seriam metanormas ou normas de segundo grau, de maneira que por trás dos postulados sempre há outra norma a ser aplicada. São diferentes dos sobreprincípios, como Estado de Direito e segurança jurídica, pois estes seriam sobrenormas que influenciam as demais normas no âmbito semântico e axiológico, enquanto os postulados, no âmbito metódico. Também são distintos de princípios e regras, porque estes são objetos da aplicação, dirigidos ao Poder Público e aos particulares, ao passo que os postulados são dirigidos aos intérpretes.³⁵

Postulados normativos aplicativos seriam condições para a compreensão concreta do Direito para solucionar questões surgidas em decorrência de sua aplicação, diante de um problema

³¹ (2008; p. 57).

³² SILVA (2002, pp. 43-44).

³³ CAYGILL (2000; pp. 254-256): Para Kant, postulado (“*postulat*”) é “uma especificação processual necessária ao conhecimento demonstrativo do fato inferido”, que determina a relação do sujeito de experiência com suas experiências.

³⁴ (2007; pp. 121-122).

³⁵ ÁVILA (2007, p. 122).

concreto. A proporcionalidade e a razoabilidade, que são conceitos distintos, são exemplos desses postulados, de acordo com Humberto Ávila. São metanormas que indicam como o dever de promover um estado de coisas (princípios) deve ser aplicado, de maneira que podem demonstrar como as normas cuja aplicação estruturam estão sendo violadas. Logo, não há que se falar, por exemplo, que o “princípio” da proporcionalidade foi violado. Tal afirmação apenas é válida elipticamente; pois, “a rigor, violadas são as normas – princípios e regras – que deixaram de ser devidamente aplicadas”.³⁶

Além das fundamentações já vistas para o “princípio” da proporcionalidade, há autores que também a buscam em uma idéia de justiça, seja a que remonta aos gregos, seja a contida no artigo 3º da Constituição Federal.³⁷ Inclusive a relação entre o postulado da proporcionalidade e a idéia de justiça pode ser encontrada no fato do exame de proporcionalidade em sentido estrito também ser denominado de “justa medida”.³⁸

Ao longo da história foram dadas várias definições sobre o que é a justiça, mas, como leciona Javier Hervada, “há uma que é a comum e praticamente universal. É ao mesmo tempo a mais simples, a mais antiga e também, com vantagem, a mais divulgada: a justiça é a virtude de dar cada um o seu, *seu direito*”.³⁹ Essa é a chamada definição comum de justiça, que tem suas bases em Aristóteles, nos juristas romanos e em Santo Tomás de Aquino; é a justiça do jurista.

Aristóteles, de acordo com Javier Hervada, “estabeleceu as bases para toda a filosofia do direito”, devido às suas “investigações magistrais sobre o conceito do justo”. O Estagirita “introduziu uma série de aspectos, especificações e distinções que deixaram extremamente delineada a concepção clássica da justiça”. Assim, como será visto a seguir, distingue a justiça em duas classes ou tipos: a justiça total e a justiça parcial.⁴⁰

A justiça total é a virtude de cumprir as leis, por isso foi chamada mais tarde de justiça legal.⁴¹ Para Aristóteles, a ordem social é obtida através da instituição da lei. De maneira que é melhor que seja a lei que ordene, antes que o faça um cidadão qualquer.⁴²

Junto com a justiça total, que é o respeito pela lei do Estado, Aristóteles fala da justiça parcial, também chamada justiça particular. É a justiça em sentido próprio e estrito, que consiste na justa distribuição de bens e no correto regulamento das formas de acordo.⁴³

³⁶ (2007; pp. 133-134).

³⁷ SANTOS (2004; p. 42); GOMES (2003; p. 65).

³⁸ SCHOLLER (1999; p. 99); e CANOTILHO (1998; p. 263).

³⁹ (2008; p. 66).

⁴⁰ (2008; pp. 70-71).

⁴¹ HERVADA (2008; p. 71).

⁴² (1995; p. 121).

⁴³ (2001; pp. 94-95); HERVADA (2008; p. 71).

Na primeira acepção, a justiça distributiva corresponde ao proporcional ou igual ao mérito, o devido à pessoa segundo sua relação com a comunidade política, ou seja, segundo a própria condição de cidadão relativa à constituição ou regime da *pólis*.⁴⁴

A segunda acepção é denominada de justiça comutativa ou corretiva, pois se refere às formas de acordo e desempenha uma função corretiva nas relações entre as pessoas. Dessa forma, essas relações podem ser voluntárias, tais como a compra e venda, o empréstimo, a fiança, o usufruto, o depósito, etc., ou involuntárias por parte do agente passivo da relação, como nos casos dos crimes e delitos, algumas sendo sub-reptícias, como o furto e o envenenamento, e outras violentas, como o assalto e o homicídio.⁴⁵

Com os juristas romanos, seguidores da formulação de Aristóteles, tem-se a definição da justiça mais conhecida, devido a sua simplicidade e grande precisão, que é a de Ulpiano, registrada no Digesto 1,1,10 pr.: “*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*” (“A justiça é a constante e perpétua vontade de dar a cada um seu direito”).⁴⁶ Faz sobressair que o seu de cada um é o seu direito; assim, a fórmula da justiça, além de ganhar em precisão, adquire sua mais perfeita dimensão jurídica. Isso já estava contido em “o justo” e “o mérito” de Aristóteles, que é algo devido em justiça; mas em Ulpiano torna-se explícito. Essa fórmula da justiça aperfeiçoada manifesta melhor um ponto essencial da teoria da justiça: a primazia do direito sobre a justiça, ou, em outros termos, que a justiça está em função do direito e não o contrário; a justiça pressupõe o direito. Por isso, se a justiça consiste em dar a cada um seu direito, para que ocorra a ação justa, que é a própria da justiça, é preciso que exista esse direito, em relação ao qual se pode ser justo.⁴⁷

Após o desaparecimento do direito e da cultura da Antiguidade na Idade Média, Tomás de Aquino representa uma volta à filosofia jurídica romana.⁴⁸ A justiça na concepção tomista é uma virtude essencialmente *ad alterum*, refere-se sempre ao outro, visto que a justiça encerra igualdade e nada é igual a si mesmo, mas a outro. Portanto, a ordem interior do homem só pode ser chamada justiça por metáfora. Isso posto, Tomás de Aquino distingue entre justiça geral e justiça particular, aperfeiçoando a tradição aristotélica e romana.⁴⁹

A justiça geral orienta-se para o bem comum e, como a orientação ao bem comum pertence à lei, é denominada justiça legal, serve como parâmetro para medir as relações da pessoa com a comunidade. Como afirma Tomás de Aquino, “à justiça legal compete ordenar os atos de todas as

⁴⁴ HERVADA (2008; pp. 71-73).

⁴⁵ HERVADA (2008; p. 71).

⁴⁶ MATOS (1999, pp. 8-9).

⁴⁷ HERVADA (2008; p. 74).

⁴⁸ VILLEY (2007; 110-120).

⁴⁹ HERVADA (2008; p. 76).

virtudes a um fim mais elevado, isto é, ao bem comum da coletividade, o qual tem premência sobre o bem de uma só pessoa”.⁵⁰

Além da justiça legal que ordena o homem imediatamente ao bem comum, para o Aquinate, “faz-se necessário que haja outras virtudes que o ordenem imediatamente no que toca aos bens particulares”. Dentre essas virtudes, há a justiça particular que ordena o homem em suas relações. Dissocia a justiça particular, seguindo Aristóteles, em duas espécies: distributiva e comutativa. Enquanto que a justiça distributiva reparte o que é comum de maneira proporcional, a “justiça comutativa visa o intercâmbio mútuo entre duas pessoas, trata-se de uma relação entre uma pessoa privada e outra”.⁵¹

Tomás de Aquino aceita a definição da justiça de Ulpiano, segundo Javier Hervada, “embora submeta a certa especificação, o que o leva a apresentar uma definição mesclada, tecnicamente a mais perfeita dada até agora, apesar de não ser a mais conhecida nem a mais generalizada, a qual continua sendo a romana”. Enquanto a fórmula ulpiana define a justiça por seu ato, pois a vontade perpétua e constante quer dizer o ato de vontade, dotado de firmeza pelo hábito no qual consiste a virtude, Tomás de Aquino afirma que é mais correto substituir o ato pelo hábito no qual consiste a virtude, já que se trata de definir uma virtude, que é um hábito. A definição tomista reformulada reza assim: “A justiça é o hábito segundo o qual alguém, com constante e perpétua vontade, dá a cada qual seu direito”.⁵²

Em Tomás de Aquino é visto claramente que o direito é o objeto da justiça e é chamado também de “o justo”. Como juiz significa aquele que diz o direito (*ius dicens*) e julgamento é o ato do juiz como tal, conclui que “julgamento, na acepção primeira do termo, implica uma determinação ou definição do que é justo ou do direito”. Assim, o juiz dá a cada um o que lhe pertence, por ser o direito animado.⁵³

A definição comum de justiça não procede de nenhuma teorização, nem pode ser considerada como uma noção culta. “É antes uma definição corriqueira, a simples expressão, com o mínimo de palavras possível, de um dado: as coisas estão distribuídas, é preciso dar a cada um o seu, e cumprir esse dever é uma virtude, a virtude de dar a cada um o seu”. Daí que se afirma que “a justiça de dar a cada um o seu é algo conatural ao homem, uma realidade inseparável de sua existência, que não é teoria, mas fato”.⁵⁴

⁵⁰ (2005; p. 65).

⁵¹ (2005; pp. 97-98).

⁵² (2008; p. 76).

⁵³ (2005; pp. 47, 57 e 85).

⁵⁴ HERVADA (2008; pp. 78-79).

No caso do postulado da proporcionalidade, o objeto da justiça é o justo distributivo. Na distribuição é característica a passagem do comum ao particular, trata-se, então de dividir o comum, que é um, entre os particulares, que são vários; tal divisão deve ser justa.⁵⁵ No exame da proporcionalidade em sentido estrito é analisada uma distribuição de encargos, exigindo que tais encargos devam ser proporcionais, caso contrário, ocorrendo uma desproporção, teremos uma injustiça.

Além dessa identificação do postulado da proporcionalidade como proibição de excesso, a sua vertente como proibição de proteção insuficiente ou proibição por defeito também evoca a fórmula da justiça. Afinal, se se está falando em dar a cada um o seu, de maneira proporcional, deve ser dado exatamente o que é de direito, nem mais nem menos, isso é o justo. A ação justa é um meio termo entre agir injustamente e ser tratado injustamente, pois no primeiro caso se tem demais e no outro se tem muito pouco. A justiça é a observância do meio termo, enquanto que a injustiça se relaciona com os extremos.⁵⁶

Por outro lado, cabe ressaltar que em diversas situações em que são feitas alusões ao “princípio” da proporcionalidade pela jurisprudência pátria, na verdade, o que acontece é uma mera substituição ou não reconhecimento do magistrado de que deveria falar em justiça. Assim, quando o Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato administrativo sem se valer dos três exames que constituem o postulado da proporcionalidade, seria mais correto entender que se trata de uma injustiça, não que tal postulado foi utilizado para a verificação da inconstitucionalidade.

A relação entre o postulado da proporcionalidade e a definição comum de justiça se dá não apenas por ser esta a fundamentação daquela, mas sim porque o ofício do jurista como um todo deve consistir em buscar dar a cada um seu direito. Isso não é exclusividade de uma determinada técnica de interpretação e aplicação do direito. O que ocorre no postulado da proporcionalidade é que a exigência de observância da justiça é tornada explícita em seu terceiro exame, o exame de proporcionalidade em sentido estrito, também chamado, apropriadamente, de justa medida, que se trata de um juízo de ponderação em que se deve pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens dos fins, buscando a solução mais justa.

O desenvolvimento do postulado da proporcionalidade na Alemanha, após a Segunda Guerra, decorre do movimento de retorno do direito aos valores, dentre eles a justiça, que foram esquecidos no período em que aquele país vivia sob a égide de um regime totalitário, levando a teoria jurídica alemã a desenvolver formas e técnicas capazes de lidar com esses elementos ideais,⁵⁷

⁵⁵ HERVADA (2008; p. 150).

⁵⁶ ARISTÓTELES (2001; p. 101).

⁵⁷ RADBRUCH (1979; pp. 415-418); BARCELLOS (2005; pp. 8-9).

influenciando a ciência jurídica de diversos países, inclusive a brasileira. Todavia, a volta ao bom caminho, na expressão de Michel Villey,⁵⁸ não estará completa sem a retomada da definição comum de justiça pelos juristas contemporâneos, aproximando o direito moderno do clássico.

4 Razoabilidade e equidade

A doutrina e a jurisprudência brasileira tratam os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade como sinônimos. Mas a própria análise dos argumentos demonstra que são diferentes, apesar de possuírem objetivos semelhantes. Apenas se forem usados com conotação leiga, pode se falar em “princípios” da proporcionalidade ou da razoabilidade como sinônimos. Mas quando se trata de um discurso jurídico isso não deve ocorrer, pois expressam construções jurídicas diversas. Ambas servem para controlar as atividades legislativas ou executivas, limitando-as para que não restrinjam mais do que o necessário os direitos dos cidadãos, mas esse controle é feito de forma diversa.⁵⁹

O postulado da proporcionalidade, de acordo com Virgílio Afonso da Silva tem uma estrutura racionalmente definida, que se traduz na análise de seus três exames (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), enquanto que a razoabilidade, de acordo com a própria doutrina, é uma simples análise de compatibilidade entre meios e fins. De maneira que a razoabilidade se confundiria com o exame de adequação. Além do fato de o postulado da proporcionalidade ter sua origem na jurisprudência alemã, enquanto que o postulado da razoabilidade na jurisprudência inglesa e norte-americana.⁶⁰

Para Humberto Ávila, por outro lado, não diferenciar a proporcionalidade da razoabilidade é esquecer que servem de parâmetro para relacionar elementos diferentes em situações distintas. As justificações são diferentes e levam a resultados diversos, são exames concretos distintos, pois o “exame de razoabilidade investiga a relação entre duas grandezas ou entre uma medida e o critério que informa sua fixação”; enquanto que o “exame de proporcionalidade investiga a relação entre a medida adotada, a finalidade a ser atingida e o grau de restrição causado aos direitos fundamentais atingidos”.⁶¹ Assim, a proporcionalidade é aplicável quando há uma relação de

⁵⁸ (2007; pp. 19-32).

⁵⁹ SILVA (2002; pp. 29-30).

⁶⁰ SILVA (2002; p. 45).

⁶¹ (2007; pp. 175-177).

causalidade entre meio e fim, de maneira que a adoção do meio promova o fim. A razoabilidade, por outro lado, implica uma relação entre critério e medida, uma correspondência entre duas grandezas.⁶²

Os Tribunais Superiores, afirma o autor, não classificam rigorosamente esse postulado, como também ocorre com a proporcionalidade, mas isso deve ser feito pela Ciência do Direito. Por isso, defende uma reconstrução analítica das decisões para verificar os critérios implícitos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, destaca três acepções dos postulados da razoabilidade que podem ser obtidos pela análise das decisões desse tribunal: 1) razoabilidade como congruência, 2) razoabilidade como equivalência e 3) razoabilidade como equidade.⁶³

A razoabilidade como congruência exige que a norma esteja em harmonia com as condições externas. Deve-se recorrer a um suporte empírico existente para verificar se o legislador elegeu uma causa existente ou justificada para a atuação estatal. Caso contrário, o ato não será razoável, pois não existem os fatos nos quais ele se baseou ou, embora existentes, não guardam relação lógica com a medida tomada. Dessa forma, com a fundamentação na natureza das coisas, se impede a utilização de razões arbitrárias.⁶⁴

A razoabilidade como equivalência, por sua vez, exige uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona. Nesta acepção do postulado da razoabilidade, pode ser vista uma semelhança com o exame da adequação. Com isso, Humberto Ávila se concilia com a posição majoritária acerca da razoabilidade, pois o próprio autor afirma que o exame de razoabilidade pode ser incluído no exame de proporcionalidade.⁶⁵

Por fim, a razoabilidade como equidade seria a harmonização do caso geral com o particular, devendo o julgador realizar duas considerações na aplicação das normas jurídicas: considerar o aspecto individual do caso em relação à generalidade da norma e considerar aquilo que normalmente acontece.⁶⁶

Essa relação, mesmo que superficial, entre uma técnica argumentativa contemporânea (postulado da razoabilidade) e uma clássica (equidade), sem aprofundar o estudo desta, representa o esquecimento dos juristas de sua própria tradição. Por isso é necessário retomar os conceitos clássicos para uma melhor compreensão do direito. Para definir a equidade pode ser feita uma trajetória semelhante a que foi vista para a definição comum de justiça, isto é, começando em Aristóteles, passando pela contribuição dos juristas romanos e terminando em Tomás de Aquino.

⁶² (2007; pp. 158-160).

⁶³ (2007; pp. 151-152).

⁶⁴ ÁVILA (2007; pp. 155-156).

⁶⁵ (2007; pp. 158-160).

⁶⁶ ÁVILA (2007; pp. 152-155).

Aristóteles, ao tratar da equidade e do equitativo e suas relações com a justiça e o justo, lecionava que o que é equitativo é justo, mas não é o justo segundo a lei, e sim um corretivo da justiça legal. A razão de ser da equidade reside no fato de que toda lei é de ordem geral, não sendo possível ser feita uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares. Como as regras gerais não se aplicam a todos os casos, deve ser realizado um juízo de equidade em certos casos particulares.⁶⁷

Essa célebre tese desenvolvida por Aristóteles na *Ética a Nicômacos* define a equidade (*epieikeia*) como, nas palavras de Michel Villey, uma “superjustiça”, pois, se de um lado extrapola em certo sentido a justiça, por outro, é a plena realização do igual. “A justiça estava inicialmente no princípio da lei. Mas, ao fim do processo da elaboração do direito, vemo-la preenchendo a função de um corretivo da lei escrita”.⁶⁸

Dentre os métodos de interpretação ou de elaboração do direito utilizados pelos juristas romanos, pode ser citada a noção aristotélica de correção do texto em nome da equidade. A relação entre o *ius* e a *aequitas* pode ser vista na conhecida passagem de Celso, *Digesto* 1,1,1: *ius est ars boni et aequi* (o “Direito é a arte do bom e do equitativo”). No direito romano, a *aequitas* é o critério segundo o qual a casos iguais se aplica uma decisão igual. Nas palavras de Francisco Amaral, “sendo a norma jurídica geral e abstrata, sua aplicação de igual modo a todos os casos da vida real poderia levar a tratamento diverso, donde a necessidade de adequar a regra ao caso concreto”.⁶⁹

Tomás de Aquino, continuando a tradição aristotélica e romana, trata na *Suma Teológica* da epiqueia, também chamada de equidade (*aequitas*), que faz parte da justiça tomada num sentido geral, como uma espécie de ‘realização da justiça’, segundo a expressão de Aristóteles.⁷⁰ O Aquinate observou que “os atos humanos que as leis devem regular são particulares e contingentes e podem variar ao infinito,” por isso é “impossível instituir uma regra legal que fosse absolutamente sem falha e abrangesse todos os casos”. Os legisladores tendem a levar em conta o que sucede com mais frequência ao legislar. “Mas, em alguns casos, observar rigidamente a lei vai contra a igualdade da justiça e contra o bem comum que a lei visa”. Nesses casos, “seguir a verdade da lei quando não oportuno é um ato vicioso, sendo necessário o uso da equidade”.⁷¹

A equidade é a arte de harmonizar a justiça com as outras virtudes que regulam as relações humanas, pois nas relações humanas nem tudo é justiça, há também outros deveres, próprios de outras virtudes, tais como solidariedade, caridade, moderação, etc. O equitativo, que é o objeto da

⁶⁷ (2001; p. 109).

⁶⁸ (2005; p. 62).

⁶⁹ (2004; pp. 19-20).

⁷⁰ (2005; p. 691).

⁷¹ (2005; pp. 689-690).

equidade, resulta da harmonização da justiça com outras virtudes – ou seja, a harmonização dos deveres que nascem de todas elas. Dessa maneira, “a equidade é a justiça mesclada com outras virtudes e o equitativo é o que resulta de harmonizar os deveres de justiça com outros deveres”.⁷²

No caso do Direito positivo brasileiro, o Código de Processo Civil, em seu artigo 127, restringe a utilização da equidade: “O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”. Mas essa vedação apenas se configura para as hipóteses em que o juiz considere como equitativo o resultado da aplicação de um critério pessoal em casos não previstos pela lei;⁷³ pois, de acordo com Robert Alexy, do fato de que a jurisprudência não pode passar sem os julgamentos de valor não pode ser deduzido que “essas aplicações da lei podem dar espaço livre para as próprias convicções morais subjetivas do aplicador do Direito sempre que esses julgamentos de valor sejam necessários”, tendo em vista os critérios objetivos do próprio sistema jurídico.⁷⁴ Não sendo, assim, vedada a utilização da equidade da maneira com que foi definida inicialmente por Aristóteles.

Além do mais, se a vedação fosse realmente entendida nesses termos, isto é, de que o juiz necessita de autorização legal para interpretar o direito se valendo da noção aristotélica de equidade, tal disposição estaria fora do poder do legislador. A equidade é um método de interpretação que tem aplicação mais notória nos casos em que uma lei, justa em seus termos gerais, se fosse aplicada a um determinado caso singular, produziria efeitos notoriamente injustos e totalmente indevidos. Nessa situação, deve ser reconhecido que a lei não é aplicável ao caso singular, apesar do que se pudesse acreditar a primeira vista. Cabe ao legislador ordenar condutas da maneira que considere justa, mediante normas gerais. O legislador tem poderes para revogar tais normas e editar novas, além de poder aclarar em termos gerais o sentido e alcance que quis dar a uma lei, mas não pode em nenhum caso definir sobre o método de interpretação delas. Isso está fora de seu poder, não pode ser incluído no conceito do ato de legislar a regulação do método de interpretação das normas gerais emitidas pelo próprio legislador.⁷⁵

A equidade é a maneira utilizada pelo juiz para elaborar as normas individualizadas, interpretando as leis. Se o legislador a proibir, tal disposição não tem alcance algum. Com isso não se está atacando o dever de obediência à lei, dever que pesa sobre todos os juízes, mas

⁷² HERVADA (2008; p. 171).

⁷³ RECASÉNS SICHES (1961; p. 659-660). Conferir, nesse sentido, o seguinte Acórdão: “A proibição de que o juiz decida por equidade, salvo quando autorizado por lei, significa que não haverá de substituir a aplicação do direito objetivo por seus critérios pessoais de justiça. Não há de ser entendida, entretanto, como vedando se busque alcançar a justiça no caso concreto, com atenção ao disposto no art. 5º da Lei de Introdução”. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira Turma. REsp 48.176/SP. Relator Ministro Eduardo Ribeiro. Data de julgamento: 12/12/1995. Data de publicação: 08/04/1996).

⁷⁴ (2001; pp. 22).

⁷⁵ RECASÉNS SICHES (1961; pp. 654-655).

se afirma que não pertence à função legislativa interferir na tarefa de individualização de normas gerais, papel que cabe unicamente aos juízes.⁷⁶

Essa situação de combate à equidade encontrada nos códigos decorre do fato de que o direito moderno esqueceu a lição de Aristóteles, se tornando avesso a qualquer possibilidade de subjetivismo na aplicação da lei pelo juiz. Atualmente, quando sua concepção é retomada, recebe o nome de razoabilidade; dessa forma, de acordo com Eros Grau, o postulado da razoabilidade não passaria de um novo nome dado à equidade.⁷⁷

Nos termos admitidos no presente trabalho, com base nos estudos feitos por Humberto Ávila, não se pode chegar ao ponto de dizer simplesmente que a razoabilidade não passa de outro nome dado à equidade. Essa posição, no entanto, tem que ser admitida em parte, pois Humberto Ávila destaca três acepções do postulado da razoabilidade, dentre elas a de razoabilidade como equidade, e nesse caso realmente se trata da equidade nos termos estabelecidos por Aristóteles. Essa identificação da equidade com o postulado da razoabilidade também pode ser decorrente do fato de que, como ressalta Recaséns Siches, a equidade seja um método para interpretar as leis razoavelmente.⁷⁸

5 Conclusão

O presente artigo pode ser considerado como um convite ao estudo das contribuições de Aristóteles e Tomás de Aquino à filosofia do direito, o que representa uma volta ao bom caminho da tradição jurídica. O processo de aperfeiçoamento da interpretação e aplicação do direito efetuado nos últimos anos, principalmente pela utilização dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, deve ser efetuado conjuntamente com a retomada de conceitos clássicos como a definição comum de justiça (“dar a cada um o seu”) e o juízo de equidade.

⁷⁶ RECASÉNS SICHES (1961; pp. 655-656).

⁷⁷ (2003; pp. 192-193).

⁷⁸ (1961; p. 654).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho*. Tradução de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 2004.

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A Equidade no Código Civil Brasileiro. *R. CEJ*, Brasília, n. 25, p. 16-23, abr./jun. 2004.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Tradução de Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

_____. *A Política*. Tradução de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Edipro, 1995.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar. n. 215, jan-mar, 1999, p. 151-179.

_____. O que é “devido processo legal”? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n.163, set. 2008, p. 50-59.

_____. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAYGILL, Howard. *Dicionário Kant*. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. (Coleção Dicionários de filósofos).

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. O devido processo legal substantivo nos 15 anos da Constituição Federal. *Revista Jurídica Virtual da Casa Civil da Presidência da República Federativa do Brasil*, Brasília-DF, v. 6, n. 60, maio/2004.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2003.

HERVADA, Javier. *Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito*. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MATOS, Marly de Bari (adap.). *Instituições de Justiniano: origem do direito brasileiro*. Tradução de Sidnei Ribeiro de Souza e Dorival Marques. São Paulo: Ícone, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução de L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

RECASÉNS SICHES, Luis. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. 2. ed. México: Porrúa, 1961.

SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*. Vol. VI: IIª seção da IIª parte – questões 57-122. São Paulo: Loyola, 2005.

SANTOS, Jarbas Luiz dos. *Princípio da Proporcionalidade: concepção grega de justiça como fundamento filosófico*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

SCHOLLER, Heinrich. O Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo na Alemanha. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet. *Interesse Público*, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 93-107, abr./jun. 1999.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 1, p. 607-630, 2003.

_____. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

VILLEY, Michel. *O Direito e os Direitos Humanos*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

O DIREITO PENAL E O MEDO: UM FLERTE ENTRE A “SOCIEDADE DE RISCO” E A TEORIA FUNCIONALISTA DE GÜNTHER JAKOBS¹.

Ederson Luiz Reis dos Santos

Mestrando em Ciências Criminológico-Forenses pela Universidade de La Empresa/Uruguai. Pós-graduando em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito aplicado pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Guarda Civil do Município de Londrina.

Eduardo Diniz Neto

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. Docente do Departamento de Direito Público do Centro de Estudos Sociais Aplicados da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Professor e ex-presidente da Fundação Escola do Ministério Público do Paraná (FEMPAR). Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra.

RESUMO: A “Sociedade de risco” segundo Ulrick Beck (1986) mostra que as consequências do desenvolvimento científico, industrial, cultural etc. são um conjunto de riscos que produzem a cultura do medo e um governo inteiramente regido pelas leis da probabilidade. De tal modo, o fenômeno da globalização, o dimensionamento dos problemas, a configuração de uma sociedade insegura implicou significativas mudanças sociais, sendo então o Direito Penal frequentemente convocado a controlar essas novas peculiaridades. Assim, utilizando-se da metodologia qualitativa, por meio da revisão bibliográfica e documental, analisa-se esse novo dirigismo do Direito Penal na sociedade contemporânea, que a par de sua concepção clássica (proteção de bens jurídicos) se aproxima do Funcionalismo Sistemico de Günther Jakobs (proteção da própria norma) com a expansão criminal para os modelos de delitos de perigo abstratos supraindividuais como resultado do domínio do medo e a aspiração por um Estado de segurança. Por fim, valendo-se do método dedutivo para análise geral do tema, observará essa ligação entre a “cultura do medo” estabelecida pela “Sociedade de Risco”, o “Novo Direito Penal” e a dogmática funcionalista defendida por Günther Jakobs, bem como as possíveis consequências dessa busca obsessiva de elementos de orientação penal no atual contexto social.

¹ Artigo apresentado no curso de Pós-Graduação em Direito e Processo Penal da Universidade Estadual de Londrina (2021) sob a orientação do Professor Me. Eduardo Diniz Neto.

Palavras chaves: Direito Penal. Sociedade de risco. Funcionalismo Sistemico.

ABSTRACT: The “Risk Society” according to Ulrich Beck (1986) shows that the consequences of scientific, industrial, cultural development are a set of risks that produce the culture of fear and a government entirely governed by the laws of probability. In such a way, the phenomenon of globalization, the dimensioning of the problems, the configuration of an insecure society implied in significant social changes, being then the Criminal Law frequently called to control these new peculiarities. Thus, using the qualitative methodology, through bibliographical and documental review, this new direction of Criminal Law in contemporary society is analyzed, that contrary along with its classical conception (protection of legal assets), resembles to Günther Jakobs Systemic Functionalism (protection of the norm) with the criminal legislation expansion to supra-individual abstract danger offenses models as a result of the dominance of fear and the aspiration for a security State. Finally, using the deductive method for the general analysis of the theme, we will observe this connection between the "culture of fear" established by the "Risk Society", the "New Criminal Law" and the functionalist dogmatics defended by Günther Jakobs, and the possible consequences of this obsessive search for elements of penal orientation in the current social context.

Key- words: Criminal Law. Risk society. Systemic Functionalism

1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal sempre será um tema atual, por vezes, ouve-se falar que ele está em crise, mas o que é a crise, senão um fenômeno social, e sendo um fenômeno social, como não surtir efeitos nas ciências penais.

Ademais, as crises na sociedade pós-industrial - ou de “Risco” para Ulrich Beck (1986) - são potencializadas pela quebra de fronteiras denominada globalização. Assim, não há mais barreiras para as interações sociais, tecnologias, informações, cultura, mercado de consumo etc, logo, a sociedade que aspirava por uma inclusão entre os povos, sofre, atualmente, com as vulnerabilidades e inseguranças uns dos outros.

Nesse aspecto, os anseios da sociedade, o medo e a insegurança podem dimensionar uma tutela jurídica desnecessária e autoritária. O controle da crise gera o descontrole legal, e aqui, num viés epistemológico, a suposta crise do Direito Penal (que, diga-se de passagem, é essencial para sua manutenção) trilha um caminho sombrio, uma vez que, a tutela emergente e

simbólica afasta sua concepção clássica - que no olhar de Claus Roxin seria a proteção de bens jurídicos - se aproximando do Funcionalismo Radical de Günther Jakobs.

Desta forma, o presente estudo faz uma breve análise sobre o Direito Penal contemporâneo, onde o fenômeno da globalização dimensionou os problemas a níveis mundiais, gerando a cultura desenfreada do medo. Ademais, a configuração de uma “sociedade de risco” implicou significativas mudanças sociais, sendo o Direito Penal comumente convocado a controlar novos dilemas, com efeito, gerou-se uma utilização desmedida – dito expansionismo - e conseqüentemente possíveis mudanças na sua estrutura clássica, alterando conceitos solidificados ao longo da história, principalmente quanto a sua função.

Assim, utilizando-se da metodologia qualitativa, por meio da revisão bibliográfica e documental, valendo-se do método dedutivo para análise geral do tema, buscar-se-á a caracterização da “Sociedade de Risco” segundo os estudos de Ulrich Beck (1986). Após, far-se-á algumas considerações sobre a evolução doutrinária do Direito Penal até as chamadas correntes do Funcionalismo penal, mais especificamente de Claus Roxin (1970) e Günther Jakobs (1995). Por último, analisar-se-á a suposta ligação entre a “cultura do medo” estabelecida pela “Sociedade de Risco”, o “Novo Direito Penal” e a dogmática funcionalista defendida por Günther Jakobs.

Por fim, sem a pretensão de esgotar o tema, será observada a necessidade de evolução do Direito Penal para acompanhar as tendências da “Sociedade de risco”, se afastando do Funcionalismo Sistêmico e preservando as garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito.

2 ACERCA DA “SOCIEDADE DE RISCO”

Ulrick Beck, em sua obra: "Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade" no original "*Risikogesellschaft. Weg in eine andere Moderne*" (1986) discorreu sobre as conseqüências do desenvolvimento desenfreado científico e industrial como causa da precarização crescente e massiva das condições de existência, desigualdades sociais e de incertezas quanto às condições futuras.

Num contexto evolucionar, verifica-se uma série de processos de caráter econômico, científico e político que dimensificam a economia, revolucionam a tecnologia e transformam os meios de comunicação. Tal fenômeno, conhecido por globalização, promove uma mudança de tempo, ressignificando valores e pulverizando os problemas locais a níveis mundiais. Os problemas e as soluções estão se generalizando, ultrapassando o viés individual e alcançando o

coletivo, ao passo que, as decisões envolvem várias comunidades, Estados e, portanto, um número inestimável de outras pessoas (ALLER, 2006).

Nas palavras de Beck (2011, p. 23) “Na modernidade tardia, a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos”. Para tanto, imperioso ressaltar que, o risco não é um fenômeno de origem moderna, todavia, ganhou novos contornos e adaptações em uma sociedade dotada de complexidades a qual, no olhar da sociologia contemporânea, a semântica do risco relaciona-se com o processo de modernização, mola propulsora de incertezas e ameaças, que aliada à massificação da informação cria um mundo de perigos e conseqüentemente a “cultura de medo”. Nessa via, se extrai que os riscos, aqui explanados, são os construídos/fabricados pela própria civilização, especificamente com relação aos riscos que não podem ser mensurados, mesmo que haja grandes avanços nas ciências da probabilidade. As incertezas são construídas e não se podem quantificar suas conseqüências, como se observa nos apontamentos de Beck, (2006, p. 5-7):

Os riscos com os quais nos confrontamos não podem ser delimitados espacialmente, temporalmente, ou socialmente; eles abrangem estados-nação, alianças militares, e todas as classes sociais, e, por sua natureza, apresentam novos tipos de desafios às instituições designadas para seu controle. As regras estabelecidas de atribuição e responsabilidade – causalidade, culpa e justiça – quebraram-se. Isso significa que sua cuidadosa aplicação à pesquisa e jurisdição tem o efeito contrário: os perigos aumentaram e sua “anonimatização” (anonymization) é legitimada. [...] Quando falo de “sociedade de risco”, é nesse último sentido de incertezas fabricadas. Essas “verdadeiras” incertezas, reforçadas por rápidas inovações tecnológicas e respostas sociais aceleradas, estão criando uma nova paisagem de risco global. Em todas essas novas tecnologias incertas de risco, estamos separados da possibilidade e dos resultados por um oceano de ignorância.

O tema “sociedade de risco” vem sendo suscitado em vários lugares e campos do conhecimento, isso pelo fato de decisões civilizacionais, em qualquer parte do mundo, envolver conseqüências e ameaças globais, a exemplo, a onda de desmatamentos e queimadas na Amazônia que causou uma comoção a nível mundial, ao ponto de gerar um desgaste político entre os Presidentes do Brasil e da França, e, diga-se de passagem, essa situação impulsionada pelo mundo globalizado comoveu até o líder do catolicismo, que aderiu ao clamor público para proteger a floresta (BBC NEWS, 2019).

A globalização superou qualquer barreira, e isso não quer dizer que ela seja boa ou ruim, mas é a maneira mais adequada de conceber à sociedade como se fosse um sistema macro ou uma aldeia global. É nítido o progresso (em alguns pontos) com relação à forma rápida e conjunta para

repudiar eventuais violações de direitos humanos, cataclismos, desastres ecológicos, vítimas de doenças infecciosas e muitas outras vicissitudes do mundo. Além disso, a informação sem fronteira, ou seja, globalizada, nos permite que saibamos o que se passa, nesse exato momento do outro lado do hemisfério, além de nos colocar dentro de uma espaçonave com um click, em tempo real, a quilômetros de distância da terra (ALLER, 2006).

Em seus profundos estudos sobre o tema, Bauman (2007, p.89-90) sustentou que a “sociedade de risco” evoluiu para uma sociedade de “incerteza global”, revelando as consequências sociais do processo globalizador. Nesse sentido, a globalização (entendida pelo autor como “abertura” ou quebra de fronteiras) possui modernamente um viés “negativo”, qual seja, a força contrária às políticas institucionalizadas como: capital, financiamento, comércio de produtos primários, informação, criminalidade, tráfico de drogas, de armas etc.

Nas palavras de Bauman (2007, p.13):

O atributo da "abertura", antes um produto precioso, ainda que frágil, da corajosa mas estafante *auto-afirmação*, é associado, hoje, principalmente a um *destino* irresistível - aos efeitos não-planejados e imprevistos da "globalização negativa" - ou seja, uma globalização seletiva do comércio e do capital, da vigilância e da informação, da violência e das armas, do crime e do terrorismo; todos unânimes em seu desdém pelo princípio da soberania territorial e em sua falta de respeito a qualquer fronteira entre Estados. Uma sociedade "aberta" é uma sociedade exposta aos golpes do "destino".

Como visto, a marca fundamental da sociedade de risco é a insegurança; os perigos generalizados (guerra, terrorismo, corrupção, desemprego, epidemias) são fenômenos típicos de uma sociedade sem fronteiras, ficando a indagação de como é possível que as ameaças e riscos sistematicamente produzidos sejam evitados, minimizados, e quando inevitáveis, como controlar seus efeitos colaterais de modo que não comprometam o desenvolvimento da sociedade (BECK, 2011).

Em resposta, David Garland (2014) afirma que tem havido uma marcante mudança de ênfase da modalidade do bem-estar social para a modalidade penal, que vem se tornando mais importante, mais punitivo, mais expressivo, mais voltado para a segurança. O delinquente tem menos probabilidade de ser representado no discurso oficial como cidadão socialmente carente, que precisa de socialização, pelo contrário, é apresentado como indivíduo que merece ser castigado, indigno e um tanto perigoso.

Nesse sentido, o dimensionamento dos problemas na “sociedade de risco” implica significativas mudanças sociais, e o Direito Penal ganha destaque na solução desses novos problemas.

Desse modo, o medo passa a ser tutelado na esfera criminal, os problemas específicos de determinados povos passam a ser objeto de proteção em outras sociedades, que se veem inseguras diante do perigo alheio, como bem explica Aller, (2006, p.9):

Los problemas de otras naciones y comunidades se transmiten velozmente, al punto de ser captados y sentidos como propios, llegándose al extremo de generar reacciones punitivas a cuestiones que no conciernen al momento ni circunstancias locales (no merecedoras allí y entonces del celo penal), pero motivados por la problemática ajena, cuando no por los reclamos de otros Estados, se legisla penalmente asumiendo como local el conflicto foráneo. No escapa a estas consideraciones el sensato pensamiento de quien, avizorando una determinada situación en otro país, que sea agravante de bienes jurídicos, analice el entorno suyo para contemplar el eventual traslado de esas conductas dañosas a su país.

Assim, o Direito Penal ganha novos contornos; na sociedade de risco os problemas são comuns e o bem jurídico outrora tutelado ultrapassa seus conceitos clássicos, assim como a incerteza e o medo que passam a serem vistos como problemas por si só, razão pela qual identifica-se na sociedade de risco a proliferação de delitos de perigo, com a necessidade de criminalizar as condutas de risco sem esperar a produção efetiva de danos, lesões ou de morte (DINIZ NETO, 2010).

A globalização do Direito Penal é inegável, fala-se em “Novo Direito Penal” ou “Modernização do Direito Penal”, ao qual é caracterizada por dar origem à tutela eminentemente normativa (sem ou com mínimo conteúdo social) ao invés de uma resolução direta do problema jurídico-criminal (proteção de bens jurídicos).

Nesse aspecto, acentua Diniz Neto (2010, p.204):

Diante das contingências desse novo dirigismo da “sociedade de riscos”, ou seja, dentro de um contexto de exigências da própria modernização do direito penal, recrudescer, para muitos críticos, a crença na capacidade de intimidação pelas penas, revalorizando-se o escopo, principalmente, da prevenção geral através das sanções de natureza penal frente a condutas de determinados grupos de pessoas, representativos de verdadeiras “fontes de perigo” e que, por isso mesmo, devem ser neutralizados a qualquer custo (“direito penal do inimigo”), sem se priorizar, ou mesmo a desprezar totalmente, o caráter preventivo especial (ressocialização). (DINIZ NETO, 2010, p.204).

Por fim, os efeitos incontrolláveis gerados pela globalização proporcionaram um ambiente inseguro por definição (Bauman, 2007). O Direito Penal na “sociedade de risco” vem se afastando de sua concepção clássica (proteção de bens jurídicos) e se aproximando do Funcionalismo Sistêmico de Günther Jakobs (proteção da própria norma), assim a expansão criminal para o modelo de delitos de perigos abstratos supraindividuais é resultado do domínio do medo e intervenção antes que se produza uma suposta lesão a algum bem.

3 SOBRE O FUNCIONALISMO PENAL

Aqui, torna-se importante tecer algumas breves considerações sobre a evolução doutrinária do Direito Penal até o chamado Funcionalismo penal, com origem nos anos 70 na doutrina jurídica Germânica.

Inicialmente, com o desenvolvimento do positivismo, Karl Binding, em sua obra *Die Normen und ihre Ubertretung* (1872) - “As normas e sua violação”- inaugurou a teoria do Positivismo Jurídico (que não se confunde com a Escola Positiva) responsável por conferir uma posição extremamente normativa e formal à conduta humana tida como delituosa, para tanto, a conduta era um mero movimento corporal que resultava na modificação do mundo exterior, ou seja, a conduta compreende uma descrição objetiva, vinculada ao resultado pela relação de causalidade. O positivismo jurídico se ocupa exclusivamente da norma, se afastando dos conceitos sociais e valorativos (MASSON, 2020). Contrário ao posicionamento de Binding, mas também positivista, Fran Von Liszt (1881) sustentou a teoria do Positivismo Sociológico ou naturalista, partindo da concepção que o delito não é uma ofensa ao direito subjetivo (visto como a ordem jurídica pode proteger interesses) e sim a um interesse juridicamente protegido, concebidos a partir da realidade social e não da própria norma jurídica, dessa maneira, a ideia do interesse do bem jurídico - e não a do direito subjetivo - é indispensável ao Direito Penal (LISZT, 2006, p. 94-95)

Superando o paradigma positivista, mas com bases idênticas, surge o Neokantismo penal, com Rudolf Stammler e Gustav Radbruch como seus principais representantes. Diferente dos positivistas que atribuíram prioridade ao “ser” do direito, os neokantistas supervalorizaram o “dever ser”, mediante a inserção de considerações axiológicas e materiais. No neokantismo a ação supera seu conceito naturalista para assumir um postulado valorativo, sendo redefinido como comportamento humano voluntário. Nessa senda, o dolo como elemento da culpabilidade é questionado (sem muitos avanços); a divisão entre o subjetivo e o objetivo são flexibilizadas; a culpabilidade é observada no campo da ética (culpabilidade normativa) e as relações entre a criminalização e a ilegalidade

desenvolvem conceitos de ação e conduta. Em suma o Neokantismo penal reafirmou a ideia da teoria estratificada do delito (ZAFFARONI, 2019, p. 132-133).

Em sucessão ao Neokantismo, Hans Welzel (1930) desenvolveu a Teoria Finalista, chamada de Teoria Final da Ação, que refere-se à conduta humana como exercício de uma finalidade, razão pela qual a ação é um acontecer final, e não, apenas causal. Para o Finalismo a “essência” da ação está no fato de que o indivíduo por meio de uma antecipação mental controla cursos causais e seleciona meios correspondentes no sentido de determinado objetivo, “supradeterminando-o finalisticamente” (ROXIN apud JUNIOR E LAZARI, 2017, p.384).

Questionando a validade dos conceitos penais desenvolvidos pelo Sistema finalista, surge uma nova visão da dogmática jurídica penal, o então Funcionalismo Penal. Na preocupação de olhar o Direito Penal sob viés valorativo, afastando-o do tecnicismo jurídico centralizado na adequação típica, Claus Roxin (1970) propôs o Funcionalismo teleológico (dualista, moderado ou da política criminal), por sua vez, partindo da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann (1984), Günther Jakobs (1995) desenvolveu o Funcionalismo sistêmico (radical ou monista).

De maneira sintética, mas visando introduzir o tema, Masson (2020, p.84) rubrica:

Em suma sustenta o funcionalismo que a dogmática penal deve ser direcionada à finalidade precípua do Direito Penal, ou seja, à política criminal. Essa finalidade seria a reafirmação da autoridade do Direito, que não encontra limites externos, mas somente internos (Günther Jakobs) ou então a proteção de bens jurídicos indispensáveis ao desenvolvimento do indivíduo e da sociedade, respeitando os limites impostos pelo ordenamento jurídico (Claus Roxin).

Ressalta-se que o funcionalismo penal sofreu nítida influência das teorias sociológicas elaboradas por Max Weber, Émile Durkheim, Robert Merton, Niklas Lühmann, Jürgen Habermas, dentre outros estudiosos da sociologia moderna. No campo sociológico o funcionalismo é aplicado na análise do processo social e o seu consequente desenvolvimento, esclarecendo os mais variados aspectos da sociedade, segundo as funções desenvolvidas pelas instituições que nela operam e seus diversificados segmentos.

Nesse prisma, com o objetivo de estruturar as categorias basilares da ciência penal do ponto de vista político-criminal, Claus Roxin (1970) propôs em sua obra “*Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*” - (Política criminal e sistema jurídico-penal) - o conceito teleológico/político-criminal. Contrário à máxima de Liszt, onde o “Direito Penal é a barreira intransponível da política criminal”, Roxin sustenta que o Direito Penal e Política criminal se interpenetram, devendo os

conceitos da teoria do delito sofrer uma revisão em seus fundamentos e conteúdo à luz da função político-criminal que lhes cabem (ROXIN, 2006).

Extraí-se do funcionalismo penal teleológico uma releitura do conceito do delito a partir dos princípios políticos criminais, a exemplo o da Intervenção Mínima e Insignificância, de modo que a tipicidade supera seu sentido puramente formal e alcança seu viés material, reintroduzindo na matéria penal a teoria da imputação objetiva, que parte da premissa de que só é imputável ao agente a conduta que cria um risco juridicamente desaprovado e desde que esse risco se concretize no resultado. Para uma melhor compreensão, reprisam-se as palavras de Roxin, 2006, p. 71:

A teoria da imputação objetiva compreende a ação típica de modo consequente como a realização de um risco não permitido, delimitando os diversos âmbitos de responsabilidade. Ela fornece, assim, um parâmetro de interpretação que se orienta imediatamente segundo o injusto material, segundo a intolerável lesividade social do comportamento do autor. Com isso, permissão e não permissão de um risco designam os limites entre a liberdade dos cidadãos e a faculdade interventiva estatal.

Em suma, Roxin (2015), em sua visão funcionalista teleológica, asseverou que a finalidade do Direito Penal deve ser limitada por exigências políticos-criminais, razão pelo qual a aplicação de penas só se justifica quando há lesões de bens jurídicos que não possam ser protegidas por meios menos incisivos. Assim, os fenômenos jurídicos devem ser orientados social e juridicamente, não se esvaindo na finalidade ou na causa.

Nesse sentido, à luz de critérios políticos, a dinamização da teoria do delito por Roxin repercutiu significativamente na dogmática penal, vinculando aos elementos do delito variada carga axiológica, a exemplo: na tipicidade, o critério básico foi a da determinação legal em consonância com a reserva legal; na antijuridicidade, foi a solução social dos conflitos, e na culpabilidade (responsabilidade) foram os fins da pena de caráter predominantemente preventiva (MASSON, 2020). Finalmente, a Teoria Funcionalista Teleológica, nas palavras de Roxin (2015, p.34) conduz a seguinte tese: “A tarefa do direito penal consiste na proteção subsidiária de bens jurídicos”.

Em contraponto aos estudos de Roxin, Günther Jakobs (1995) desenvolveu outra vertente do Funcionalismo penal, conhecido por Funcionalismo Estratégico, Radical, Monista ou Sistêmico, ao qual foi inspirada na Teoria dos Sistemas do sociólogo Niklas Luhmann (1984).

Para a Teoria Luhmanniana, os sistemas se autoproduzem, razão pela qual trabalha com a ideia de "Sistemas Autopoiéticos", sustentando a premissa que a sociedade é um sistema que se compõe de comunicações e não necessariamente de seres humanos, e enquanto sistema segue suas

próprias regras, assim como os sistemas biológicos e psicológicos. O autor ressalta o importante papel dos seres humanos, porém entende que esses não compõem o sistema, mas participam e executam as comunicações que os transcendem, dessarte, seus atos são mais que a expressão do sentido social do que uma representação consciente individual independente. Em resumo o conceito de comunicação se converte em um fator decisivo para a determinação do conceito de sociedade. Ainda, com relação ao direito, Luhmann o entende como um subsistema em que “é comunicação e nada mais que comunicação”, visto como um sistema autorreferencial que processa informações de forma autônoma, define significados e constrói sua realidade e expectativas (CRUZ, 2008).

Inspirado nessa teoria, Jakobs parte da concepção do direito como um sistema autopoietico, o qual sua função, mais especificamente a função do Direito Penal, é tão somente a proteção das suas próprias normas, posto que a proteção de bens jurídicos torna-se utópico, já que, sempre haverá sua violação, a despeito da norma proibitiva.

Para o Funcionalismo Sistêmico, o crime, visto como uma comunicação defeituosa, é uma fraude de expectativas (não dano a bem jurídico) que prejudica a validade da norma, e a pena tem o significado de manter essas expectativas, ou seja, o “*status*” da norma. Deste modo, a imposição de pena é a forma do sistema social de lidar com a fraude à custa do delinquente e cumprir sua função de estabilização normativa, ou seja, a pena não se destina a prevalecer sobre o infrator (seu modo de ser ou de agir), mas para reafirmar aos cidadãos suas expectativas sobre a norma. Em outras palavras, o fim da pena é tão somente o preventivo geral positivo, devendo se encarregar de reafirmar o valor da norma violada e a ordem jurídica e, com isso, a confiança e fidelidade ao Direito Penal (JAKOBS, 2001).

Assim, na construção teórica Jakobsiana, as normas legais seriam expectativas de comportamento contrafactual estabilizado e, o crime, a falha na comunicação que viola a validade da norma e consequentemente recorre-se a pena como instrumento de garantia da validade dessa norma violada. Para o autor, a sociedade se constitui justamente por meio de normas, e a partir dessas, conquistam sua identidade pessoal (direitos, deveres e liberdades). Sem elas, não haveria sociedade e perderíamos a identidade de povo, portanto o Direito Penal é invocado com a função de zelar pelo mais essencial e fundamental de tais normas, e assim resolver a subsistência dessas que estruturam a base do social (CRUZ, 2008).

Outro ponto relevante é sobre o posicionamento de Günther Jakobs sobre Teoria da imputação objetiva, para esse a teoria deve ser desenvolvida com base nos contatos sociais (relações entre as pessoas), sendo a imputação objetiva do comportamento (e não do resultado) uma imputação vinculada a alguma sociedade concretamente considerada e se determinados contatos causarem certas consequências, deve-se recorrer à tipicidade penal de modo objetivo (LEAL, 2016).

Para efeitos dessa teoria, Regis Prado e Érika de Carvalho (2005, p.6) expõem:

[...] a imputação de comportamentos propõe quatro critérios fundamentais de imputação: o risco permitido (definido normativamente como o estado normal de interação, ou seja, como o status quo de liberdades de atuação vigentes, desvinculado da ponderação de interesses que deu lugar ao seu estabelecimento); o princípio de confiança (que na verdade nada mais é do que uma adaptação do risco permitido às circunstâncias concretas); a proibição de regresso (que busca delimitar de forma sistemática o âmbito da participação punível dentro da imputação objetiva com fulcro em critérios objetivo-normativos) e a competência da vítima (carente de maior precisão e ampliação).

Em síntese, o Funcionalismo-sistêmico preza pela fidelidade ao ordenamento jurídico penal, partindo da premissa que a sociedade é composta por comunicações entre seres humanos, sendo que o Direito Penal não determina quais condutas devem ser seguidas, mas assegura as expectativas de condutas pela sociedade. Quanto aos elementos do delito, a causalidade deve ser substituída por critérios puramente normativos e tanto o injusto quanto a culpabilidade devem ser interpretados à luz da validade da norma. Assim, a norma é a base do Funcionalismo sistêmico de Jakobs, independente do bem jurídico tutelado, a violação resultará sempre em uma lesão na própria norma.

Por fim, a sistematização proposta por Jakobs tem como impacto marcante na dogmática penal a criação de uma nova percepção de “riscos” para o Direito Penal, ao qual o risco criado não está na conduta em si, mas no próprio tipo incriminador. Nesse sentido, o Direito Penal funcionalizado tende a justificar a tutela antecipada de grandes riscos da sociedade contemporânea, assim a “cultura do medo” crédula na efetiva capacidade das penas se aproxima do “Direito Penal do Inimigo”, promovendo uma desenfreada hipertrofia penal para neutralizar qualquer “fonte de perigo”.

4 O DIREITO PENAL E O MEDO – O FLERTE COM A TEORIA DE JAKOBS

Outrora visto, a “Sociedade de risco”, segundo Ulrich Beck, mostra que as consequências do desenvolvimento científico, industrial, cultural são um conjunto de riscos que produz a cultura do medo e conseqüentemente um governo inteiramente regido pelas leis da probabilidade.

Na quebra de fronteiras, denominada "globalização", as sociedades são total e verdadeiramente abertas, seja material ou intelectualmente, de modo que, toda injúria, privação relativa ou indolência em qualquer lugar é coroada pelo insulto da injustiça. O medo torna-se o pior pesadelo na sociedade de risco, que alimentado pela incerteza e insegurança, faz nascer um sentimento mútuo de impotência, perdendo-se a sensação de controle e tornando-se mais apavorante e menos tolerável. Nesse sentido, em razão do capitalismo, o medo está sendo utilizado como fonte para se obter qualquer espécie de lucro, seja comercial ou político, passando a ser bandeira nos manifestos e campanhas eleitorais. A exibição de ameaças se tornou um grande trunfo na guerra de audiência dos meios de comunicação (pedófilos, *serials killers*, assaltante, estupradores, traficantes, terroristas ou até mesmo imigrantes ilegais) contra quem o Estado contemporâneo promete defender seus cidadãos (BAUMAM, 2007).

O medo passou a ser visto como problema por si só, distinto do crime e de sua vitimização, tanto que políticas específicas têm sido desenvolvidas mais com o objetivo de reduzir os níveis de medo do que reduzir as condutas criminosas. O tema ganhou tanta repercussão que há desenvolvimentos científicos sobre os níveis e as características desse medo, categorizando e medindo as reações emocionais provocadas pelo crime – medos concretos, medos difusos, insegurança generalizada, raiva, ressentimento – e correlacionando-os com os parâmetros atuais de risco e vitimização (GARLAND, 2014).

Fontes para o exercício de poder, o medo, a insegurança e as incertezas ganharam notoriedade na “sociedade de risco”. Alardes sobre o aumento da criminalidade, a guerra contra o terrorismo e narcotraficantes, ações ostensivamente duras dos governos, o rápido crescimento da população carcerária, a inflação legislativa criminal são características do Direito Penal que se reveste de novos contornos, em outras palavras, o Direito Penal está sendo globalizado e invocado para ser a resolução dos atuais problemas, e sua missão, a par da proteção de bens jurídicos tradicionais, se volta para a tutela de novos bens jurídico-penais peculiares da sociedade pós-industrial, tarefa que implica a revisão de muitos de seus fundamentos de ordem dogmático-jurídica e das posturas político-criminais (DINIZ NETO, 2010, p.203).

Nessa esteira, Germán Aller (2006) sustenta que a partir da globalização, o Direito Penal tradicional tem se transformado para atingir as novas exigências da sociedade moderna, para tanto, os bens jurídicos (cada vez mais abstrato: coletivo e supraindividual, mas não individual), a criação de infrações penais sem proteção efetiva a bens jurídicos, a hipertrofia criminal (novas infrações criminais, superposição de normas, penas mais duras) são características do novo Direito Penal, fruto de demandas sociais massivas por regulação. No entanto, critica-se, se a proliferação dos tipos penais de perigo abstrato, o uso do Direito Penal para fins de mera segurança, a responsabilidade

penal das pessoas jurídicas, a privatização da justiça e graves alterações no processo penal não tendem a reduzir as tão custosas garantias individuais.

De mais a mais, explica o referido autor que há tempos atrás, os crimes eram aqueles perceptíveis pelos sentidos, tangíveis e facilmente apreciáveis, ao passo que o Direito Penal na sociedade de risco não pode ser governado por esses protótipos, pois não é mais a violência física, nem o que perceptível pelos sentidos, mas sim o Direito Penal se voltando para a ciência do criminoso (Direito Penal do autor), criando-se tipos de perigo abstrato - fora do conceito clássico de real perigo - na concepção do arriscado.

Não é outro, senão o resultado da sociedade pós-industrial, dotada de complexidades, ao quais os níveis de contatos sociais redundem em possíveis consequências lesivas, onde os delitos de resultado/lesão se mostram carentes e insatisfatórios como meio de intervenção, daí recorre-se frequentemente aos tipos de perigo, com configuração cada vez mais abstrata ou formalista (SÁNCHEZ, 2013, p. 37-38). Vislumbra-se no atual cenário a criação de novos ramos do Direito Penal, a exemplo a proteção do meio ambiente, da economia, dos sistemas digitais e não raro com aumento das penas ou seu recrudescimento. Logo, na sociedade de risco há um amplo Direito Penal, geralmente de intervenção máxima, construído com formato de tipo aberto, de perigo abstrato e de responsabilidade objetiva. A globalização do Direito Penal, ao revés do clássico, altera o paradigma quanto ao dano ao bem jurídico pela periculosidade e risco.

Para Silva Sánchez (2013), a introdução de novas infrações penais, o agravamento das penas, a flexibilidade dos critérios de imputação, a relativização dos princípios político-criminais, a reinterpretção das garantias clássicas do Direito Penal substantivo e direito processual adjetivo, bem como a ampliação das áreas de risco criminal são aspectos que denotam tendência a expansão do Direito Penal. Ainda, segundo o autor, ciência penal na sociedade pós-industrial se converte em um direito de gestão (punitivo) de riscos gerais, o qual se denominou de administrativização do Direito Penal, que caracterizado pela introdução de novos objetos de proteção somado a antecipação das fronteiras de proteção penal, resultou na transição do modelo de “delito de lesão de bens individuais” ao modelo de “delito de perigo (presumido) de bens supra-individuais” (SÁNCHEZ, 2013, p.146-148). Tudo isso, anuncia a funcionalização do Direito Penal, não apenas para fins de minimização de risco, mas também (e de forma muito mais promissora) por uma questão de segurança subjetiva, legitimada num Direito Penal que promete a proteção contra comportamentos de risco e a preservação - simbólica - da insegura “sociedade de risco” (PRITTWITZ, 2003, p.263).

Nessa perspectiva, o novo dirigismo penal conduzido pela sociedade de risco flerta com a proposta de sistematização elaborada por Jakobs, de modo que o bem jurídico se confunde com a própria norma, sobre a qual se funda as bases do Funcionalismo sistêmico. Ademais, ao olhar o direito como um sistema autopoietico, justifica-se a incidência da lei penal diante da simples violação

da norma, prescindindo, pois, da análise da ocorrência de efetiva lesão ou não a um determinado bem jurídico, de modo que o Direito Penal corresponde à função de garantir a parte mais essencial e básica das normas, que é a sua própria vigência. Assim, “na base da concepção funcionalista, portanto, a perspectiva do risco vincula-se com uma série de fenômenos afetos ao moderno Direito Penal, na medida em que este intervém em novos âmbitos cuja regulamentação pressupõe juízos de valor eminentemente normativos” (DINIZ NETO, 2010, p. 211).

Outro aspecto relevante entre a Sociedade pós-moderna e a Teoria de Jakobs é com relação à busca pelo inimigo. Segundo Günther Jakobs citado por Aller (2006, p.1-3), os indivíduos definidos como perigosos com base em seus hábitos e reincidência criminal (persistência criminal), estilos de vida ou rejeição do Sistema Institucional devem ser privados de seu “*status*” de pessoa, com o fundamento de que esses se afastam do papel de cidadão e, portanto, tornam-se inimigos da sociedade. Jakobs, em sua teoria, referia-se à legislação para combater o crime econômico, terrorismo, crime organizado, tráfico de drogas, crimes sexuais e outras ofensas consideradas perigosas.

Frisa-se, que a busca pelo inimigo não é novidade e, num contexto histórico, sempre se buscou o não cidadão, assim as maiores atrocidades humanas se serviram de Códigos penais, tais como: a Lei de Talião no Código de Hamurabi (datado de 1.770 a.C); a pena de morte como punição de qualquer delito no “Código de Drácon” por volta de 620 a.C; a caçada incessante as famigeradas “bruxas”, no século medievo XV - XVI, seguindo o rito manual “*Malleus Maleficarum*” e os suplícios em praças públicas como espetáculo punitivo até meados do século XVIII.

Não diferente, a “Sociedade de risco” impulsionada pela “cultura do medo” assume uma postura de guerra em todos os sentidos, como se observa na “Guerra ao terror” empregada pelos Estados Unidos contra o terrorismo, na Grã-Bretanha contra os imigrantes sem-teto e no Brasil contra a corrupção e as drogas. Nessa linha, a criação de novas ofensas criminais, o aumento das penas e a diminuição das garantias individuais, além de uma linguagem bélica são os caminhos de repressão contra os definidos como inimigos.

Fato que, o Direito Penal dos “inimigos” sempre existiu (oficial e não oficialmente) e como bem observa Sánchez (2013, p. 193-197), ao considera-lo a “terceira velocidade” do Direito Penal (pena de prisão com ampla relativização de garantias políticos-criminais, regras de imputação e critérios processuais), na sociedade contemporânea - de risco - o Direito Penal dos inimigos tenderá, ilegitimamente, a estabilizar-se e a crescer.

Em conclusão, mas longe de se exaurir o tema, pode-se afirmar que certamente existe, como já observado, uma ligação entre a “cultura do medo” estabelecida pela “Sociedade de Risco”, o “Novo Direito Penal” e a dogmática funcionalista defendida por Günther Jakobs. Entretanto, discute-se, se a busca obsessiva de elementos de orientação normativa, mais precisamente no Direito

Penal, como bem expressa PRITTWITZ (2003), não causará uma violação massiva dos direitos individuais fundamentais, haja vista que os problemas da sociedade moderna permanecem sem a efetiva solução quando transferidos ao Direito Penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Findo o presente estudo, observou-se que na sociedade pós-industrial tem havido um grande desenvolvimento industrial, tecnológico, científico e financeiro, que impulsionou os Estados a realizarem Acordos, Tratados, Blocos econômicos para construir uma sociedade de inclusão, não à toa, Bauman (2007) já dizia que a ideia de "sociedade aberta" era originalmente compatível com a autodeterminação de uma sociedade livre que cultivava essa abertura, contudo, esse fenômeno trouxe a experiência da vulnerabilidade, da insegurança e do medo generalizado.

Na sociedade contemporânea os riscos foram globalizados: guerras, experiências nucleares, narcotráfico, crises ambientais, terrorismo, ciberespaço financeiros, experiências genéticas e demais comunicações e interações humanas que geram potenciais riscos a toda humanidade, tudo isso, que se chamou globalização, tornou a população horrorizada por sua própria vulnerabilidade, obcecada por segurança e uma maior intervenção Estatal.

Nesse sentido, espia-se os novos contornos do Direito penal na sociedade de risco, que constantemente convocado, ultrapassa seus conceitos clássicos. A incerteza e o medo passaram a serem vistos como fontes dignas de tutela pelo Direito Penal. Na "sociedade de risco" a proliferação de delitos de perigo, com a necessidade de criminalizar as condutas de risco, sem esperar a produção efetiva de danos ou lesões a bens jurídicos são expressões do novo dirigismo penal.

Noutro giro, presenciou-se que, esse novo Direito Penal se aproxima da sistematização proposta por Günther Jakobs, onde o Direito Penal funcionalizado tende a justificar a tutela antecipada de grandes riscos da sociedade contemporânea, que deposita toda sua confiança no recrudescimento das penas, se aproximando então do "Direito Penal do Inimigo" refletido na desenfreada hipertrofia criminal para eliminar qualquer "fonte de perigo".

Ao abordar o tema, Silva Sánchez (2013) demonstrou que o simbolismo ou a retórica do Direito Penal na sociedade de risco é caracterizado por dar origem a - ao invés de uma solução direta do problema jurídico-penal (a proteção de bens jurídicos) - produção na opinião pública da impressão tranquilizadora de um legislador atento e determinado em resolver os anseios da

sociedade. Quando isso se relaciona com a aceitação da prevenção geral como um reforço da fidelidade normativa em um determinado sistema, a solução surge necessariamente com a enorme variedade de proibições, o agravamento das penas e a relativização dos princípios político-criminais, caminho esse que se direciona na reinterpretação ou violação das garantias clássicas do Direito Penal.

Por fim, corroborando do entendimento de Diniz Neto (2010, p. 217-218), conclui-se que a modernização do Direito Penal é fato notório e necessário, aliás, as normas penais correspondem aos processos sociais de interação, ademais, a moderna criminalidade e os novos riscos no mundo globalizado avançam em uma velocidade incompatível com o desenvolvimento das ciências penais, portanto, é indiscutível a tutela penal de novos bens jurídicos - mais especificamente, diante das tendências globais, os bens jurídicos supraindividuais - o que legitima (não de maneira desmedida) a existências dos delitos de perigo abstrato. Contudo, a globalização do Direito Penal, para que seja legítima, deve buscar a rígida obediência às garantias do Estado Democrático de Direito, se afastando, como apontado antes, dos caminhos sombrios teorizados por Jakobs, caso contrário se levará ao fracasso o Direito Penal moderno, e as supostas melhorias terão como efeito a ruína gradativa do seu perfil constitucional.

REFERÊNCIAS

ALLER, Gérman. **Co-responsabilidad social, sociedad del riesgo y derecho penal del enemigo**. Montevideo: Carlos Alvarez Editor, 2006.

BAUMAN, Zygmunt, 1925 - **Tempos líquidos**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Ed. 2007.

BBC NEWS, **Macron tem que retirar os insultos: 10 momentos chave da crise por fogo na Amazônia**, 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-49483220>. Acesso jun./2021.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco, rumo a outra modernidade**. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BECK, Ulrich. **Incertezas fabricadas. Sociedade do risco: o medo na contemporaneidade**. Revista ihu onlin – UNISINOS, São Leopoldo, 2006, p. 5-12. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/media/pdf/IHUOnlineEdicao181.pdf>. Acesso em: jun./2021.

CRUZ, Estuardo L. Montero. **El funcionalismo penal. Una introducción a la teoría de Günther Jakobs**. Derechopenalonline. Disponível em: <https://derechopenalonline.com/el-funcionalismo-penal-una-introduccion-a-la-teoria-de-gunther-jakobs/>. Acesso em: jun./2021.

DINIZ NETO, Eduardo. **Sociedade de Risco, Direito Penal e Política Criminal**. Revista de Direito Público, Londrina, v. 5, n. 2, p. 202-220, ago. 2010.

GARLAND, David, 1955. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Tradução, apresentação e notas André Nascimento. Rio de Janeiro, Revan, 2014.

JAKOBS, Günther. **¿Qué protege el Derecho penal bienes jurídicos o la vigencia de la norma?**.

Traducción de Manuel Cancio Meliá: Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, ISSN 0328-3909, Vol. 7, Nº 11, 2001, págs. 23-42.

JUNIOR, R. B. R. e LAZARI, R. J. N. **Sistema Penal Funcionalista e o Direito Penal do Inimigo.**

Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito UFRGS, volume 12, n.1, p. 379-398, 2017.

LEAL, Augusto Antônio Fontanive. **A teoria da imputação: fundamentos e aplicação.** Caxias do Sul, RS: Educs, 2016.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal alemão.** Tradução José Hygino Duarte Pereira. Ed.

Fac-sim. - Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120) – v.1.** 14ª. ed. São Paulo: Método, 2020.

PRITTWITZ, Cornelius. **Sociedad del Riesgo y Derecho Penal: Crítica y justificación del Derecho**

penal en el cambio de siglo. Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha (Estudios; 91), Cuenca, 2003.

REGIS PRADO, Luiz e CARVALHO, Érika Mendes. **A imputação objetiva no Direito penal**

brasileiro. Revista dos Tribunais Online. Ciências Penais | vol. 3 | p. 81 | Jul / 2005.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito Penal.** Tradução de Luís Greco— Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROXIN, Claus. **Fundamentos Políticos-criminais e Dogmáticos do Direito Penal.** Tradução de

Alaor Leite — Revista brasileira de ciências criminais, São Paulo, v. 23, n. 112, p. 33–40, 2015.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3ª ed. rev. e atual. Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ZAFFARONI, Eugenia Raul. **Doutrina penal nazista: a dogmática penal alemã entre 1943 a 1945.** Tradução Rodrigo Murad do Prado. – 1ª. ed. - Florianópolis : Tirant lo Blanch, 2019.

ANÁLISE DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

ANALYSIS OF THE CONSTITUCIONAL GUARANTES APPLICABLE THE DISCIPLINARY ADMINISTRATIVE PROCESS.

Tales Rafael Garcia da Hora

Especialista em Direito do Estado (Ênfase em Direito Constitucional) pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Especialista em Direito do Estado (Ênfase em Direito Administrativo) pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Norte do Paraná (UNOPAR). Graduado em Direito pela Universidade Norte do Paraná (UNOPAR).

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar as garantias constitucionais que regulam o processo administrativo disciplinar, com ênfase nos princípios da ampla defesa e do contraditório, que devem ser observados quando o ente federado busca punir o servidor faltoso por meio da sindicância punitiva ou do processo administrativo disciplinar. Para tanto, discorrer-se-á sobre o regime administrativo disciplinar, distinguindo-se o processo do procedimento administrativo, para, então, tratar especificamente das garantias constitucionais que se aplicam também no processo administrativo disciplinar.

Palavras-chave: Processo Administrativo Disciplinar. Regime Disciplinar. Garantia Constitucional. Contraditório e Ampla defesa.

ABSTRACT

The present work has as objective to analyze the constitutional guarantees that regulate the disciplinary administrative process, with emphasis on the principles of ample defense and contradictory, that must be observed when the federated entity seeks to punish the defaulting server through punitive or administrative process disciplinary. In order to do so, the disciplinary administrative regime will be discussed, distinguishing the administrative procedure process, and then dealing specifically with the constitutional guarantees that also apply in the administrative disciplinary process.

Keywords: Administrative Disciplinary Process. Disciplinary Regime. Constitutional Guarantee. Contradictory and Broad defense.

1 INTRODUÇÃO

Trata-se neste artigo das garantias constitucionais que asseguram o direito de defesa no campo administrativo, uma vez que as normas constitucionais vinculam todos os atos do poder público, assim limitando o exercício do poder do Estado, garantindo, deste modo, uma sociedade democrática com base nos valores estabelecidos nos princípios fundamentais.

Compreende-se, que por meio da Constituição Federal o Estado tem o dever de respaldar sua organização com base em normas de direito, constituindo, assim, um Estado Democrático de Direito, com objetivos de assegurar os princípios fundamentais da sociedade frente ao poder estatal em prol de buscar um bem comum, os direitos constitucionais de cada indivíduo. Neste sentido, é de extrema importância a adequação do processo administrativo disciplinar com os valores consagrados na Constituição, pois os princípios constitucionais processuais estabelecem as diretrizes com a finalidade de assegurar a cada indivíduo os direitos fundamentais seja em um processo judicial ou administrativo.

Na busca pela concretização dos princípios que norteiam o processo administrativo disciplinar que estão elencados principalmente na Constituição, pois são garantias do nosso ordenamento jurídico, instituídas pelo Estado Democrático de Direito que visa resgatar a justiça, aproximando-se dos direitos fundamentais. No que diz respeito sobre tais princípios, tem-se o princípio da legalidade, o qual funciona como um limitador da atuação da Administração na busca de uma eventual responsabilização do servidor público, pois, a mesma está vinculada às normas e somente pode fazer o que a lei estabelece. Outro princípio limitador, é o da tipicidade (decorrente do princípio da legalidade), o qual especifica quais serão os ilícitos administrativos ou condutas proibitivas pela lei e assim a Administração terá um parâmetro legal para prever a adequada punição do servidor que praticou um ato ilícito.

Partindo desse pensamento, a Administração Pública por meio do Direito Administrativo Disciplinar, sustenta o dever de regular e resguardar a relação com os agentes públicos, com o poder de impor sanções disciplinares quando da ocorrência de ilícitos administrativos e o processo administrativo disciplinar é o meio legal e adequado para tais finalidades. Neste sentido, o PAD se perfaz com a obediência ao devido processo legal e a sua instrumentalização, daí porque a necessidade de instauração de processo administrativo no seio da máquina estatal para apurar irregularidades administrativas praticadas por seus funcionários e empregados. Assim, a defesa contra a acusação se faz imprescindível, sob pena de nulidade do ato que não respeite aos recursos que podem ser manejados pelo funcionário investigado para contrapor-se a argumentos, fatos, e documentos sustentados nos autos pela Comissão Processante ou pela autoridade regente do feito.

A administração Pública tem compromisso constitucional do zelo pela moralidade e busca da paz social entre seus administrados, mas o cumprimento de tais metas não se pode dar em detrimento de valores, garantias e direitos fundamentais da pessoa humana.

A presente pesquisa é do tipo exploratória de revisão bibliográfica na literatura de vários autores e legislações, artigos já existentes de modo a conhecer e divulgar as questões importantes que circundam o tema.

Dessa forma, este artigo inicia expondo uma breve literatura sobre o Direito administrativo e direito administrativo disciplinar. Em seguida, aborda-se o processo administrativo disciplinar e as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

2 DIREITO ADMINISTRATIVO

O Direito Administrativo é o ramo do Direito Público que regula o exercício da função administrativa, bem como as pessoas e órgãos que desempenham tal função administrativa. No entendimento do professor José dos Santos Carvalho Filho, tem a seguinte definição:

Desse modo, sem abdicar dos conceitos dos estudiosos, parece-nos se possa conceituar o Direito Administrativo como sendo o conjunto de normas e princípios que, visando sempre ao interesse público, regem as relações jurídicas entre as pessoas e órgãos do Estado e entre este e as coletividades a que devem servir¹.

São muitos os conceitos do que vem a ser o Direito Administrativo. Em síntese, é o conjunto dos princípios jurídicos que tratam da Administração Pública, suas entidades, órgãos, agentes públicos, enfim, tudo o que diz respeito à maneira como se atingir as finalidades do Estado. Ou seja, tudo que se refere à Administração Pública e à relação entre ela e os administrados e seus servidores é regrado e estudado pelo Direito Administrativo.

Por meio do Direito Administrativo, o Estado, além de desempenhar inúmeras funções, costuma proibir e sancionar determinados comportamentos, alcançando agentes públicos e particulares.

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 8-9.

Portanto, as funções que integram o Estado Democrático de Direito limitam a sua própria atuação, dando assim a possibilidade ao Direito Administrativo de estabelecer condutas e princípios que norteiam todo um interesse social, como também os trabalhos realizados pelos servidores públicos para o provimento do próprio Estado, uma vez que a Administração disciplina essas atividades regendo as funções administrativas de um Estado, com sanções ou condutas de proibições.

2.1 Direito Administrativo Disciplinar

O Direito Administrativo Disciplinar é tido como ramo do Direito Administrativo, e nas palavras de Meirelles², “é o conjunto harmônico regido pelos princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado”. Ou seja, não compete ao Direito Administrativo tratar da concepção do Estado, sua atividade legislativa, judicial ou social, objeto de estudo de outros ramos do Direito. Sua função é a organização interna da Administração Pública, sua hierarquia, seu pessoal, o funcionamento dos seus serviços e suas relações com os administrados.

Para bem executar as atividades que lhe são incumbidas, a Administração precisa de meios para organizar, controlar e corrigir suas ações. Surge, portanto, a necessidade de meios hábeis a garantir a regularidade e o bom funcionamento do serviço público, a disciplina de seus subordinados e a adesão às leis e regras delas decorrentes, o que, no conjunto, denomina-se Direito Administrativo Disciplinar.

O Direito Administrativo Disciplinar, como ramo do Direito Administrativo, possui relações com outros ramos do Direito, notadamente o Direito Constitucional, Penal, Processual (civil e penal) e o do Trabalho. Importante destacar que, se por um lado o Direito Administrativo Disciplinar possui interface com outros ramos do Direito, por outro não se pode confundi-lo com os mesmos.

Como exemplo, mesmo se uma infração disciplinar fosse tida como crime, não se poderia tratar o ilícito administrativo da mesma forma que o penal, pois, se aquele trata de um direito em regra disponível, este protege um direito indisponível, considerado mais relevante sob a luz do Direito, fundamentado em outras normas e princípios.

² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 45.

O Estado, através do Direito Administrativo Disciplinar, tem a finalidade de regular e resguardar a relação da Administração Pública com seus servidores, com vistas a criar uma fiscalização constante e eficiente para o regular funcionamento das atividades do Estado, que se encontra vinculado e representado pelos órgãos da Administração, visando à prestação de um serviço público de qualidade à sociedade.

Segundo Meirelles³ (2008), assim observa que a Administração Pública seja ela direta ou indireta, as esferas governamentais Federal, Estadual, Distrital e/ou Municipal, todos os Poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário, são submissos aos princípios constitucionais da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência, em concordância com o caput do art. 37 da Constituição Federal.

Para Alexandre Moraes as sanções administrativas são chamadas no Direito administrativo disciplinar de “poder disciplinar, o qual consiste na possibilidade de a Administração Pública apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos”⁴ e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa. Ao se falar em poder disciplinar, refere-se à oportunidade onde a Administração Pública tem o dever-poder em apurar infrações e aplicar sanções àqueles que estão sob sua subordinação administrativa, desde que venham, eventualmente, a cometer infrações disciplinares e em alguns casos específicos, os particulares poderão ser submetidos ao direito disciplinar, contanto que tenham instituído um vínculo por meio contratual com a Administração Pública e que as sanções estejam previstas no mesmo.

Ainda sobre o Direito Administrativo Disciplinar, o mesmo não pode ser confundido com o poder punitivo do Estado, o qual é exercido pelo Judiciário, com o intuito de reprimir crimes e demais infrações previstas em leis específicas. Quando se exerce o poder punitivo do Estado, o polo passivo será ocupado por qualquer pessoa que pratique conduta tipificada como crime em lei. De outro modo, no que se refere ao poder disciplinar, este apenas irá alcançar as pessoas que tenham algum vínculo funcional ou contratual com a Administração Pública.

2.2 Processo e procedimento administrativo

Na formulação de conjecturas sobre Processo Administrativo e ação disciplinar imputada ao servidor público, necessário examinar a relação entre processo e procedimento administrativo, e em que medida uma eventual distinção influencia na conformação do regime jurídico

³ MEIRELLES, 2008.

⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2008, 9. 165.

conferido ao processo administrativo disciplinar.

A doutrina, nos mais diversos ordenamentos jurídicos, diverge em relação à configuração do fenômeno processual no âmbito do Direito Administrativo, abraçando concepções variadas acerca da sua caracterização como procedimento ou como processo, circunstância que, na esfera do regime disciplinar dos servidores públicos, resulta em relevantes consequências quanto às garantias que lhes são asseguradas. Partindo de diversos entendimentos doutrinários, é possível agrupá-los, grosso modo, nos seguintes posicionamentos elencados por Edmir Netto Araújo:

i) o procedimento consiste numa sucessão ordenada de atos, constituindo a forma de exercício da função administrativa, ao passo que o processo diz respeito ao exercício da função jurisdicional, não se tratando de categoria aplicável à atividade administrativa;

ii) o processo é um fenômeno geral do direito, aplicável às várias funções do Estado (legislativa, administrativa e judicial), consistindo em uma série de atos sequenciais que precedem os atos estatais, não havendo uma diferença substancial entre processo e procedimento, cabendo a este último designar a atuação administrativa apenas por força do uso da expressão;

iii) o processo deve ser utilizado como um termo geral, presente no exercício de todas as funções estatais (legislativa, administrativa e judicial), mas que se distingue do procedimento em razão da sua finalidade e dos seus meios: o procedimento representa um encadeamento de atos administrativos unilaterais, enquanto o processo, para restar configurado, reclama um confronto, um litígio em que haja contraposição de interesses entre partes distintas, orientado pelo contraditório.⁵

Dos procedimentos administrativos podem resultar processos administrativos desde que caracterizada situação demandante de participação dos interessados em contraditório. Saliente-se que o emprego de noções categoriais como processo ou procedimento administrativo não está calcado em questão abstrata do sistema jurídico brasileiro. Não se trata de tomar a posição mais justa ou mais conveniente à ideologia do intérprete. Funda-se, mormente, no texto constitucional. Afinal, o art. 5º inciso LV da Constituição brasileira junte o conceito de processo administrativo aos litigantes e acusados, sob a égide do contraditório e da ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes.

A opção constitucional pelo processo administrativo ultrapassa as fronteiras de uma mera preferência, terminológica. Comporta o reconhecimento expresso da exigência do regime jurídico processual nas atividades administrativas delimitadas pela Constituição.

⁵ ARAÚJO, Edmir Netto de. **O ilícito administrativo e seu processo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1994, p. 34.

Estabelecidas assim as diferenças entre o processo e o procedimento administrativo e observadas as consequências dessa distinção, pode-se inferir que o processo administrativo disciplinar, objeto deste estudo, retrata modalidade de processo administrativo, já que se qualifica pela participação dos interessados em contraditório, e dele decorre provimento suscetível a interferir na esfera jurídica dos cidadãos. Por essa razão, deve estar incensado pelas garantias fundamentais que compõem o núcleo constitucional comum de processualidade, tema sobre o qual este projeto procura debruçar.

3 DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

O processo administrativo disciplinar (PAD) é importante para a administração pública, pois, é o meio adequado para apuração e a punição de falhas consequentes de servidores públicos e ocupantes de cargos efetivos. São definidos por Lei os princípios e fases a serem seguidos para que tenha validade e, portanto, sua eficácia.

É determinado em Lei que toda autoridade/servidor ao tomar ciência de algum ato irregular cometido por servidor público, deve realizar a apuração dos fatos e se por ventura o mesmo não tiver competência para tanto, deverá conduzir a ocorrência a uma autoridade que possa promover tal incidente.

Ressalta-se ainda, que o PAD não tem por finalidade apenas apurar a culpabilidade do servidor acusado de falta, mas, também, de oferecer-lhe oportunidade de provar sua inocência, o que faz parte dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Atualmente o processo administrativo acaba sendo confundido como processo disciplinar, o que é equivocado, sendo que um é considerado gênero e outro, espécie, respectivamente. A respeito desta temática, o doutrinador Alex Muniz Barreto, leciona que:

É o meio formal utilizado pela Administração Pública para apuração de faltas disciplinares ou violação de deveres funcionais, bem como para a imposição de sanção administrativa a servidores públicos. Seu objetivo, pois, é a averiguação de infrações administrativas e aplicação das correspondentes punições aos agentes responsáveis.

O processo disciplinar possui a dupla finalidade de proceder à apuração de condutas irregulares ocorridas no âmbito da Administração, aplicando as

correspondentes sanções legais, e deve servir de instrumentos de controle interno das atividades desempenhadas pelo Estado, reprimindo eventuais infrações praticadas por aqueles que atuam em seu nome.⁶

Partindo deste pressuposto, o processo administrativo disciplinar é um instrumento garantidor utilizado pela Administração Pública para apurar e investigar as infrações cometidas por seus próprios servidores públicos, assim, busca aplicar as penalidades caso houver confirmado a culpabilidade do servidor em relação os atos ilícitos praticados em seu cargo, devendo este ser responsabilizado com a aplicação de sanções equivalentes ao ato praticado contra a Administração.

O PAD como instrumento processual tem por objetivo de mensurar a culpabilidade dos servidores, portanto, é essencial assegurar aos mesmos, os princípios constitucionais, pois, se trata de um vínculo jurídico que respeita as normas processuais. O PAD oferece oportunidade para o servidor provar a inocência, com o direito de ampla defesa, já que é um princípio garantida pela Constituição no artigo 5º, inciso LV.

4 DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.

Na instauração do processo administrativo disciplinar é necessário a observância dos princípios constitucionais a ele inerente. Visto que, no PAD é exigido o exame das normas constitucionais das quais derivam os princípios e as regras, orientando os aplicadores da lei como forma de garantia ao ordenamento jurídico. Diante disso, atribuiu-se aos princípios constitucionais uma força normativa, tanto para limitar a atuação do Estado, como também para garantir os direitos individuais (direitos fundamentais que regem a sociedade na busca do bem comum). Por isso, os princípios incide nas formas de limitar a atuação das atividades administrativas sancionadores em relação aos seus servidores. Sobre a importância do princípio, Celso Antônio Bandeira de Mello, esclarece que:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica a ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mais a todo o sistema de comando. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de

⁶ BARRETO, Alex Munis. **Direito administrativo**. São Paulo: Edijur, 2006, p. 387)

seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.⁷

Neste mesmo entendimento, José Armando da Costa, ressalta que:

Não obstante, destaca-se que os princípios jurídicos são bem mais importantes do que as normas escritas, razão por que é bastante correto dizer que se afronta muito mais o direito quando se desacata um dos seus princípios do que quando se desatende a uma de suas normas textuais, posto que uma regra expressa contém apenas uma diretiva, enquanto que um princípio encerra um conteúdo informador e formador de várias normas.⁸

Assim, os princípios são valores que respeitam o interesse social com a finalidade de assegurar os direitos fundamentais de cada indivíduo.

A Constituição Federal ao tratar no artigo 5º, inciso LV dos princípios do contraditório e ampla defesa, pressupõe que tais princípios são aplicáveis a toda espécie de processo por expressa referência do texto constitucional. Não obstante, o processo deve seguir parâmetros legais, observando também o princípio do devido processo legal na busca de um processo justo e eficaz.

Portanto, esta garantia constitucional está prevista para todas as situações de litígios, seja para um processo judicial ou administrativo e, ainda, garante aos acusados em geral a oportunidade de se defenderem. O objetivo dessa garantia é a proteção dos acusados em geral, não sendo meramente uma defesa, mas constitui uma abrangência dos atos processuais lícitos e legítimos e insere-se no campo de uma relativa autonomia individual na elaboração dos meios probatórios e técnicas defensivas. Não há dúvidas que o exercício da ampla defesa e do contraditório sejam operacionalizados dentro de um processo, judicial ou administrativo, conforme as legítimas opções legislativas, a natureza das demandas, as regras fixadas pelas autoridades judiciais ou administrativas e as oportunidades conferidas às partes, notoriamente aos acusados em geral.

Para o doutrinador Humberto Theodoro Júnior⁹ estabelece que o processo consiste na igualdade entre ambas as partes, conferindo-lhes deveres e direitos, sendo que o principal direito das

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 54.

⁸ COSTA, José Armando da, **Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar**, 5.ed. Brasília: Ed. Brasília Jurídica 2005, p.47.

⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 49. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1.

partes é garantido pelo contraditório – que consiste na necessidade de ouvir a pessoa perante a qual será proferida a decisão, garantindo-lhe o pleno direito de defesa e de pronunciamento durante todo o curso do processo. O contraditório é tido como um princípio absoluto, que deve ser sempre observado, sob pena de nulidade do processo. Este princípio constitucional oferece a oportunidade às partes não só de falarem sobre as alegações do outro litigante, como também de fazer prova contrária a elas. Ao se afirmar o caráter absoluto do princípio do contraditório significa dizer que nenhum processo ou procedimento pode ser disciplinado sem assegurar as partes o contraditório e a ampla defesa.

O devido respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa do processo administrativo disciplinar devem-se constar todos os atos e fatos ilícitos praticados pelo servidor, além de indicar as infrações cometidas para, assim, apurar a responsabilidades, não podendo deixar de observar o princípio do devido processo legal.

O devido processo legal é princípio matriz dos demais princípios processuais constitucionais, tanto que contribui na aplicação das garantias do contraditório e da ampla defesa. A partir destes princípios, o processo se torna forma regular para que seja possível a ação estatal, impondo à Administração a exigência ao exercício do contraditório e da ampla defesa antes que sejam tomadas decisões gravosas contra qualquer litigante.

A doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro ¹⁰leciona que o princípio da ampla defesa é aplicável em qualquer tipo de processo que envolva situações de litígio, já o princípio do contraditório, por ser inerente ao direito de defesa, decorre da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta.

De acordo com Alexandre de Moraes ¹¹, o qual define o princípio do contraditório, comparando-o com o da ampla defesa:

Por ampla defesa, entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (par conditio), pois a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe apresente, ou ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

¹¹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2003.

Neste sentido, o autor entende que o acusado goza do direito de defesa sem restrições, num processo em que deve estar assegurada a igualdade das partes. O princípio do contraditório, portanto, é um instrumento utilizado pelas partes, que visa garantir o efetivo exercício do direito de igualdade de condições dentro de uma relação jurídica litigiosa, proporcionando-lhes para cada ato praticado, uma reação instantânea. Tem-se, por fim, que o contraditório consiste, por um lado, na necessidade de dar-se conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, por outro, na possibilidade das partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis.

Deve-se entender o asseguramento que é feito ao acusado que lhe possibilite trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade. Tereza Nascimento Rocha Dóro define a garantia da ampla defesa “Essa ampla defesa compreende conhecer o completo teor da acusação, rebatê-la, acompanhar toda e qualquer produção de prova, contestando-a se necessário, ser defendido por advogado e recorrer de decisão que lhe seja desfavorável¹²”.

No processo administrativo, a garantia de status ativo aos que litigam (como ou perante a Administração) ou são acusados (pela Administração) deixa claro que o contraditório e a ampla defesa, nestes processos, não são menos significativos do que aqueles garantidos no processo judicial. Pelo contrário, o status activus processualis corresponde a própria garantia dos direitos fundamentais. Não há justificativa para pretender a realização dos direitos fundamentais no processo judicial em detrimento do administrativo, ou vice-versa.

Para Paulo Rosa encontram-se positivado na Constituição de 1988 esses princípios; basicamente, eles asseguram todo o curso do processo, utilizando como garantidores do direito de defesa¹³. O direito de defesa é uma garantia que decorre naturalmente a quem é ofendido. Assim, os princípios do contraditório e da ampla defesa são entrelaçados, pois, não se pode pensar na existência de um com a exclusão do outro, visto que, o contraditório induz a enfrentar razões apontadas por outrem contra o acusado, rebatendo-os, procurando derrubar a verdade da acusação. Mediante a ampla defesa, sustenta-se a verdade do acusado, as razões do acusado.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RMS 178-SC/90, se pronunciou:

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DIREITO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE DEFESA. Mandado de Segurança. Processo Administrativo. Direito de defesa. Nulidade. O funcionário público, como corolário do direito de defesa, tem o direito de acompanhar a inquirição de testemunhas. A inobservância dessa regra acarreta a nulidade. Todavia,

¹² DÓRO, Tereza Nascimento Rocha. **Princípios no processo penal brasileiro**. São Paulo: 40 Copola, 1999, p.129.

¹³ ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Direito administrativo militar: teoria e prática**. 2. ed. rev, atual e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

somente declarada, comprovado prejuízo para a parte a quem a solenidade aproveita.

Portanto, a defesa é assegurada em todas as fases processuais, estando também estabelecido no art. 5º, LV, da CF que trata tanto do processo judicial como do processo administrativo; assim, o litigante estará assegurado do seu direito ao contraditório e à ampla defesa, respeitando os princípios constitucionais processuais na busca de um processo justo e eficaz, garantindo o exercício do poder Estatal de forma plena, não julgando o litigante com decisões que não observam o direito à defesa, uma vez que, com a falta do contraditório e da ampla defesa ocasionaria uma nulidade processual.

CONCLUSÃO

Diante das considerações desenvolvidas, as quais foram salientadas neste trabalho, é sabido que ao tomar conhecimento da prática de uma infração administrativa, a autoridade hierárquica, não pode se omitir, sob pena de estar, também, incorrendo numa conduta desviante, providenciando a instauração de sindicância investigativa ou processo administrativo disciplinar para apuração da responsabilidade do servidor faltoso.

Com a devida instauração do processo administrativo disciplinar, ao servidor deve ser garantido todos os recursos possíveis e lícitos para sua defesa, pois, uma de suas características é a diferença com o inquérito policial no âmbito penal, onde aquele se configura como procedimento administrativo inquisitorial, enquanto este, está no plano da dialeticidade, do diálogo, do respeito às garantias e direitos fundamentais, bem como, na qualidade dos serviços prestados, tudo de forma eficiente e por servidores íntegros, preservando-se, com isso, o patrimônio público e a moral da administração diante de seus administrados.

O panorama de uma administração pública, conforme mencionado, não se sustenta quando são tolhidos direitos fundamentais e garantias constitucionais, porquanto eivados de nulidade. Cabe dizer que, somente mediante a presença do devido processo legal pode-se falar em punições, daí a necessidade indubitável da observância aos princípios da ampla defesa e do contraditório ainda na fase de investigação da conduta desviante, visto que, já na fase de colheita de provas, a não oportunidade de defesa ou esclarecimentos pode levar o servidor, ainda que faltoso, a ter sua dignidade escamoteada em detrimento de caprichos que podem culminar numa irreparável mitigação de direitos.

Ressalta-se, que a ampla defesa e o contraditório deve operar em sua plenitude em todas as fases do processo disciplinar, devendo proporcionar ao investigado todos os recursos necessários para o seu exercício e sua efetivação.

Assim, através do Poder Disciplinar, cabe à Administração Pública apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa. Decorre do Poder disciplinar que a Administração não tem liberdade entre punir e não punir. Tendo conhecimento de falta praticada por servidor, tem o dever/poder de instaurar o procedimento adequado para a sua apuração e se for o caso aplicar a pena cabível. Não o fazendo, o servidor responsável incide no crime de Condescendência Criminosa, previsto no Art. 320 do Código Penal e em Improbidade Administrativa, conforme art.11, III da Lei 8429, de 02/06/1992.

Nesta senda, qualquer pessoa pode reclamar sobre abuso, erro, omissão ou conduta incompatível no serviço público e em nenhuma hipótese a Administração poderá se recusar a protocolar, encaminhar ou apreciar a petição, sob pena de responsabilidade do agente. A autoridade que tiver conhecimento, por qualquer meio, de irregularidade praticada por servidor, é obrigada a adotar providência visando a sua apuração, sem prejuízos das medidas urgentes que o caso exigir. Estando o servidor público sujeito à responsabilidade civil, penal e administrativa decorrente do exercício do cargo, emprego ou função, se praticar atos ilícitos no âmbito civil, penal e administrativo.

Não há como negar a importância do processo administrativo em nossos dias. Ele apresenta-se como imperativo basilar do Estado Democrático de Direito no terreno da Administração Pública, principalmente quando se tem em vista as múltiplas e crescentes ingerências do Poder Público na vida privada, dos grupos e da sociedade.

Na ênfase complementar desse trabalho, é certo que tenha-se passado, ainda que de maneira despercebida, questões e pontos relevantes que não foram abordados ou deixados a mercê de meras colocações supérfluas. Todavia, buscou-se explicar o mais elucidativamente possível pontos cruciais que direcionava a procura de respostas às hipóteses levantadas. Muitas das quais continuariam sem conjecturas plausíveis. Entretanto, é pertinente, diante dos desafios apresentados e os quais foram superados ou suplantados pelas limitações, fazer as seguintes sugestões: O Poder Estatal deve imbuir-se de instrumentos capazes de qualificar ainda mais seus administrados sem que isso venha a lhes ferir quaisquer direitos ou garantias fundamentais;

O índice de servidores públicos submetidos a processos administrativos pode ser insignificante diante da grande leva de servidores da administração direta e indireta, porém, muito mais irrisório é o percentual de servidores envolvidos em processos administrativos disciplinares que restituem devidamente o Estado de suas mazelas e improbidade, provocando a deturpação da imagem

do serviço público. É preciso pois serem alavancadas medidas de maior rigor de imputabilidade ao servidor que deixe ou deixasse de cumprir quaisquer de seus deveres expressos constitucionalmente.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Edmir Netto de. **O ilícito administrativo e seu processo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1994.

BARRETO, Alex Munis. **Direito administrativo**. São Paulo: Edijur, 2006

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

COSTA, José Armando da, **Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar**, 5.ed. Brasília: Ed. Brasília Jurídica 2005.

DÓRO, Tereza Nascimento Rocha. **Princípios no processo penal brasileiro**. São Paulo: 40 Copola, 1999.

LESSA, Sebastião José. **Do processo administrativo disciplinar e da sindicância: doutrina, jurisprudência e prática**. 4. ed. rev. e atual. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2008.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Direito administrativo militar: teoria e prática**. 2.ed. rev, atual e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 49. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1.

PARECER: MULTAS E JUROS COBRADOS DE SERVIDORES PÚBLICOS**Carlos Renato Cunha**

Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná - UFPR (2019). Mestre em Direito do Estado pela UFPR (2010). Especialista em Planejamento Tributário e Operações Societárias pela Faculdade Brasileira de Tributação - FBT (2015). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET (2005). Bacharel em Direito, pela Universidade Estadual de Londrina (2002). Procurador do Município de Londrina (PR). Professor do Mestrado Profissional em Direito, Sociedade e Tecnologias da Escola de Direito das Faculdades Londrina. Professor da Graduação em Direito na Pontifícia Universidade Católica - PUC-PR, Campus Londrina (PR). Professor da Graduação em Direito nas Faculdades Londrina, em Londrina (PR). Professor da Pós-Graduação "lato sensu" em Direito em diversas instituições, atuando como Professor de Seminário do IBET-Londrina. Coordenador da Comissão da Advocacia Pública da OAB Subseção Londrina. Advogado. Atua em pesquisa com ênfase na área de Direito Público. Membro do Instituto de Direito Tributário de Londrina - IDTL. Membro da Associação dos Procuradores do Município de Londrina - APROLON. Membro da Associação Nacional dos Procuradores Municipais - ANPM. Ex-Procurador-Geral do Município de Londrina. Autor do livro "O Simples Nacional, a Norma Tributária e o Princípio Federativo: limites da praticabilidade tributária", pela Editora Juruá (2011).

PARECER: 643/2021**Consulente:** DFFM/CGM**Assunto:** Multas e Juros Cobrados de Servidores Públicos.

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO, FINANCEIRO E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIZAÇÃO POR ENCARGOS MORATÓRIOS DECORRENTES DE ATRASOS DE PAGAMENTO OU DE AUTUAÇÕES DE OUTROS ÓRGÃOS. IMPOSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO AUTOMÁTICA DE AGENTE PÚBLICO. NECESSIDADE DE ATENDIMENTO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL, OBSERVADA A AMPLA DEFESA E O CONTRADITÓRIO. NECESSIDADE DE VERIFICAÇÃO DE DOLO OU DE CULPA GRAVE, NA FORMA DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO - LINDB.

1. RELATÓRIO

Por meio da Solicitação de Consulta Jurídica xxx a Diretoria de Fiscalização das Finanças Municipais, da Controladoria-Geral do Município, relata o "*envios de processos SEI pela Secretaria Municipal de Fazenda – SMF com Documento de Arrecadação Municipal – DAM com cobrança à servidores públicos para ressarcimento aos cofres públicos de multas e juros ocorridos em algum processo de pagamento*", que teriam por base decisão isolada do Tribunal de Contas do Estado do Paraná - TCE-PR (instrução nº 193/2015, referente ao primeiro exame da prestação de contas do exercício financeiro de 2013) que levou à previsão do art. 20 da OT/CGM nº 001/2014 (JOM nº 2539) no mesmo sentido.

Informa, também, não ter identificado "*nenhuma normativa de caráter geral e vinculante acerca do assunto no âmbito do TCE/PR, mas sim decisões proferidas em análise de casos concretos em que houve entendimento pela irregularidade das contas e obrigação de ressarcimento ao erário por pagamento de multas e juros, por constituírem despesas alheias ao orçamento público.*"

Com base em tais premissas, apresenta os seguintes quesitos a título de consulta jurídica:

1. *As multas e os juros impostos ao Município em decorrência de pagamento em atraso ensejam a responsabilização do servidor público e o ressarcimento aos cofres públicos? Se sim, em quais situações?*
2. *As multas e os juros impostos ao Município em decorrência de não pagamentos devido a discussão de entendimento ou interpretação da norma tributária ensejam a responsabilização do servidor público e o ressarcimento aos cofres públicos?*
3. *A imputação de responsabilidade com a emissão do Documento de Arrecadação Municipal - DAM pela Secretaria Municipal de Fazenda e envio ao servidor deve ser precedida de contraditório e ampla defesa?*

Não houve a juntada de documentos.

Desde já esclarecemos que o tema da responsabilização de servidor público refoge à competência regimental da Gerência de Assuntos Fiscais e Tributários - GAFT/PGM. Tendo em vista a abrangência da consulta, há a necessidade, a nosso ver, de parecer da Gerência de Assuntos de Pessoal - GAP/PGM, limitando-se nossa análise às questões de direito financeiro e tributário constantes da consulta jurídica, o que justifica não ter havido a suscitação de conflito de competência na forma regimental, de comum acordo com a Procuradoria-Geral Adjunta de Gestão da Consultoria que faça a remessa, a quem solicitamos que faça a remessa nesse momento.

Justificamos o atraso pelo involuntário acúmulo de serviços nesta Gerência, como reflexo do grande volume de tarefas de toda a Procuradoria-Geral do Município.

Até aqui temos o relatório. Doravante passamos ao parecer.

2. PARECER

Para a resposta à consulta, dentro do escopo da competência regimental desta Gerência, convém assentar algumas premissas.

Em primeiro plano, é garantia individual que não pode ser afastada, a observância do "devido processo legal" (art. 5º, LIV, CF/88), cláusula pétrea de nosso sistema que abarca garantias diversas, dentre elas a do direito de defesa, "imprescindível limitador do poder estatal, assegurado através do processo [...]".¹ A extensão de seu conteúdo semântico abarca o da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF/88).²

¹ BRITTO, Cezar; COELHO, Marcus Vinicius Furtado. A Inviolabilidade do Direito de Defesa. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 7.

² CAIS, Cleide Previtalli. O Processo Tributário. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2004, p. 98.

Na síntese de Bottallo, o devido processo legal abrange o “direito de ser ouvido e o direito de oferecer e produzir provas”.³ Ser ouvido abrange o direito de conhecimento (publicidade), a oportunidade de manifestação de razões antes e depois da decisão (duplo grau de julgamento), o dever de decisões fundamentadas e o direito de ser representado por profissional habilitado.⁴ O direito de oferecer e produzir provas, por sua vez, abrange o direito de que toda prova pertinente seja produzida e que o seja antes da decisão de mérito, assim como o direito de controle sobre a prova produzida pela Administração.⁵ Trata-se, sem dúvida, de “[...] um dos mais sobranceiros vetores constitucionais do processo, revelando-se um portentoso sobreprincípio a irradiar efeitos sobre todos os princípios processuais [...]”⁶ que a todos atrai por “sua dimensão histórica, hipnótica e vibrante”.⁷ Outrossim, para Heleno Taveira Torres, a segurança jurídica abrange garantias específicas, tais como a proteção ao devido processo legal e à coisa julgada, que, de forma conjunta, “permite a efetividade do Estado Democrático de Direito e a concretização dos direitos e liberdades fundamentais”.⁸

Em segundo lugar, convém recordar que os Tribunais de Contas não fazem parte do Poder Judiciário, tratando-se de órgãos de relevante missão no apoio ao controle financeiro exercido pelo Poder Legislativo de todos os entes federativos. Como afirma Tathiane Piscitelli:

[...] Segundo a redação do artigo 70 da Constituição, é o Poder Legislativo o responsável pela realização do controle externo. Essa atribuição se dará com o auxílio do Tribunal de Contas, cujas funções estão delineadas no artigo 71 da Constituição e serão estudadas em tópico separado. Antes disso, cumpre mencionar que o Poder Legislativo, independentemente do Tribunal de Contas, irá exercer, por si, a fiscalização das contas públicas. [...]

Trata-se, portanto, de uma forma de controle externo, em que se verifica uma atuação subsidiária do Tribunal de Contas, cuja função, nesse caso, é a de apresentar um parecer sobre uma dada despesa, mediante a provocação do Legislativo. Essa possibilidade demonstra, de forma clara, que limitar o estudo do controle externo apenas na figura do

³ BOTTALLO, Eduardo Domingos. Curso de Processo Administrativo Tributário. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 42.

⁴ Ibidem, p. 42.

⁵ Ibidem, loc. cit.

⁶ CONRADO, Paulo Cesar. Introdução à Teoria Geral do Processo Civil. 2. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 73.

⁷ PESTANA, Marcio. A Prova no Processo Administrativo Tributário: a teoria da comunicação. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 44.

⁸ TÔRRES, Heleno Taveira. Boa fé e Argumentação na Interpretação das normas tributárias. In: PAULA JUNIOR, Aldo de et. al. Direito Tributário e os conceitos do direito privado: VII Congresso Nacional de Estudos Tributários. São Paulo: Noeses, 2010, p. 536.

Tribunal de Contas se mostra equivocada e apresenta uma versão parcial da disciplina constitucional. [...] ⁹

Suas decisões não são vinculantes e, possuindo caráter administrativo, podem ser objeto de discussão judicial. Obviamente, isso não significa que as interpretações dos tribunais de contas, no exercício de suas funções constitucionais, não produzam efeitos e que possam ser desconsideradas: nada disso. Apenas convém ressaltar que o exercício dos atos de controle no âmbito financeiro por referidos órgãos não possui o caráter definitivo nem significa, sem ressalvas, a palavra final sobre o tema, que poderá ser objeto de discussão judicial.

Fixadas tais premissas, analisemos a dúvida jurídica que nos foi colocada, que possui diversas nuances e é de grande complexidade, por envolver o esclarecimento acerca da natureza incerta da interpretação de normas jurídicas e a eventual consequência em relação à responsabilização de servidores. Quanto à responsabilização, haverá necessidade de análise da GAP/PGM. Focamos, aqui, apenas no aspecto meritório, de cunho financeiro e/ou tributário, que pode servir de fundamento para eventual responsabilização.

Pensem na situação de multa de mora pelo *atraso, puro e simples, do pagamento de valores devidos pelo ente público*. A mora do ente público levará, invariavelmente, à aplicação de penalidades legais ou contratuais, notadamente a incidência de multa e de juros de mora. A multa de mora é devida pela pessoa jurídica de direito público, sob o aspecto jurídico, e quanto a isso não há dúvida. A questão, levantada pelo entendimento do Tribunal de Contas do Estado do Paraná - TCE-PR mencionada pela consulente, é que o valor de tal multa decorreria de um ato ilícito e teria caráter extra orçamentário, devendo ser arcado por quem lhe deu causa.

O entendimento, ainda que expresse uma possibilidade, parece não ter abarcado toda a complexidade do tema e as múltiplas situações que podem levar ao atraso no pagamento que enseje a multa de mora. Expressa, tal entendimento, uma presunção de ilicitude imputável ao ordenador da despesa, quando isso está longe de ser razoável ou mesmo crível. Ora, a resposta depende de cada situação, sendo impossível delimitar previamente, sem a indicação das hipóteses, toda a casuística possível. **Mas não há como imputar dolo ou culpa a servidores de forma**

⁹ PISCITELLI, Tathiane. Direito Financeiro esquematizado. 2 ed. rev. ampl. São Paulo: Método, 2011, p. 211-212.

automática em tais situações, sendo essencial verificação prévia acerca de efetiva ação ou omissão imputável a servidor público que, com nexos causal, tenha gerado o atraso de pagamento e os decorrentes ônus moratórios. Há, também, necessidade de identificação clara da autoria da ação ou da omissão causadora do atraso. Isso é o mínimo que se espera em relação à garantia da ampla defesa e do contraditório, em que se permita ao acusado defender-se efetivamente para, somente depois, vir a ter seu patrimônio atingido com o dever de ressarcimento ao Erário.

Ainda mais complexa é a situação decorrente de *autuações de órgãos públicos em face do Município de Londrina, suas autarquias e fundações, em decorrência de divergências de interpretação jurídica*. Exemplo disso seria o caso, não inédito, de uma autuação por parte da Receita Federal do Brasil - RFB em relação aos entes da Administração Direta ou Indireta municipal, com a constituição de vultosos créditos tributários e penalidades decorrentes, por ter havido, em seu entendimento, a falta de recolhimento de tributos federais no procedimento de lançamento por homologação. Quanto a tal ponto, uma vez mais ressaltamos que no que se refere à responsabilização, haverá necessidade de análise da GAP/PGM. Focamos, aqui, apenas no aspecto meritório, de cunho financeiro e/ou tributário, que pode servir de fundamento para eventual responsabilização.

A afirmação de que, em tais hipóteses, terá havido ato ilícito de servidor público, motivador de seu dever de ressarcimento ao Erário, parte de uma visão, respeitosamente, ingênua sobre o funcionamento do direito, de seu processo de criação e de aplicação e da interpretação jurídica. Somente faria sentido uma forma de pensar como essa se houvesse, para todo caso, uma única resposta correta em relação à interpretação das normas jurídicas, resposta essa que deveria ser conhecida de todos num exercício premonitório e que serviria de fronteira a determinar a linha divisória - supostamente clara - entre o "certo" e o "errado". Numa tal situação, se o servidor, ao aplicar a norma jurídica interpretando-a, pisou do lado errado da fronteira, estaria cometendo um ato ilícito.

A coisa não é tão simples.

Não é possível, a nosso ver, imputar responsabilidade a agente público de forma automática em tais casos. A responsabilização somente seria possível, após a devida apuração, nas hipóteses em que, de forma dolosa ou culposa, tenha servidor público praticado ação ou omissão

claramente contrária a entendimento pacífico no âmbito administrativo veiculado por meio de atos normativos internos, ordens de serviço, pareceres jurídicos *etc.* Não nos parece razoável, proporcional ou conforme o Direito pátrio em qualquer expressão, algo que poderíamos aproximar de um "crime de hermenêutica", um "ilícito administrativo de hermenêutica": se a interpretação dada pelo agente, conforme o contexto do momento, é razoável, fundamentada e não contrária de forma frontal atos normativos e interpretativos aplicáveis ao caso, vale dizer, se não configura um "erro grosseiro" e se não há dolo, não há falar-se em responsabilização pessoal.

Há sempre riscos de que outros órgãos públicos, ao interpretar normas, façam-no em sentido diverso do que fora realizado pelos agentes do Município de Londrina. É algo inerente ao funcionamento do Direito. Contudo, tratar-se-ia, no caso, de risco inerente à atividade administrativa que é ônus do próprio ente público, numa noção semelhante à empregada no Direito do Trabalho em relação à assunção dos riscos pelo empregador. Reiteramos que o entendimento, por exemplo, da Receita Federal do Brasil - RFB, se considerado equivocado ou duvidoso por parte da Administração Municipal, pode e deve ser objeto de consulta jurídica à Procuradoria-Geral do Município e, se for o caso, ser discutida pelos meios próprios, algo inerente ao devido processo legal.

A apuração de valores para recolhimento no procedimento de lançamento por homologação deve ser feita com a observância das melhores técnicas contábeis, baseadas no princípio contábil da precaução. Mas isso não significa subserviência a determinações que se considere possivelmente ilegais, oriundas de órgãos fazendários de outros entes federativos. Pode existir normal divergência interpretativa, ínsita à hermenêutica jurídica. Desde que não seja caso de dolo ou culpa grave, eventuais diferenças que sejam objeto de fiscalização e autuação contra os entes municipais devem ser objeto de discussão com o exercício da ampla defesa e do contraditório, não sendo correto considerar-se que eventuais encargos moratórios sejam ônus de determinado servidor, quando o foram, na realidade, decorrência de atos de hermenêutica lícitos, praticados em prol ou no interesse da pessoa jurídica a qual tal servidor encontra-se vinculado.

A interpretação jurídica não é matemática e poderá ser diversa conforme quem o faz e o contexto temporal. Havendo a prática de ato de interpretação razoável, calcado em boas técnicas contábeis, contando com o assessoramento jurídico quando necessário, por meio de atos motivados e sempre que possível baseando-se em normativas internas, não consideramos possível a

responsabilização de servidor por divergência interpretativa surgida no futuro, por autuação de outro ente federativo.

Eventual derrota administrativa ou judicial da tese defendida pelo Município não significa que o entendimento aplicado que gerou a autuação tenha sido realizado com dolo ou culpa grave. Ou, mesmo, que tenha sido "errado". Apenas não foi a interpretação que prevaleceu na arena jurídica - e pode ser, inclusive, a prevalecente no futuro. Entendimentos mudam, e muito, espacial e temporalmente.

A título exemplificativo, imagine-se as seguintes situações hipotéticas:

a) a empresa concessionária de serviço público não envia a fatura ou a envia com atraso: numa tal situação, salvo se houvesse ordem expressa e comprovável de que determinado servidor deveria buscar a concessionária e solicitar a 2ª via da fatura de forma proativa, não se poderia afirmar que haveria responsabilidade de agente público municipal em relação aos encargos moratórios;

b) determinada escola municipal ou posto de saúde recebe fatura e a envia com atraso para os procedimentos de pagamento: nessa situação, se houver regramento que determine os prazos de envio desde a ponta do serviço público, eventual atraso não seria do ordenador da despesa, mas do servidor da escola ou do posto de saúde responsável pelo envio, caso tenha sido recebida a fatura e não enviada;

c) há modificação de entendimento interno sobre a abrangência de base de cálculo ou forma de pagamento de tributo, gerando a decisão de pagamento, *a posteriori*, de valores: se a interpretação anterior era razoável, motivada, de acordo com normativas ou com a prática reiterada, não há ilícito na modificação de entendimento porventura considerado mais adequado ou seguro, com o pagamento de valores de forma retroativa, salvo se for caso de dolo ou culpa grave, na forma do art. 29 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, como exporemos a seguir;

d) desorganização administrativa não imputável a indivíduo específico: se o atraso deveu-se a falta de estrutura ou de organização adequada dos procedimentos e das práticas adotadas pelo ente público, eventual atraso não pode ser imputável ao ordenador da despesa e, provavelmente, não poderá ser imputado ninguém identificável, havendo uma responsabilidade difusa sem autoria individualizável. Trata-se de hipótese de risco administrativo do ente público, que deve, então, utilizar recursos e esforços na melhoria dos procedimentos, evitando a repetição da situação no futuro;

e) servidor público responsável pelo pagamento, recebe a fatura ou guia e esquece de pagá-la: aqui tem-se uma hipótese de possível responsabilização, por culpa grave, individualizável *a priori*;

f) multas e juros impostos em decorrência de não pagamentos devido a discussão de entendimento ou interpretação de norma tributária, com autuações da Receita Federal do Brasil, *v.g.*: se a interpretação aplicada pelo ente municipal era razoável, motivada, de acordo com normativas ou com a prática reiterada, não há ilícito na sua derrota por interpretação diversa, salvo se for caso de dolo ou culpa grave, na forma da LINDB;

g) O ente público municipal não tinha dinheiro para pagamento: eventual atraso não pode ser imputável ao ordenador da despesa e, provavelmente, a ninguém.

Por essa e outras razões, convém que todos os órgãos julgadores e controladores, inclusive a consultante, atentem-se para as determinações do Decreto-Lei n. 4.657/1942, a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro - LINDB. Recentes modificações legislativas trouxeram luz para a complexidade da interpretação jurídica e para a parcimônia necessária na aplicação de seus efeitos.

De início, o art. 22 da LINDB exige que, na verificação de eventual responsabilidade do agente público, se leve em consideração o contexto fático em que ele se encontrava inserido no momento da decisão, seus obstáculos e dificuldades reais, assim como tudo o que tal contexto lhe impôs, limitou ou condicionou.

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

O art. 23 exige que eventuais modificações interpretativas em relação a norma de conteúdo indeterminado sejam precedidas de regras de transição, em prol da segurança jurídica:

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

O art. 24, por sua vez, determina que, na revisão de atos por autoridade administrativa, controladora ou judicial, leve-se em consideração as orientações gerais da época em que proferido o ato, sem retroação de entendimentos. Note-se que o seu parágrafo único define "orientações gerais":

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

Essa previsão é de suma relevância para a resposta à consulta. Seguir as orientações gerais existentes indica a inexistência de irregularidade do agente público em sua atuação. Nesse sentido, ensina-nos Carlos Ari Sunfeld:

[...] Cabe agora verificar quais são, segundo o art. 24 da LINDB e outras normas gerais, inclusive a do art. 146 do CTN (LGL\1966\26), os atos ou fatos capazes de configurar uma interpretação pública com valor normativo, isto é, orientação geral quanto ao critério jurídico para aplicação de norma tributária.

De acordo com o parágrafo único do art. 24 da LINDB:

“consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público”.

Para fins de preservação de situações jurídicas já constituídas, o parágrafo único do art. 24 da LINDB reconheceu, em nome da proteção da confiança, valor normativo às interpretações que, tendo amparado a constituição dessas situações, fossem à época coincidentes com aquelas que serviam como melhor orientação aos sujeitos de boa-fé, por serem interpretações já adotadas de forma pública, e razoavelmente homogênea, ainda que não definitiva ou unânime, por órgãos administrativos com competência para sua aplicação (por meio de fatos ou atos administrativos ordinários ou de decisões em contencioso administrativo) ou por órgãos judiciais incumbidos de seu controle.

O dispositivo dá valor normativo às “interpretações e especificações [...] adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público”. Nisso, coincide com o art. 100, III, do CTN (LGL\1966\26) que já incluía “as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas” entre as “normas complementares” da legislação tributária.

Assim, para se configurar “orientação geral” do poder público em torno de critérios de interpretação da lei tributária sequer é preciso decisão expressa de autoridade administrativa

ou judicial, tampouco análise motivada da adequação ou inadequação desta ou daquela interpretação. O CTN (LGL\1966\26) e a LINDB reconhecem valor normativo ao costume administrativo estabelecido a partir de simples fatos jurídicos, costume esse que adere à lei aplicada e será considerado vigente até sua substituição por orientação geral diversa. [...]

Tratando-se especificamente de prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público, nem o parágrafo único do art. 24 da LINDB, nem os arts. 100 e 146 do CTN (LGL\1966\26), limitaram o reconhecimento de valor normativo às práticas que já contem com estabilidade de grau máximo por terem sido adotadas ou convalidadas por órgãos fiscais superiores (como o Pleno do CARF), tampouco por terem sido impostas por atos de caráter geral de órgãos contenciosos judiciais ou administrativos (como súmulas administrativas ou judiciais e instrumentos equivalentes: enunciados, resolução de demandas repetitivas ou orientações de plenário etc.). Inclusive, não faria sentido que se restringisse o reconhecimento de uma prática administrativa reiterada como orientação geral à atuação de órgãos superiores. Afinal, são os atos das autoridades fiscalizatórias “de linha de frente” – aquelas responsáveis pela conferência da conformidade do bem ou serviço ao regime tributário – que mais frequentemente impactam no dia a dia dos contribuintes.¹⁶

Para ambos os diplomas legais, LINDB e CTN (LGL\1966\26), basta a existência de costume administrativo tributário quanto ao modo de aplicação da lei para configuração de orientação geral. A ideia é simples: prática conhecida e reiterada por parte da autoridade fiscal reflete seu posicionamento sobre determinado tema em dado momento. Futura mudança é possível e o comportamento do contribuinte que sobrevier a essa mudança deverá respeitá-la. Inaceitável é que atos anteriores tenham sua regularidade avaliada tomando como parâmetro o novo posicionamento e ignorando o contexto em que tais atos ocorreram.¹⁷

E quanto ao conceito de jurisprudência administrativa ou judicial majoritária, capaz de configurar a orientação geral na forma do art. 24 da LINDB?

Se é certo que a lei reconhece valor normativo ao simples critério costumeiro de interpretação da lei, também o reconhece se houver mais – isto é, se existirem decisões administrativas ou judiciais expressas, ainda que não em largo volume. Basta que, quando do fato gerador, não existissem outras manifestações que, por seu volume ainda maior, ou pelo grau superior do órgão de que emanadas, sinalizassem ao contribuinte de boa-fé que havia anacronismo ou forte incerteza na interpretação da lei tributária feita por órgãos administrativos ou judiciais distintos, ou em outra época.

Quanto à jurisprudência administrativa, é relevante o art. 100, II, do CTN (LGL\1966\26) ter reconhecido caráter de norma complementar da legislação tributária às “decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa”. Pois bem, a LINDB é uma lei. E ela, também para o campo tributário, foi expressa em atribuir eficácia normativa à jurisprudência administrativa majoritária, sem fazer exigências quanto à definitividade dessa jurisprudência na esfera administrativa, tampouco quanto ao grau do órgão contencioso administrativo (não exigiu grau máximo, por exemplo).

Assim, se o contribuinte seguir o mesmo critério de interpretação adotado pela única decisão de órgão de contencioso administrativo até então editada, estará observando a jurisprudência administrativa existente. Da mesma forma se adotar o critério da única decisão de órgão contencioso administrativo superior, ainda que existam decisões de órgãos inferiores em sentido contrário, pois nesse caso o que vale é a jurisprudência de grau superior, que supera e afasta o entendimento dos órgãos inferiores.

Quanto à jurisprudência judicial, a LINDB não limitou o reconhecimento de valor normativo àquelas decisões judiciais que, segundo as regras de processo constitucional ou civil, já tenham efeito vinculante (como as súmulas vinculantes) ou efeito geral para o âmbito judicial (como os enunciados e a resolução de demandas repetitivas ou orientações de plenário). O parágrafo único do art. 24 da LINDB foi expresso em considerar como “orientação geral” a simples “jurisprudência judicial majoritária”, cujo reconhecimento pode seguir os parâmetros já mencionados anteriormente quanto à jurisprudência administrativa.

Deve-se observar por fim que, para a jurisprudência judicial ou administrativa ser suficiente para servir de orientação geral ao contribuinte, é preciso que a definição judicial ou administrativa realmente se refira a hipótese cuja identidade com a sua seja inequívoca, sem necessidade de inferências ou outras adaptações.¹⁰

Em suma, o ideal é que o agente público atue em conformidade com atos interpretativos expressos que lhe deem segurança na prática da interpretação normativa que lhe cabe e, em havendo dúvida jurídica, que solicite parecer jurídico à Procuradoria-Geral do Município, que lhe servirá de maior respaldo e garantia de que atuou de forma cauta e razoável, sem que isso elimine os riscos de que órgãos de controle venham a discordar das interpretações aplicadas no âmbito da Administração municipal. O que não se pode afirmar é que os agentes públicos que

¹⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. Art. 24 da LINDB e a segurança jurídica no Direito Tributário. In: Revista de Direito Tributário Contemporâneo, vol. 29/2021, p. 35 - 50, Abr - Jun /2021

atuaram com as cautelas esperadas e sem erro crasso, tenham cometido qualquer ilícito. São duas coisas diversas.

Caso a autoridade discorde da interpretação que vem sendo dada a determinado caso, pode e deve solicitar esclarecimentos e eventual iniciativa de discussão administrativa ou judicial à Procuradoria-Geral do Município, caso se entenda viável e necessária.

Nessa situação, caberá ao ente público assumir os ônus decorrentes do risco hermenêutico ínsito ao Direito e à sua atuação. Há, portanto, casos em que, de forma natural e esperada, multas e juros de mora devem ser arcados, sim, pelo ente público, sem que isso configure qualquer situação assombrosa. Pode-se, inclusive, mapear os riscos fiscais decorrentes de tais situações para melhor planejamento orçamentário no âmbito da Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO e seus decorrentes reflexos na Lei Orçamentária Anual - LOA. Seja como for, **não há como imputar dolo ou culpa a servidores de forma automática em tais situações**, sendo essencial verificação prévia acerca de efetiva ação ou omissão imputável a servidor público que, com nexo causal, tenha gerado a autuação e os decorrentes ônus moratórios, observado o contexto da LINDB. Há, também, necessidade de identificação clara da autoria da ação ou da omissão causadora do atraso, mediante regular processo administrativo.

Há que se provar a existência de dolo ou de erro grosseiro, aliás como determina expressamente o art. 29 da LINDB:

Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

Como ressalvas finais, apontamos o seguinte:

a) não se deve cair em extremismos ou radicalismos hermenêuticos: tanto a imputação automática de responsabilidade quanto a falta de verificação, em decisão motivada, de

eventual responsabilidade, seriam extremos equivocados. Há que se analisar o caso concreto e observar, no particular, as previsões dos artigos 26 e 27 da LINDB;

b) consideramos salutar a elaboração de estudos para normatização das situações que indiquem, de plano, a inexistência de responsabilidade de agente público pelos ônus de mora e quais serão enviadas à Corregedoria-Geral do Município - órgão competente para apuração de eventuais infrações administrativas cometidas por servidores públicos municipais - para apuração de responsabilidade, sendo possível, nessa hipótese, conceder a opção ao agente para que, caso assim o deseje, realize o ressarcimento por iniciativa própria. Aliás, isso vai ao encontro do que determina o art. 30 da LINDB:

Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

*Parágrafo único. Os instrumentos previstos no **caput** deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.*

c) sempre que possível, e com base também no art. 30 da LINDB acima transcrito, convém normatizar as interpretações que devem ser aplicadas pelos agentes públicos, dando-lhes segurança e evitando atuações contraditórias - por exemplo, na forma que apuração de tributos federais sujeitos a lançamento por homologação, como a contribuição ao PASEP;

d) há que se defender, em tais casos, a inexistência de responsabilidade automática de agentes públicos, a inerência de riscos administrativos na interpretação jurídica e as regras de razoabilidade da LINDB em eventuais discussões junto ao Tribunal de Contas do Estado, sendo sempre franqueada a possibilidade de discussão judicial, caso necessário;

e) convém mapear com estudos técnico-contábeis os riscos financeiros e orçamentários decorrentes de divergências hermenêuticas, para fins de planejamento orçamentário.

3. CONCLUSÃO

Em conclusão, remetendo a consulente ao contido no item 2 *supra*, passamos a responder aos quesitos formulados:

1. As multas e os juros impostos ao Município em decorrência de pagamento em atraso ensejam a responsabilização do servidor público e o ressarcimento aos cofres públicos? Se sim, em quais situações?

Quanto à responsabilização, haverá necessidade de análise da GAP/PGM. Focamos, aqui, apenas no aspecto meritório, de cunho financeiro e/ou tributário, que pode servir de fundamento para eventual responsabilização.

Com tais limites, a nosso ver, a resposta depende de cada situação, sendo impossível delimitar previamente, sem a indicação das hipóteses, toda a casuística possível. **Mas não há como imputar dolo ou culpa a servidores de forma automática em tais situações**, sendo essencial verificação prévia acerca de efetiva ação ou omissão imputável a servidor público que, com nexos causal, tenha gerado o atraso de pagamento e os decorrentes ônus moratórios. Há, também, necessidade de identificação clara da autoria da ação ou da omissão causadora do atraso, como melhor explicitado no item 2, *supra*.

2. As multas e os juros impostos ao Município em decorrência de não pagamentos devido a discussão de entendimento ou interpretação da norma tributária ensejam a responsabilização do servidor público e o ressarcimento aos cofres públicos?

Quanto à responsabilização, haverá necessidade de análise da GAP/PGM. Focamos, aqui, apenas no aspecto meritório, de cunho financeiro e/ou tributário, que pode servir de fundamento para eventual responsabilização.

Com tais limites, a nosso ver, a resposta é, *a priori*, negativa, salvo hipóteses em que, de forma dolosa ou culposa - com culpa grave -, tenha servidor público praticado ação ou

omissão claramente contrária a entendimento pacífico no âmbito administrativo veiculado por meio de atos normativos internos, ordens de serviço, pareceres jurídicos *etc.*

A interpretação jurídica não é matemática e poderá ser diversa conforme quem o faz e o contexto temporal. Havendo a prática de ato de interpretação razoável, calcado em boas técnicas contábeis, contando com o assessoramento jurídico quando necessário, por meio de atos motivados e sempre que possível baseando-se em normativas internas, não consideramos possível a responsabilização de servidor por divergência interpretativa surgida no futuro, por autuação de outro ente federativo.

Seja como for, **não há como imputar dolo ou culpa a servidores de forma automática em tais situações**, sendo essencial verificação prévia acerca de efetiva ação ou omissão imputável a servidor público que, com nexo causal, tenha gerado a autuação e os decorrentes ônus moratórios, observado o contexto da LINDB. Há, também, necessidade de identificação clara da autoria da ação ou da omissão causadora do atraso, como melhor explicitado no item 2, *supra*.

3. A imputação de responsabilidade com a emissão do Documento de Arrecadação Municipal - DAM pela Secretaria Municipal de Fazenda e envio ao servidor deve ser precedida de contraditório e ampla defesa?

Quanto à responsabilização, haverá necessidade de análise da GAP/PGM. Focamos, aqui, apenas no aspecto meritório, de cunho financeiro e/ou tributário, que pode servir de fundamento para eventual responsabilização.

Com tais limites, a nosso ver, resta claro que, em primeiro lugar, não compete à Secretaria Municipal de Fazenda imputar responsabilidade a servidor público em relação a pagamento de multas e juros, como exposto no item 2, *supra*. Eventual responsabilização, cuja competência é da Corregedoria-Geral do Município - COGEM, deverá, sempre, ser precedida do contraditório e da ampla defesa, o que deflui da garantia do devido processo legal.

Isso não significa, a nosso ver, que, previamente informado sobre o ocorrido e considerando ser o caso, o servidor público não possa decidir pelo pagamento. Mas isso não equivale, juridicamente, a responsabilização por infração. Solicitamos, contudo, que a GAP/PGM analise esse tema de forma pormenorizada.

Por último, solicitamos o encaminhamento da consulta à GAP/PGM, para que exare o parecer no âmbito de sua competência regimental.

Ressalte-se que o presente opinativo somente passa a ter validade jurídica após sua apreciação, concordância e expressa ratificação pelo Gabinete da PGM, sem o que cuidar-se-á de mera minuta de parecer.

Eis o parecer.

À Procuradoria-Geral Adjunta de Gestão da Consultoria.

Londrina (PR), 1º de setembro de 2021.

CARLOS RENATO CUNHA

Gerente de Assuntos Fiscais e Tributários

Procurador do Município de Londrina

OAB/PR 35.367 – Mat. 14.157-7

Recebido nesta data o Parecer Jurídico acima mencionado. Tendo em vista o contido na Portaria nº 20/2014-PGM, RATIFICO o Parecer Jurídico.

JOÃO LUIZ MARTINS ESTEVES

Procurador-Geral do Município de Londrina

PARECER: ABERTURA DE POÇOS ARTESIANOS NA ZONA URBANA

Esthevam Lermen Eidt

Atual Diretor do Núcleo de Estudos Jurídicos da Associação dos Procuradores do Município de Londrina - APROLON. Mestre em Direito no pela Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC (2018). Especializado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS em Direito Processual Civil (2012) e pela Universidade Anhanguera-UNIDERP em Direito Notarial e Registral (2014) e em Direito Civil (2015). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2009). Profissional: Atua desde 12/2019 como Procurador Jurídico do Município de Londrina-PR, do qual passou em primeiro lugar no concurso n. 030/2019-DDH/SMRH. Atuou entre 08/2016 e 11/2019 como Procurador Jurídico do Município de Nonoai-RS, o qual passou em primeiro lugar no concurso 001/2015.

PARECER: 659/2021

CONSULENTE: Secretaria Municipal de Meio Ambiente

ASSUNTO: Abertura de Poços Artesianos

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. ABERTURA DE POÇOS ARTESIANOS. ART. 45, §1, DA LEI 11.445/2007 - LEI DE SANEAMENTO BÁSICO. MUDANÇAS LEGISLATIVAS. NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO. COMPETÊNCIA MUNICIPAL SUPLEMENTAR. DEVER DE COBRANÇA E FISCALIZAÇÃO.

1 Da Consulta

Compulsando os presentes autos do Processo Administrativo SEI!, verifica-se que a Secretaria Municipal do Meio Ambiente encaminhou a Solicitação de Consulta Jurídica xxx com o seguinte teor:

Considerando que a Lei Federal N° 11445/2007 no seu artigo 45 proíbia a adoção de soluções alternativas para abastecimento de água, como por exemplo perfuração de poços artesianos, onde houvesse rede pública de abastecimento de água;

Considerando que esse artigo sofreu mudança com a Lei Federal N° 14026/2020, que através do seu § 11 do Artigo 45 permite utilizar-se de fontes e métodos alternativos de abastecimento de água em edificações para uso não residencial ou condomínios regidos pela Lei n° 4.591, de 16 de dezembro de 1964;

Considerando que a SEMA deve emitir Autorização Ambiental para perfuração de poços artesianos, conforme estabelecido na Resolução CEMA 110/2021, que substituiu a Resolução CEMA 088/2013, onde estão descritas as atividades a serem licenciadas ambientalmente pelos municípios;

Considerando que no processo xxx, foi emitida a notificação administrativa xxx para que o requerente comprovasse se enquadrar no § 11 do Artigo 45 da Lei Federal N° 14026/2020, ou seja, comprovar se tratava-se de edificação para uso não residencial ou condomínios regidos pela Lei n° 4.591, de 16 de dezembro de 1964 ;

Considerando que o requerente anexou o ofício xxx, afirmando que o empreendimento não tem caráter residencial, porém apresentou o alvará de construção xxx, onde menciona que trata-se de edificação residencial, portanto seria necessário apresentar a convenção do condomínio comprovando ser regido pela Lei n° 4.591, de 16 de dezembro de 1964 ;

Considerando que o requerente anexou o ofício xxx, informando que o poço será usado durante a obra de construção do edifício;

Solicitamos esclarecimentos sobre se o argumento apresentado pelo requerente pode ser aceito e se está de acordo com a legislação mencionada anteriormente.

Anexamos, ainda, documento emitido pelo Estado xxx, que permite a perfuração do poço, mas não sua operação, bem como correspondência eletrônica trocada com o órgão estadual xxx, colocando a nossa preocupação com o impacto ambiental da perfuração de um grande número de poços na região da Gleba Palhano, o que pode acarretar em diversos problemas ambientais, como superexploração do aquífero e rebaixamento dos níveis de água dos poços.

Na ocasião foram encaminhados os seguintes documentos: (i) Ofício do requerente (xxx); (ii) Alvará de Construção (xxx); (iii) Notificação Administrativa (xxx); (iv) Anuência prévia de abertura (xxx); (v) E-mails (xxx).

Em seguida, foi expedida a Cota 1453 (xxx), solicitando os seguintes esclarecimentos:

Considerando que o art. 26, inciso I, da CRFB/88 assevera que "Incluem-se entre os **bens dos Estados... as águas** superficiais ou **subterrâneas**, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União".

Considerando que o art. 23, inciso IX, da CRFB/88 expõe que é **competência comum** da União, dos Estados, do DF e dos Municípios promover o **saneamento básico**.

Considerando que o art. 8, inciso I, da Lei 11.445/2007 externa que "Exercem a **titularidade** dos serviços públicos de saneamento básico... os **Municípios** e o Distrito Federal, no caso de **interesse local**"

Considerando que o art. 45, §1, da Lei 11.445/2007 disserta que "Na ausência de redes públicas de saneamento básico, serão admitidas soluções individuais de abastecimento de água e de afastamento e destinação final dos esgotos sanitários, observadas as **normas editadas pela entidade reguladora e pelos órgãos responsáveis pelas políticas ambiental, sanitária e de recursos hídricos.**"

Considerando que o art. 45, §11, da Lei 11.445/2007, coloca "as edificações para uso não residencial ou condomínios regidos pela Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1946, poderão utilizar-se de fontes e métodos alternativos de abastecimento de água, incluindo águas subterrâneas, de reuso ou pluviais, desde que **autorizados pelo órgão competente** e que promovam o pagamento pelo uso do recursos hídricos, quando devido".

Considerando que o art. 10 da Resolução CEMA 110 assevera que "Assumida a competência sobre o licenciamento ambiental pelo Município nos termos desta Resolução, ou de eventual convênio ou consórcio de delegação de competência, o ente municipal fica obrigado a conduzir até o final todos os licenciamentos de sua competência, podendo, eventualmente, **o ente estadual auxiliar na ação subsidiária por meio de apoio técnico e científico.**"

Considerando que o art. 14 da Resolução CEMA 110 expõe que "Com vistas à utilização de **esforços conjuntos** deverão ser estimulados o **planejamento e atuação conjunta** de fiscalização pelos órgãos ambientais estaduais e municipais."

Considerando que o art. 3º, §5º, da Resolução CEMA 110 exprime que "O **IAT** e a **SEDEST** estabelecerão com os municípios, uma agenda de **capacitação para as atividades de licenciamento, monitoramento e fiscalização**".

Considerando que o art. 13 da Lei de Recursos Hídricos que "Toda outorga estará **condicionada às prioridades de uso estabelecidas nos Planos de Recursos Hídricos e deverá respeitar a classe em que o corpo de água estiver enquadrado** e a manutenção de condições adequadas ao transporte aquaviário, quando for o caso".

Tento em vista todas as considerações realizadas, as quais demonstram que deve haver articulação/ atuação conjunta entre todos os órgãos municipais e estaduais, necessário que o órgão consulente esclareça os seguintes questionamentos de forma precisa e clara:

- a. Que informe se há outra legislação (em sentido amplo) do Município ou do Estado (IAT, SEDEST, CEMA e CERH) sobre a abertura de poços subterrâneos, outorga de uso de métodos alternativos;
- b. Que noticie de forma sistematizada e clara ("passo a passo") qual o trâmite para a concessão das licenças e outorga;
- c. Que examine com os órgãos estaduais - IAT, SEDEST, CEMA e CERH - seus posicionamentos sobre o tema e os aspectos mencionados, inclusive técnico, para haver uma coesão e efetividade na atuação entre todos os órgãos envolvidos.

Em resposta, a SEMA asseverou que (xxx):

Em atenção aos questionamentos apresentados, informamos:

- a. *Que informe se há outra legislação (em sentido amplo) do Município ou do Estado (IAT, SEDEST, CEMA e CERH) sobre a abertura de poços subterrâneos, outorga de uso de métodos alternativos;*

No município não existe legislação específica sobre a perfuração de poços e no estado tem-se a política estadual de recursos hídricos e a outorga para uso da água. Segue o link da página do IAT - Instituto Água e Terra, com as orientações e legislação sobre a outorga de recursos hídricos.

<http://www.iat.pr.gov.br/Pagina/Outorga-de-Recursos-Hidricos>

- b. *Que noticie de forma sistematizada e clara ("passo a passo") qual o trâmite para a concessão das licenças e outorga;*

Para a outorga de recursos hídricos do Estado, segue link da página do IAT com o passo a passo

<http://www.iat.pr.gov.br/Pagina/Outorga-eletronica-de-recursos-hidricos#>

Para o licenciamento ambiental municipal, o requerente protocola o processo através do sistema SEI processo SEMA: Autorização Ambiental Municipal. Após análise dos documentos necessários (formulário F05, matrícula do imóvel, projeto construtivo do poço com a ART - Anotação de Responsabilidade Técnica do responsável pela perfuração, Anuência Prévia do órgão outorgante e pagamento da respectiva taxa, é emitido o documento Autorização Ambiental.

c. Que examine com os órgãos estaduais - IAT, SEDEST, CEMA e CERH - seus posicionamentos sobre o tema e os aspectos mencionados, inclusive técnico, para haver uma coesão e efetividade na atuação entre todos os órgãos envolvidos.

Essa tratativa com o IAT, que é o órgão estadual outorgante, já foi iniciada, inclusive com a troca de e-mails anexada ao processo xxx. Já tivemos conversas telefônicas também e afirmam que estão avaliando as formas de restringir a superexploração dos aquíferos. Coloquei a SEMA à disposição para auxiliar no município de Londrina.

É a síntese do processo administrativo.

2 Da análise

Preliminarmente, oportuno, em que pese as mudanças legislativas, transcrever as considerações já realizadas em parecer anterior emitido por esta gerência (xxx), vejamos:

Embora o direito de acesso à água constitua um direito humano fundamental, eis que indispensável para a sobrevivência humana, trata-se de um recurso natural limitado, não podendo ser objeto de apropriação individual, nem sofrer agressão, daí porque **cabe ao Estado gerir esse bem, no interesse de todos**, assegurando à coletividade o **acesso à água limpa ou segura (potável)** em quantidade que permita a satisfação das necessidades individuais em termos de bebida, higiene, limpeza, cozinha e saneamento.

A Lei Federal 11445/2007, ao estabelecer **diretrizes nacionais para o saneamento básico** dispôs, no art. 2º, que o serviço público de

saneamento básico será prestado com base em vários princípios fundamentais, dentre os quais se destacam a universalização do acesso e prestação de forma adequada à saúde pública e à proteção do meio ambiente.

Essa lei estabelece uma série de exigências para o prestador desse serviço (entidade pública em nome próprio ou mediante delegação) que para o seu cumprimento deve desenvolver diversas ações de planejamento e medidas de ordem técnica, social, econômica e financeira, sempre atenta ética da sustentabilidade e plena articulação com a política de gestão ambiental.

O Ministério da Saúde estabelece padrões rígidos de qualidade para que a água seja considerável potável a fim de prevenir que os consumidores adoçam em razão de seu consumo. A responsabilidade ambiental impõe o combate à poluição nas águas, sejam superficiais ou subterrâneas, o que só pode ser assegurado se o causador do dano puder ser identificado e responsabilizado.

O abastecimento de água potável, desde a captação até as ligações prediais e instrumentos de medição, faz parte dos serviços públicos de saneamento básico (art. 3º, I, “a”, da Lei 11.445/2007).

Ocorre que, como mencionado, houve grande alteração legislativa ocasionada pela Lei 14.026/2020, que trouxe, inclusive, nova redação ao artigo 45, acrescentando duas outras exceções, além da ausência de redes públicas de saneamento básico, vejamos:

Art. 45 da Lei 11.445/2007. As edificações permanentes urbanas serão conectadas às redes públicas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário disponíveis e sujeitas ao pagamento de taxas, tarifas e outros preços públicos decorrentes da disponibilização e da manutenção da infraestrutura e do uso desses serviços.

§1º Na ausência de redes públicas de saneamento básico, serão admitidas soluções individuais de abastecimento de água e de afastamento e destinação final dos esgotos sanitários, observadas as normas editadas pela entidade reguladora e pelos órgãos responsáveis pelas políticas ambiental, sanitária e de recursos hídricos. [...]

§6º A entidade reguladora ou o titular dos serviços públicos de saneamento básico deverão estabelecer prazo não superior a 1 (um) ano para que os usuários conectem suas edificações à rede de esgotos, onde disponível, sob pena de o prestador do serviço realizar a conexão mediante cobrança do usuário. [...]

§11. As edificações para uso não residencial ou condomínios regidos pela Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, **poderão** utilizarse de fontes e métodos alternativos de abastecimento de água, incluindo águas subterrâneas, de **reúso** ou **pluviais, desde que autorizados pelo órgão gestor competente** e que **promovam o pagamento pelo uso de recursos hídricos**, quando devido.

§ 12. Para a satisfação das condições descritas no § 11 deste artigo, os usuários **deverão instalar medidor para contabilizar o seu consumo** e deverão arcar apenas com o pagamento pelo uso da rede de coleta e tratamento de esgoto na quantidade equivalente ao volume de água captado.

Assim, observa-se que, diferente da primeira que deve ser admitida pelo Estado a fim de preservar a vida humana, essas novas hipóteses, data vênha entendimento contrário, são facultativas, pois depende da autorização do órgão gestor competente e do pagamento pelo uso de recurso hídrico. Desse modo, entende-se que deve haver regulamentação pelo órgão a fim de adequar o §1º, §11 e as normativas ambientais e sanitárias, uma vez que, conforme a própria Lei de Saneamento Básico explicita:

Art. 2º da Lei 11.445/2007. Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes **princípios fundamentais**:

III - abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos realizados de forma adequada à **saúde pública**, à **conservação dos recursos naturais e à proteção do meio ambiente**;

Além disso, no art. 45, §1, da Lei 11.445/2007, é exposto que devem ser "observadas as **normas editadas pela entidade reguladora e pelos órgãos responsáveis pelas políticas ambiental, sanitária e de recursos hídricos.**"

Em que pese o Poder Judiciário não ter se debruçado sobre as alterações de forma mais robusta, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que é legítimo que o Poder Público proíba a extração de água por poços artesianos, se houver fornecimento por sistema público e canalizado, porque a utilização de poços artesianos acaba por levar à contaminação de lençóis freáticos, ou seja, tal possibilidade justificada pela problemática mundial de escassez de água, recurso este limitado e de valor econômico.

Ementa. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVOREGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DESEGURANÇA. EXPLORAÇÃO DE ÁGUAS SUBTERRÂNEAS ATRAVÉS DEPOÇO ARTESIANO. NECESSIDADE DE OUTORGA.

1. O inciso II do art. 12 da Lei n. 9.433/97 é claro ao determinar a necessidade de outorga para a extração de água do subterrâneo. Restrição essa justificada pela problemática mundial de escassez da água e que se coaduna com o advento da Constituição de 1988, que passou a considerar a água um recurso limitado, de domínio público e de expressivo valor econômico.

2. É defeso ao Poder Judiciário se imiscuir na seara administrativa dos órgãos vinculados ao Poder Executivo, para, sobrepondo-se a esses órgãos, emitir provimento judicial para a regularização de poço artesiano.

3. O art. 257 do RISTJ é claro ao consignar que, no julgamento do apelo nobre, esta Corte deve aplicar o direito à espécie.

4. Agravo regimental não provido.

(STJ - AgRg no AgRG no REsp: 1185671 RS 2010/0046183-5, Relator: 2010/0046183-5, Relator: Ministro Benedito Gonçalves, Data de Julgamento: 01/09/2011, Primeira Turma)

Como é sabido, os Municípios possuem competência suplementar, isto é, nos termos do art. 30 da CRFB/1988, o ente municipal pode legislar sobre assuntos de interesse local, tendo competência plena caso não exista norma sobre o caso.

Art. 23 da CRFB/1988. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

Art. 24 da CRFB/1988. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Art. 30 da CRFB/1988. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

Art. 8º da Lei 11.445/2007. Exercem a **titularidade** dos serviços públicos de saneamento básico:

I - os **Municípios** e o Distrito Federal, no caso **de interesse local**;

Assim, mesmo que na ausência de normativa estadual sobre o caso, entendo que o município é competente, seja pela questão sanitária (saneamento básico local), seja pela questão ambiental, desde que haja interesse local e não seja conflitante com a legislação (estadual e federal) existente. Nesse sentido, o STF, no Recurso Extraordinário 586224, julgou que "O Município é competente para legislar sobre meio ambiente com União e Estado, no limite de seu interesse local e desde que tal regramento seja e harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados (art. 24, VI c/c 30, I e II da CRFB)".

Ademais, conforme se observa do anexo da Resolução da CEMA 110 Paraná, o Estado do Paraná delegou a competência para a emissão de autorização ambiental de certas situações, dentro dessas a dos poços artesianos. Logo, reforça-se a ideia de que tal deve ser regulado pelo ente municipal, no que couber.

Não há como deixar de abrir um parêntese, isto é, de que é necessário existir uma coesão na normatização, fiscalização e gerenciamento dos recursos ambientais. Por isso, a importância de cobrar do Estado a capacitação, planejamento e atuação conjunta. Nessa toada, a Resolução CEMA PR 110 expõe que:

Art. 10. Assumida a competência sobre o licenciamento ambiental pelo Município nos termos desta Resolução, ou de eventual convênio ou consórcio de delegação de competência, o ente municipal fica obrigado a conduzir até o final todos os licenciamentos de sua competência, podendo, eventualmente, **o ente estadual auxiliar na ação subsidiária por meio de apoio técnico e científico.**

Art. 14. Com vistas à utilização de esforços conjuntos deverão ser estimulados o planejamento e atuação conjunta de fiscalização pelos órgãos ambientais estaduais e municipais.

Art. 3º, §5º. O IAT e a SEDEST estabelecerão com os municípios, uma agenda de capacitação para as atividades de licenciamento, monitoramento e fiscalização.

Outro ponto importante destacar é que o art. 12 da Lei de Saneamento Básico expõe "deverão instalar medidor para contabilizar o seu consumo". Tal disposição está adequada com a Lei de Recursos Hídricos que entende que a água é um bem público, a qual possui valor econômico, tendo caráter limitado.

Art. 1º da Lei 9.433/1997. A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos:

I - a água é um bem de domínio público;

II - a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico;

Art. 2º da Lei 9.433/1997. São objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos:

I - assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos;

Por todo o exposto, percebe-se que há dever do ente municipal fiscalizar a abertura de poços, seja pela questão ambiental, sanitária ou patrimonial. Além disso, sugere-se que caso não esteja havendo essa cobrança, atue junto ao MP para responsabilizar os envolvidos, bem como para que o Estado do Paraná edite normativa sobre tais, pois os particulares estão se beneficiando de recurso público, limitado e com valor econômico. Inclusive, aconselha-se que, quando dessa elaboração, que intermedeie para que parte desse valor venha para os municípios para reaparelhamento e capacitação do órgão ambiental municipal e correlatos.

Art. 10 da Lei 8.429/1992. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

X - **agir negligentemente** na **arrecadação** de **tributo ou renda**, bem como no que diz respeito à **conservação do patrimônio público**;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

Art. 11 da Lei 8.429/1992. Constitui ato de improbidade administrativa que **atenta contra os princípios da administração pública** qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

Feitas essas colocações, observar-se que a consulente informa "que o poço será usado durante a obra de construção do edifício", bem como percebe-se que não existe a outorga de uso da água, apenas autorização de perfuração. Ora, tirando as questões apontadas da necessidade de regulamentação, é crível dizer, data vênua entendimento em contrário, que a utilização da água para a construção de edifício não está prevista nas exceções do art. 45, §1 e §11, da Lei de Saneamento Básico, tão pouco nos princípios e fundamentos que regem a normativa sanitária (saneamento básico) e ambiental. Além disso, não é possível a empresa se utilizar do bem público sem a outorga e a instalação do relógio para controlar o consumo.

Art. 12 da Lei 9.433/1997. Estão **sujeitos a outorga pelo Poder Público** os direitos dos seguintes usos de recursos hídricos:

II - **extração de água de aquífero subterrâneo** para consumo final ou insumo de processo produtivo;

São as considerações opinativas deste órgão.

LONDRINA, datado e assinado eletronicamente.

Esthevam Lermen Eidt

Procurador do Município de Londrina

Matrícula 16.386-4 / OAB/PR Nº. 100.636

Ratifico o Parecer. Encaminhem-se ao Gabinete.

Renata Kawassaki Siqueira

Gerente de Patrimônio Público, Urbanismo e Meio Ambiente.

Ratifico o Parecer.

João Luiz Martins Esteves

Procurador Geral